



| 50
años

LXXIII ENCUENTRO DE INSTITUTOS DE DERECHO COMERCIAL DEL COLEGIO DE ABOGADOS DE SAN MARTÍN



**¡HAGA CLICK AQUÍ
PARA REPRODUCIR EL VIDEO!**



Dra. Patricia Inés D'Albano Torres
Directora del Instituto de Derecho Comercial del
Colegio de Abogados de San Martín



Nuevos libros, Nuevos conocimientos.



| 50
años

LXXIII Encuentro de Institutos de Derecho Comercial del Colegio de Abogados
de San Martín / Compilado por Patricia Inés D' Albano Torres . - 1a ed . - Ciudad
Autónoma de Buenos Aires : DyD, 2021.
400 p. ; 23 x 16 cm.

ISBN 978-987-8353-37-1

1. Derecho. I. Dalbano, Patricia Inés, comp.
CDD 346.07



| 50
años

CASM

© 2021 - **EDICIONES D&D S.R.L.**

Av. Córdoba 1522, 3º Piso - Buenos Aires

Tel.: (011) 4519-8204

www.edicionesdyd.com.ar

info@edicionesdyd.com.ar

facebook.com/edicionesdyd

*Queda prohibida la reproducción total o parcial por cualquier medio de
impresión, en forma idéntica, extractada o modificada; en castellano o en
cualquier otro idioma.*

Impreso en Argentina

Hecho el depósito que marca la ley 11.723

AUTORIDADES

COMISIÓN HONORARIA

Azul: Dr. Bruno O. Santi Táccari

Avellaneda – Lanús: Dr. Rubén Morcecian

Bahia Blanca: Dr. Ignacio V. Cenoz

Dolores: Dra. Nancy Daniela Ruiz

La Plata: Dr. Carlos E. Garobbio

La Matanza: Dra. Nora G. Modolo

Lomas de Zamora: Dr. Eduardo E. Marsala

Mar del Plata: Dr. Alejandro M. Vázquez

Moreno: Dra. Paola Bartolomé Alemán

Morón: Dr. Marcelo Spanghero / Dra. Marisol Martínez

Quilmes: Dr. Germán A. Pizzano

San Isidro: Dr. Osvaldo Pisani / Dr. Carlos Ribera

San Martín: Dra. Patricia I. D'Albano Torres

Instituto Partido de la Costa: Dr. Horacio P. Garaguso

COMISIÓN EJECUTIVA

Instituto de Derecho Comercial Colegio de Abogados de San Martín

Director: Dra. Patricia I. D'Albano Torres

Secretaria: Dra. M. Cecilia Dalle

Coordinadora Sala Derecho Comercial y de la Empresa: Gabriela Natalia Camicha

Coordinadora Sala Sociedades: Adriana Beatriz Blanco

Coordinadora Sala Concursal: Dra. Gabriela Fernanda Boquin – Carolina Murga

VOCALES

Amanda Gil López. Carolina Castiñeira. Claudia Cecilia Igolnikov. Maximiliano Cacciatore. Eduardo Enrici. Liliانا A. Dattile. María Inés Chanfreau. María Isabel Tomizzi. Melisa Tartabini. Cecilia Etchegaray. Graciela Garcete. Agustina Grenier. Brenda A. D'Ubaldo. Liliانا Beatriz Lafuente. Angela Victoria Williams. Mónica Gabriela Monti. Gastón Miani. Alicia Matussi. Gisela Strauch. Viviana Boretti. Gabriel Cauterucci. Cristina Pégola. Hugo Pérez Matussi. Eduardo Bender. José Luis Ceratti. Luis Gabriel Torres. Débora Barraza. Evangelina Natalia Negro. Marina Adaglio. Paola Fernández. Solange Rearte. Vanesa V. Dedico. Verónica Núñez. Adriana Busatto. Nahuel Ricci.

AUTORIDADES DEL COLEGIO DE ABOGADOS DE SAN MARTÍN

CONSEJO DIRECTIVO

DR. MARCOS DARÍO VILAPLANA

Presidente

DR. ROBERTO SANTIAGO AMANTIA

Vicepresidente 1º

DRA. LIDIA RODRÍGUEZ

Vicepresidenta 2º

DRA. ADRIANA MABEL GINNOBILI

Secretaria general

DR. CARLOS DIONISIO LABOLIDA

Tesorero

DR. GUSTAVO ENRIQUE VELESQUEN SÁENZ

Prosecretario de Trámites Disciplinarios

DR. JULIO CÉSAR SORRENTINO

Prosecretario administrativo

DR. DANIEL ERNESTO SCHIPELUT

Protesorero

CONSEJEROS TITULARES

DR. HORACIO JOSÉ MONSALVO

DR. SERGIO DANIEL BATISTTA

DR. BERNARDO ÁLVAREZ LEMBEYE

DR. HERNÁN EDGARDO GIACCIO

CONSEJEROS SUPLENTE

DR. MARCOS CARBALLEIRA GIBSON

DRA. ADELA JUDITH KLEIN

DR. LUCIANO MARIO FURFARO

DRA. IRMA MARIELA MARTINO

DR. PABLO LUCAS CELIZ

DR. GERARDO ARTURO YRIART

DRA. MARÍA ANTONIA CUMICICH

DR. HORACIO LUIS FARENGA

INTEGRANTES DEL TRIBUNAL DE DISCIPLINA

TITULARES

Presidente: Dr. Mario Roberto Cabrera Cordone

Vicepresidenta: Dra. Ana María Santaella

Secretario: Dr. Víctor Hugo Almaraz

Vocal I: Dr. Daniel Eduardo Dentice

Vocal II: Dr. Moisés Jonás Agami Saúl

SUPLENTE

Dra. Cosentino, Adriana

Dra. Armenteros, Silvina Amelia

Dra. Sosa, Mariel Viviana

Dra. Pérgola, Cristina Susana

DELEGADO TITULAR ANTE FACA

Dr. Eduardo Carlos Pablo Zimmermann

DIRECCIÓN DE LA CAJA DE LA ABOGACÍA

DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES

TITULARES

Dr. Ricardo Martín Magnano

Dra. Graciela Elena Santaliestra

Dr. Omar Eduardo Basail

SUPLENTE

Dra. López, Adriana Esther

Dr. Matozzo, Ariel Franco Marcelo

COMISIÓN REVISORA DE CUENTAS

TITULARES

Dra. Beatriz Andrea Sosa

SUPLENTE

Dr. González, Jorge Omar

50
años



Grupo**Professional**
EXCELENCIA EN CAPACITACIÓN

Perfeccionamiento Continuo en la Práctica del Derecho

Prólogo	15
----------------------	-----------

DERECHO COMERCIAL Y EMPRESARIAL

§ Los desafíos que enfrenta el Derecho Comercial ante la revolución tecnológica y de las comunicaciones. DRA. ESTELA A. MARMONTI ...	21
§ El deber de renegociar los contratos se extiende a la luz de la tutela preventiva. ALEJANDRO MARTÍN VÁZQUEZ	25
§ De los contratos tradicionales a la contratación digital y los “smart contracts”: desafíos para su adopción. Hacia un nuevo cambio de paradigma. DRA. EVANGELINA NATALIA NEGRO	34
§ La cesión de los denominados “derechos económicos” derivados de la transferencia de un futbolista en la justicia comercial. DR. PABLO C. BARBIERI	61
§ Prescripción liberatoria. Potestades legislativas de las provincias. Sistema constitucional. DR. HORACIO P. GARAGUSO, DR. GUILLERMO H. F. GARAGUSO, DR. ANDRÉS A. GARAGUSO	65
§ Sucesión empresarial. DR. MARCELO A. DAVID	68
§ Seguros. Los límites de cobertura en los procesos judiciales. DRA. CLAUDIA SUSANA CAPO y DR. CARLOS ALBERTO ALBANO	75
§ Seguros. Insurtech. DRA. LIDIA ESTELA DI MASULLO	88
§ Títulos valores y relaciones financieras. DR. FERNANDO JAVIER MARCOS	91
§ La autonomía de los Títulos Valores. DRA. CRISTINA MARGARITA ROSA HOFKAMP	103
§ Factura de Crédito Electrónica. Mi PyMEs. Hacia la ejecutabilidad de títulos “no cartulares”. DR. OSVALDO E. PISANI	109
§ Cómputo del plazo de prescripción de un cheque cuya presentación debió efectuarse durante la vigencia del DNU 297/2020 y COMUNICACIÓN “A” 6942 20/03/2020 y se prescindió de la misma conforme Art. 27 Ley 24.452. DRA. MARÍA VICTORIA MARTINELLI PHILIPP	113

§ Créditos bancarios a un “clic” de distancia: ¿facilidad para el cliente o invitación a las ciberestafas? DRA. MARCELA FABIANA CIVALLERO	117
§ Responsabilidad bancaria por defraudaciones en sistemas de “home banking”. DR. MARCELO FABIÁN BOEDO	124
§ La solidaridad entre la tarjetera y la entidad financiera que provee el servicio al consumidor. DR. SEBASTIÁN SCOCCIA	132
§ La burocratización de los préstamos personales, ¿beneficia a los consumidores? DR. SEBASTIÁN SCOCCIA	138
§ Dinero digital y medida cautelar. DRA. LIDIA ESTELA DI MASULLO ...	144
§ Criptoactivos. Urgente necesidad de su regulación. Factibilidad y Efectividad de la misma. DRA. MARISOL MARTÍNEZ	148
§ Los consumidores hipervulnerables en época de pandemia. Incumplimiento contractual: Frustración de la finalidad del contrato. Cuestiones de capacidad: Protección de personas incapaces y vulnerables. DRA. ÁNGELA WILLIAMS y DRA. VANESA VERÓNICA DEDICO	159
§ Defensa del consumidor. El Estado como asegurador. DR. HORACIO P. GARAGUSO, DR. GUILLERMO H. F. GARAGUSO, DR. ANDRÉS A. GARAGUSO	170
§ Derecho del Consumidor. Daño moral por la inclusión en una lista de deudores morosos. DR. HORACIO P. GARAGUSO, DR. GUILLERMO H. F. GARAGUSO, DR. ANDRÉS A. GARAGUSO	172

DERECHO SOCIETARIO

§ Convenios de accionistas de SA y SAS en la legislación uruguaya. DRA. JENIFER ALFARO BORGES Y ROSA POZIOMEK	176
§ La SAS y el Análisis Económico del Derecho desde una Perspectiva Económica Diferente. DRA. ANA PAULA G. MALIANNI	185
§ Honorarios del gerente de la sociedad anónima. DR. DANIEL BALONAS	200
§ Sociedades entre cónyuges. DR. OSVALDO E. PISANI	205

§ La nulidad vincular en el nuevo art. 16 L.G.S. DR. BRUNO O. SANTI TACCARI	209
§ Acciones con preferencia no acumulativa y sin derecho a voto. Situaciones abusivas. DR. MARCELO UBALDO SPANGHERO	211
§ Exención de responsabilidad de administradores societarios. DRA. ADRIANA BEATRIZ BLANCO	218
§ Oponibilidad de la designación de administradores por conocimiento efectivo. DRA. ADRIANA BEATRIZ BLANCO	224

DERECHO CONCURSAL

§ Crisis empresarial por causas extraordinarias, imprevisibles y ajenas a la empresa. A más de un año del inicio de la pandemia, seguimos en “veremos”. DR. FERNANDO JAVIER MARCOS	230
§ La importancia de un plan de contingencia como herramienta superadora de la crisis empresarial. DRA. CELINA PAVESE	241
§ La mediación pre concursal: una opción para las empresas en crisis. DR. CARLOS EZEQUIEL GAROBBIO	245
§ Algunas consideraciones en torno a la intervención de las Sociedades de Garantía Recíproca en los procesos concursales. DRA. PAOLA LORENA BARTOLOMÉ ALEMÁN	257
§ Concurso de acreedores de clubes deportivos. A propósito de la legalidad de la Ley 30.064 (2013) o ley complementaria para la reestructuración económica del fútbol peruano. A casi una década de su vigencia. DR. ESTEBAN CARBONELL O'BRIEN	261
§ Facultades y deberes del Juez concursal en pandemia. DR. GUILLERMO MARCOS	275
§ Actos sujetos a autorización e inquietudes en torno a la competencia del juez concursal. DR. PABLO E. ARENAS	280
§ Vencimiento de los plazos como efecto del concurso preventivo – Artículo 353 del Código Civil y Comercial. DR. HORACIO P. GARAGUSO, DR. GUILLERMO H. F. GARAGUSO, DR. ANDRÉS A. GARAGUSO ...	285

§ Cómputo de la prescripción liberatoria de obligaciones novadas por la Homologación del Acuerdo Preventivo. DR. HORACIO P. GARAGUSO, DR. GUILLERMO H. F. GARAGUSO, DR. ANDRÉS A. GARAGUSO	289
§ Caducidad de la instancia en los procesos incidentales concursales: incidentes genéricos, específicos y juicios incidentes. DR. HORACIO P. GARAGUSO, DR. GUILLERMO H. F. GARAGUSO, DR. ANDRÉS A. GARAGUSO	292
§ Prescripción de la acción de simulación iniciada por la sindicatura concursal. DR. HORACIO P. GARAGUSO, DR. GUILLERMO H. F. GARAGUSO, DR. ANDRÉS A. GARAGUSO	295
§ El Fideicomiso ante un proceso de liquidación judicial: análisis de las insinuaciones verificadoras de los adherentes. DRA. MARÍA CRISTINA OSSO	297
§ Acciones concursales de ineficacia y de responsabilidad en la liquidación judicial del fideicomiso. DR. FERNANDO JAVIER MARCOS	304
§ La verificación de créditos del acreedor beneficiario de un fideicomiso en garantía. DR. JAVIER RAHMAN	328
§ Alcance de la afectación del bien de familia. DR. HORACIO P. GARAGUSO, DR. GUILLERMO H. F. GARAGUSO, DR. ANDRÉS A. GARAGUSO	333
§ La sentencia que admite el pronto pago. DR. HORACIO P. GARAGUSO, DR. GUILLERMO H. F. GARAGUSO, DR. ANDRÉS A. GARAGUSO	335
§ Necesidad de que el deudor sea titular de bienes para que proceda la apertura del concurso preventivo o para la declaración de quiebra. DR. HORACIO PABLO GARAGUSO	337
§ Ineficacia concursal en el concurso preventivo-Contrato de depósito-Crisis pandémica. DR. HORACIO P. GARAGUSO, DR. GUILLERMO H. F. GARAGUSO, DR. ANDRÉS A. GARAGUSO	342
§ Agrupamiento y clasificación de acreedores. DR. HORACIO P. GARAGUSO, DR. GUILLERMO H. F. GARAGUSO, DR. ANDRÉS A. GARAGUSO	345
§ Quiebra por no obtención de conformidades. Inapelabilidad. DR. BRUNO O. SANTI TACCARI	347
§ Liquidación de activos digitales en la quiebra. DRA. CAROLINA FERRO	349

§ Prestaciones no dinerarias – moneda extranjera- situación de tales créditos en la quiebra. DR. HORACIO P. GARAGUSO, DR. GUILLERMO H. F. GARAGUSO, DR. ANDRÉS A. GARAGUSO	354
§ Envilecimiento de la moneda y distribución de dividendos fallenciales. DRA. MARISOL MARTINEZ	357
§ Posibilidad de la cooperativa de trabajo de resultar adquirente por compensación de los créditos laborales de sus integrantes. DRA. GABRIELA FERNANDA BOQUIN Y DRA. VIRNA BERGOGLIO	369
§ Posible locación o contrato de comodato por parte de la cooperativa de trabajo. DRA. GABRIELA FERNANDA BOQUIN Y DRA. VIRNA BERGOGLIO	378
§ La vulnerabilidad de los integrantes de las cooperativas. DRA. GABRIELA FERNANDA BOQUIN Y DRA. VIRNA BERGOGLIO	391
§ Actualidad en materia de privilegios concursales y “discharge” del deudor fallido. DRA. PATRICIA FERRER Y DR. MARTIN ISIDRO BILBAO	387
§ Determinación de la base imponible para la regulación de los honorarios de los profesionales intervinientes en la quiebra. DR. GERMÁN ALBERTO PIZANO	397

PRÓLOGO

Y al volver la vista atrás...

Siempre entendí que el prólogo de una obra se escribe cuando el autor -o autores- la finalizaron y que cuando es el propio autor quien lo hace usualmente intenta explicar en una primera parte sobre el contenido y alcance de dicha obra y -como suelo hacerlo- dedicar una segunda parte, para agradecer a quienes de alguna forma expresa o implícitamente posibilitaron la aparición de la obra que se prologa. Es por ello, que cuando Patricia -D´Albano Torres- me convoco para escribir este prologo para el Libro de Ponencias del LXXIII Encuentro de Institutos y en “Homenaje a los directores de los mismos”-, mi primera reacción -y así se lo expresé- fue que no me correspondía pues yo solo era uno más en esta obra colectiva. De más está decir, que, si lo estoy escribiendo, fue principalmente por el “empuje” y desinteresada colaboración de Patricia en la realización de estos Encuentros más allá de quien sea el Instituto organizador la cual se potenció en estos últimos años.

Es así, que entrando ya a la estructura clásica del contenido del prólogo debería dedicar esta parte al alcance y contenido académico de este libro de ponencias, lo cual entiendo que en el caso concreto no corresponde, pues ello será materia de debate durante la realización del mismo. Si quiero destacar la “calidad” de los trabajos presentados al igual que su variedad lo cual permite preopinar sobre el seguro éxito que veremos reflejado al finalizar el Encuentro.

Pasando ya a la segunda parte del prólogo cabe hacer los agradecimientos y tomarse las “licencias” de expresar lo que se siente con relación a la obra y en ese orden procuraremos hacerlo.

El primer agradecimiento es para los homenajeados directores de institutos incluyendo en la nómina -y como reza la marcha: “...los que lo son, los que lo fueron antes...” - (y con el temor de alguna omisión) recordar y agradecer aquella primera “camada” de Directores fundadores y también aquellos que Encuentro a Encuentro se fueron incorporando “durante el siglo pasado” y entre ellos a Hugo Stempels de B. Blanca; Horacio Garaguso de M. del Plata; Angel Mazzetti de L. de Zamora; Juan Carlos Couso de San Isidro, Raquel Taccari de Santi, Patricia Ferrer, Héctor Malano de Mercedes; Eduardo Marsala de L. de Zamora, Ernesto -Toto- Rodríguez por el Partido de la Costa, Carlos E. Ribera por Concursal del San Isidro y Jorge Frega en Morón. Me apuro a aclarar que la lista de

los nombrados tiene carácter “enunciativo” y pido disculpas por alguna involuntaria omisión. Sería muy injusto con la realidad de lo sucedido, si recordando aquella primera etapa “fundacional” y primera década y media de Encuentros omitiese algunos nombres de asiduos participantes por no ser directores, pues su permanente participación en los mismos fue (y sigue siendo en algunos casos) trascendente por su valía jurídica y también por su generosa y cálida amistad y siempre con el temor de alguna involuntaria omisión me vienen a la mente Guillermo Marcos, Pepe de Paula, Jorge y Bruno Santi, Fito Pederora, Games, Esparza, Paronetto, Rocha Campos, Daniel Balonas, Javier Lorente, Gabriela Boquin, Fernando Marcos, Hayde Martin, Pérez, Betina Rosetti, entre otros.-

Como nobleza obliga no puedo dejar de nombrar en particular a Roberto Muguillo quien como bien señaló Horacio Garaguso -en el prólogo del LXXI Encuentro -Quilmes-junio 2021- y de lo cual soy testigo presencial fue quien tuvo esa primera idea de coordinar una “doctrina comercialista propia de la Provincia de Buenos Aires” la cual no cabe duda de que se pudo lograr y a la cual los más antiguos la referimos como “el espíritu de Junín” en alusión al lugar de su gestación. También destaco su permanente y activa participación en toda esa etapa de los encuentros.

Fue así que nos encontró el siglo XXI y al revés de lo que muchas veces pasa, nuestros Encuentros siguieron con esa pactada constancia de dos por año y en la cual cada vez no solo hubo más concurrentes, sino que el crecimiento de la calidad académica de los trabajos presentados y de las exposiciones y debates también fue en aumento al igual que la trascendencia de dichos Encuentros. Creo no exagerar si digo que actualmente casi todos los que académicamente están vinculados con el derecho comercial saben de la existencia de nuestros Encuentros y en varias oportunidades destacados académicos de nivel nacional e internacional que no son asiduos miembros de los institutos han participado a su pedido de más de un Encuentro. Tampoco puedo omitir un reconocimiento y homenaje al trabajo y dedicación de los nuevos directores que vienen tomando la posta en los distintos colegios -y cuyo listado -brevitatis causa- omito pues lo encontramos en la Comisión Honoraria de este evento y de cuyo compromiso y trabajo puedo dar fe por la comunicación que entre todos mantenemos. Sería injusto no nombrar en este homenaje a los directores a José Botteri y Sebastián Scoccia por su desempeño en dos institutos señeros de estos encuentros como son Mar del Plata y Bahía Blanca. También sería injusto no destacar la categoría de miembros honorarios creada por varios institutos para permitir de esa forma la participación de colegas que ya se ganaron nuestro respeto académico y adepto personal.

Insisto en mi pedido de disculpas por alguna segura e involuntaria omisión de nombres que pueda darse y esto fue por haberlo hecho recurriendo



solo a mis recuerdos y esperando en ese caso tener derecho a una “fe de erratas” para subsanar cualquier involuntaria omisión.

Por último y habiendo finalizado lo formal de este prólogo me permito unas licencias y compartirles que al iniciarlo pensando que escribir sobre la realización del 73 Encuentro, fue pensar que ya habíamos realizado 72, si 72 Encuentros y fue entonces cuando recurrentemente aparecía en mi mente en la voz de Serrat el “Cantares” de Machado repitiendo “... caminante no hay camino, se hace camino al andar y al volver la vista atrás se ve la senda que nunca se ha de volver a pisar...” y es cierto, ya transitamos una senda de 72 Encuentros y a su manera todos buenísimos y al volver la vista atrás recuerdo la emoción que todos teníamos en ese Primer Encuentro de Mar del Plata porque lo habíamos logrado ya estaban en marcha los Encuentros Provinciales de Institutos. Del mismo no puedo omitir que de ese primer Encuentro habíamos logrado tanta difusión que hasta hubo que explicarle a un grupo de colegas que se presentaron a participar en representación del Instituto de Derecho Comercial de la Asociación de Abogados de Buenos Aires que estaba limitado a Institutos Provinciales, se les aclaró también que podían participar pero sin esa representación frente a lo cual algunos se retiraron y uno de ellos diciendo “...primeros encuentros hay muchos habrá que ver qué pasa con los segundos encuentros...” (sic). Debo confesar que al autor de esa frase lo crucé y saludé en varias oportunidades y que tuve que contener a “mi otro yo - mi sombra al decir de Carl Young- para que no le dijera: “Ya vamos por el VI y en otra oportunidad por el XIV y así por el XXXII”, pero la diplomacia -algo raro en mi- primó y nada le dije, pienso que mi silencio fue en agradecimiento de aquella frase pues creo que en el fondo de nuestros espíritus la misma, en lugar de afectarnos u ofendernos, reforzó nuestro convencimiento de seguir adelante y parece que algo de eso hay, pues ya pasamos setenta veces ese segundo encuentro del que se dudó.

Luego, el segundo Encuentro que lo organizamos en San Isidro donde se siguieron sumando institutos con la emoción y alegría de recibirlos en nuestra sede por primera vez. Recuerdo el trabajo de recibir las ponencias en papel, dividir las por temas fotocopiarlas para de esa manera armar los libros de ponencias fotocopiadados -otra época sin duda- La emoción de exponer los temas preparados con tanto esmero esperando lograr la adhesión de los participantes o estar preparados para las réplicas. Lindo haberlo vivido para poderlo contar dice otro poema.

Ni que hablar del tercer Encuentro en Bahía Blanca -abril del 86- del cual recuerdo la calidez de los anfitriones y también imágenes grabadas en mi retina en la cual luego de la cena de cierre en el restaurante del Golf Club caminábamos por el campo de golf observando en el cielo abierto y estrellado al cometa “Halley” que en esa oportunidad -y como sucede cada 75 años- se aproximó tanto a la tierra que se hizo perfectamente



visible. Creo que sería una buena propuesta que en su próxima aparición prevista para el 2061 en que según mis cálculos seguramente se estarán desarrollando el CLXXIII (léase 173) Encuentro el mismo se realice en Bahía durante el mes de marzo de ese año para conmemorar tal acontecimiento. Pienso que la edad de Ignacio -actual director de Bahía- torna muy posible esta propuesta.

Que luego fue el cuarto Encuentro en Lomas de Zamora y el quinto en Mercedes y el sexto en Azul y luego de repetir algunas sedes se fueron realizando en La Plata, Morón, San Martín, el Partido de la Costa, Matanza, ocasionalmente Necochea y Dolores. Destaco muy especialmente a los directores y miembros del instituto de Mar del Plata en la persona de Horacio Garaguso, José Botteri y Martín Vázquez por haber sido sede en tantas oportunidades con el trabajo y dedicación que ello requiere y lo bien que siempre nos recibieron.

Como cierre no puedo omitir una consideración a la difícil situación que por el aislamiento estamos viviendo y tampoco a los padecimientos o pérdidas que sé que muchos tuvieron y a ellos mi solidaridad y a todos los demás y en especial a todos los Directores (y dentro de ellos muy especialmente a Patricia D'Albano Torres que desde el aislamiento se visualiza mucho más su esfuerzo y empuje a todos nosotros) un muy profundo agradecimiento por la fuerza y empuje con que se viene trabajando pues creo que con mucho orgullo podemos decir que ni la "pandemia del COVID" impidió que se realizaran nuestros clásicos Encuentros de Instituto, los dos del año pasado en forma virtual al igual que el primero de este año y solo el universo sabe que sucederá con el segundo, pero sí sé que, sea como sea, seguramente lo haremos.

Y hasta entonces un fuerte abrazo "virtual" a todos y con el firme convencimiento de poderlo materializar en el próximo Encuentro presencial, hasta entonces y como enseña el Maestro Yoda: "Que la fuerza te acompañe".

Osvaldo E. Pisani

En este raro junio del 2021



**¡HAGA CLICK AQUÍ
PARA REPRODUCIR EL VIDEO!**

Homenaje

a los directores
de institutos de Derecho Comercial de
la provincia de Buenos Aires



50
años

DERECHO COMERCIAL Y EMPRESARIAL



Los desafíos que enfrenta el derecho comercial ante la revolución tecnológica y de las comunicaciones

Por Estela A. Marmonti

Colegio de Abogados de La Plata.

PONENCIA

Las empresas avanzan hacia el futuro de la organización con las nuevas tecnologías del FINTECH, de la ROBÓTICA, DE LAS APLICACIONES. También quiero hacer referencia al teletrabajo y su repercusión en el DERECHO MERCANTIL, como una nueva forma de producción.

Estos cambios por la REVOLUCIÓN TECNOLÓGICA han influenciado en la SOCIEDAD y como consecuencia de ello y por su incidencia en LA COMUNICACIÓN surge esta nueva modalidad contractual, es así que convendría realizar un profundo análisis de la forma de aplicación del mismo con una adecuada regulación.

DESARROLLO

EL DERECHO MERCANTIL nace para la regulación del comercio, la ley comercial, regula una serie de situaciones que se dan en los actos de comercio efectuados.

EL DERECHO COMERCIAL no es el derecho de la producción y distribución de los bienes creados por el hombre en toda actividad productiva, porque incluye dentro de su campo de aplicación entre otras actividades empresariales, el comercio de ultramar, el bancario, los seguros marítimos y terrestres, el derecho societario, los títulos al portador, la ley cambiaria, entre otros. Es la parte del DERECHO PRIVADO que tiene por objeto regular las relaciones jurídicas que surgen del ejercicio del COMERCIO, intermediando entre productores y consumidores, con fines de lucro y llevando a cabo prestaciones habituales, comprende las instituciones jurídicas derivadas del ejercicio del comercio o concertadas por los comerciantes, en un sentido objetivo en primer lugar y subjetivo en segundo lugar, realizando una actividad económica organizada para la producción de bienes y servicios mediante actos y negocios producidos.

Ante el avance de los rápidos cambios efectuados en el derecho comparado y por efecto de la globalización, es necesario la actualización del DERECHO MERCANTIL.

Por lo tanto, tenemos que innovar nuestros institutos jurídicos y como logramos esto, lo primero que nos tenemos que preguntar es si es nuestro DERECHO COMERCIAL lo suficientemente ágil para innovar y adaptarse rápidamente a un mundo que cambia rápidamente.

Lo segundo, dado que los integrantes del CONGRESO DE LA NACIÓN ARGENTINA, cambian periódicamente podremos alcanzar la continuidad necesaria para poner en práctica esos cambios. Y tercero podrá seguirse manteniendo EL DERECHO COMERCIAL con sus institutos jurídicos algunos devenidos en obsoletos.

Quizás el desafío más grande es no mantener el *status quo* y asumir riesgos para poder innovar. La habilidad de modernizar los institutos jurídicos y adaptarlos a la actualidad.

Tengamos en cuenta que EL DERECHO COMERCIAL, por ser una rama autónoma de la ciencia jurídica con autonomía científica, que tiene características propias y distintas de otras ramas del DERECHO PRIVADO, con principios mercantilistas que lo rigen, ha tenido que cambiar históricamente la contratación a distancia con el objetivo de lograr el consentimiento contractual, ha simplificado las formas, los requisitos, la utilización de los contratos con cláusulas predispuestas, la utilización masiva del crédito, la multiplicación de los contratos de crédito documentado.

En la actualidad las principales empresas tecnológicas del planeta llamadas GOOGLE, AMAZON, FACEBOOK, APPLE Y MICROSOFT, cuentan con programas de investigación o productos que ya son utilizados por diversos sectores; con la digitalización y las fintech se ha incorporado el mercado de pago y además existen aplicaciones para realizar cobros. Las empresas avanzan hacia el futuro de la organización con las nuevas tecnologías del FINTECH, de la ROBÓTICA, DE LAS APLICACIONES.

Cabe señalar sin embargo que, el avance es desigual entre los países teniendo en cuenta un estudio que se hizo sobre la competitividad de la economía argentina que consideraba la evolución del COMERCIO EXTERIOR ARGENTINO para detectar las dificultades y proponer algunos cambios. El principal problema radica en una intervención del Estado en la producción y la actividad privada que tienen como consecuencia efectos graves en las empresas que pierden mercado interno y tienen dificultades para exportar sus productos, quitándoles competitividad.

Toda sociedad se enfrenta, de un modo o de otro, con tres problemas económicos fundamentales, en primer lugar, cuántas y cuáles mercancías y en que cantidades se producirán.



Segundo, cómo se van a producir, o sea por quien y con qué medios y técnica produciremos la electricidad o tendremos que importarla.

Consideremos una economía con una población determinada, un nivel dado de técnica, cantidades y calidades concretas, éstos problemas son difíciles de resolver porque obedecen a muchas variables y participan distintos actores del quehacer económico, y bajo toda esta producción está el marco legal regulatorio de excelencia EL DERECHO COMERCIAL, con sus diferentes institutos jurídicos algunos bien regulados, otros desactualizados y muchos que ni siquiera tienen hoy un marco normativo que los regule por efecto de la REVOLUCION INFORMÁTICA, con sus nuevos instrumentos y los cambios trascendentes que se han operado en las COMUNICACIONES con la falta de presencialidad, lo que requiere una gran labor del Estado para llevar a cabo las reformas requeridas para la aplicación de las nuevas tecnologías en el COMERCIO. Es un gran desafío y para lograr el éxito adoptemos reglas claras previsible, bien comunicadas e informadas que propicie la SEGURIDAD JURIDICA, como también miremos a otras legislaciones más avanzadas en la adopción de estas modalidades para poder adaptar esos institutos jurídicos al plexo normativo argentino.

Para lograr el objetivo y poder desarrollar un DERECHO COMERCIAL MODERNO vamos a requerir quizás un trabajo POLIVALENTE, para poder abarcar todos los desafíos que se presentan o pueden presentar en la reforma.

Los avances tecnológicos han tenido una gran incidencia en la empresa y en razón de ello el DERECHO COMERCIAL DEBE actualizarse.

Entre otros, también quiero hacer referencia al TELETRABAJO, que no sólo es importante para las nuevas modalidades de producción, el CONGRESO sancionó una ley de teletrabajo que contiene disposiciones que entorpecen esa modalidad contractual.

Las necesidades para llevarse a cabo, la de contar con un software específico que garantice la imposibilidad de conexión fuera de determinados horarios, limitación temporal del derecho de reversión en la modalidad de contratación, modalidades mixtas presenciales y virtuales de la prestación del servicio, cuando hay y cuando no hay teletrabajo, reglas prácticas para el reintegro de gastos con carácter remunerativo, eliminación de registros para la utilización de la modalidad de contratación. El impacto de esta modalidad contractual se determina en los empleados, habrá que esperar a ver si la reglamentación soluciona los problemas acaecidos por las omisiones de la ley de teletrabajo.

Por lo expuesto el teletrabajo y su repercusión en el DERECHO MERCANTIL, como una nueva forma de producción.



Estos cambios por la REVOLUCION TECNOLOGICA han influenciado en la SOCIEDAD y como consecuencia de ello y por su incidencia en LA COMUNICACIÓN surge esta nueva modalidad contractual, convendría realizar un profundo análisis de la forma de aplicación del mismo con una adecuada regulación.

Esta actividad propende que se realice un marco tecnológico y jurídico adecuado.



El deber de renegociar los contratos se extiende a la luz de la tutela preventiva

Por Alejandro Martín Vázquez

Colegio de Abogados de Mar del Plata.

PONENCIA

La teoría de la prevención del daño o tutela preventiva es aplicable a las relaciones contractuales, pues se alza como un principio del derecho privado argentino. Sobre esa base el deber de renegociación de los contratos se incardina hacia la ampliación de su ámbito de aplicación, desbordando los casos previstos en los arts. 1011, 1091, 1221 bis, etc. del CCyC. La utilidad y eficacia de esta adecuada construcción jurisprudencial, requerirá por parte de los Jueces -y entre otros aspectos- de la estipulación de criterios objetivos que permitan analizar la regularidad del cumplimiento del deber de renegociación y del deber de colaboración y buena fe en la ejecución de ese proceso de negociación contractual.

FALLO

“BUTERA F. D. C. BANCO DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES S. MEDIDAS CAUTELARES” llegan a la Cámara Civil y Comercial (Sala II) de Azul por la apelación del demandado y es resuelto con fecha 18 de marzo de 2021.

En la instancia anterior se hizo lugar a una medida cautelar, que dispuso el congelamiento de los pagos a cargo del deudor en el marco de un contrato de mutuo, estimados en Unidades de Valor Adquisitivo -a su último valor- y la prohibición de iniciar acciones judiciales o extrajudiciales contra el actor.

El contrato tuvo por fin la adquisición de un vehículo y el actor probó que el valor a pagar por el mutuo pasó de representar el 5,88% de sus haberes al 32,27%.

Un aspecto no central pero relevante es que en Primera Instancia se estableció el trámite sumarísimo, al parecer por considerarlo una medida preventiva autónoma, cercana a una medida cautelar autosatisfactiva. La Cámara modifica este encuadre y sostiene que se trata de una medida



cautelar no autónoma de tipo innovativa y de carácter preventivo. Sobre ese carril resuelve mantener la medida, aunque con varias modificaciones que constituyen el análisis de la ponencia.

En lo sustancial el fallo de la Cámara revoca el de primera instancia y determina ajustar cautelarmente el valor a abonar en un máximo del 30% de los haberes del actor y además obliga a las partes a llevar adelante un proceso de renegociación del contrato por el término de 90 días -prorrogables- según una serie de pautas tanto formales como sustanciales que se indican en la sentencia.

DESARROLLO

Emergencia, cautelares, contratos y el denominador “tutela preventiva”:

El fallo sustenta su decisión en una serie de institutos jurídicos que vincula y le permiten llegar a la resolución de limitar cautelarmente el pago a realizarse por el deudor y exigir a las partes la renegociación del contrato de mutuo.

Refiere al contexto de *emergencia pública* en el que se ejecuta el contrato objeto de análisis. Lo hace con cita del Decreto N° 6566/19 y la Ley 27.451 -entre otros- y sobre la necesidad de dar respuesta y mitigar los efectos derivados de la emergencia pública económica, financiera y social.

Este contexto es valorado como una afectación externa al alea del contrato que conmueve el equilibrio de la operación económica del mismo, pues lo considera como un elemento ajeno a aquel y a la voluntad de las partes.

Al mismo tiempo explica la tutela preventiva haciendo hincapié en la necesaria distinción entre medidas cautelares procesales y las medidas preventivas del daño como pretensiones sustanciales. En ese marco sostiene el fallo, la posibilidad que una petición contenga ambos aspectos -procesal y sustancial- debiendo los jueces acudir a esos conjuntos de normas e institutos para adecuar su sentencia a la menor lesividad posible sobre el caso.

La tutela preventiva prevista en los arts. 1710 y siguientes del CCyC es plenamente aplicable a los conflictos acaecidos en relaciones contractuales. El juez puede y debe disponer lo necesario para evitar que se produzca o agrave un daño, incluyendo obligaciones de dar, hacer o no hacer (conforme art. 1713 del CCyC).



Aunque sin fundarlo exclusivamente en el art. 1091, el fallo considera que la obligación a cargo del actor se tornó excesivamente onerosa y, por ende, valora la existencia de un hecho externo al contrato que afecta el aspecto conmutativo esencial del contrato de cambio.

Considera que la renegociación del contrato tiene sustento normativo en la teoría de la prevención del daño y en el subsistema contractual que contiene vías de renegociación (arts. 1011, 1091 y 1221 bis del CCyC).

La resolución. El deber de renegociar (preventivo):

Sobre esta base resuelve: “A tales fines, y en la instancia de origen:

1- *Las partes, en el plazo de 10 días hábiles contados a partir de la fecha en quede firme la sentencia, deberán presentar en el domicilio legal constituido por la otra, y de modo extrajudicial, propuestas sustanciales u ofertas concretas de renegociación relativa al objeto del contrato debiendo dar estricto cumplimiento a los deberes de información y colaboración sobre la base de las reglas y principios previstos en los arts. 990, 991, 992 CCCN, los regulados para la renegociación en los contratos de larga duración en el art. 1011 CCCN; atendiendo a la aplicación de las reglas de la menor restricción de derechos, la aplicación del medio menos lesivo y procurar la eficacia de la negociación, como lo prescribe el art. 1713 CCCN, sin incurrir en ejercicio irregular, abusivo, o de mala fe de los derechos, proscribiendo situaciones de aprovechamiento.*

2.- *Las partes dispondrán de un plazo de diez días para responder, aceptar, reformular o realizar nuevas propuestas con relación a la presentada por la contraria, fundando también de manera documentada y detallada el contenido de sus propuestas o contraofertas.*

3.- *Si con antelación al plazo de 90 días corridos no se hubiera arribado a un acuerdo, el último día hábil, las partes deberán presentar al juez de la causa el resultado de las negociaciones al que hubieran llegado, acompañando, en su caso, los instrumentos jurídicos respectivos. Para el supuesto en el que no se hubiera arribado ningún acuerdo, deberán informar detalladamente las razones y circunstancias que lo impidieron.*

4.- *Las tratativas negociales deberán celebrarse sobre la base de un mínimo marco formal que rija durante su realización, estableciéndose la modalidad de las tratativas (vgr. la conservación documentada de las propuestas; determinación del lugar de reunión, días, forma de comunicarse, la utilización de documentos electrónicos -art 287, ver arts. 1104 a 1108-, etc.).*

5.- *Las reglas precedentes procuran conferir un mínimo de bases de “cómo” y “qué” negociar, con carácter supletorio a lo que las partes puedan convenir en ejercicio de la autonomía de la libertad contractual.*

Igualmente, el juez de la causa está ampliamente facultado para adaptar esas reglas y pautas a las situaciones que razonablemente puedan presentarse”.

El fallo considera la existencia de lo que denomina “Prevención Contractual”; es decir, el deber de ajustar la conducta a la buena fe, la obligación de colaboración y evitar el abuso del derecho, pero incardinado a la prevención de los daños en la relación contractual.

Sobre todos los elementos que venimos describiendo, construye un proceso de “*renegociación contractual*” que constituye así una manda judicial de cumplimiento obligatorio.

Las pautas fijadas son las siguientes:

- Noventa días para llevar adelante las negociaciones;
- Las propuestas deben presentarse formalmente y deben resguardarse documentalmente;
- Las partes tienen 10 días para presentar las propuestas a la otra y para responder la de la contraria, con aceptación o reformulaciones;
- De no arribar a un acuerdo, deberán exteriorizarse las razones y circunstancias que impidieron acordar;
- En el caso en particular y en base a la medida cautelar decretada, la cuota a pagar no podría superar el 30% de los haberes del actor.

La extensión de un instituto previsto para los contratos de larga duración:

El art. 1011 del Código Civil y Comercial en su tercer párrafo introdujo una novedad en la regulación de los contratos de larga duración, consistente en un “*deber*” de renegociación de buena fe en los supuestos de rescisión unilateral.

El Código previó el deber de renegociar los contratos de larga duración en función de su naturaleza y elementos esenciales de esta categoría de contratos.

En éstos el tiempo es esencial a efectos de satisfacer el interés de las partes o el acreedor¹. Dicha prolongación es pretendida por los contratantes y le otorga una dimensión especial a esta categoría de contratos, puesto que se vincula el tiempo con el objeto del contrato. La satisfac-

¹ STIGLITZ RUBÉN S., Contratos Civiles y Comerciales, Parte General, Tomo I, Editorial Abeledo Perrot, año 1998, págs. 127/128.



ción de la finalidad económica considerada por las partes se produce necesariamente a través del transcurso del tiempo y emerge entonces como un elemento esencial del contrato e integra su objeto.

Ante la pretensión de una de las partes de rescindir el contrato, el CCyC dispone ese deber de renegociar a fin de legitimar la rescisión. Ello se debe a que los contratos de larga duración son contratos relacionales y, por ende, las prestaciones que de ellos se derivan varían a lo largo del tiempo. Por lo tanto, el CCyC establece esa obligación ante el supuesto de rescisión, ya que tiene por fin la extinción del contrato afectando un elemento esencial del mismo.

Estas características no están dadas en el caso que nos ocupa, a pesar de la similitud de resolución y la cita, en sus fundamentos, al art. 1011 del CCyC. No nos hallamos ante un contrato de larga duración, sino ante un mutuo en el cual una de las partes ha cumplido íntegramente su obligación desde el inicio. No nos hallamos ante la pretensión de una de las partes de rescindir el contrato, sino ante una petición cautelar. Ante el incumplimiento tampoco aparecen -en principio- consecuencias posibles, como se daría en el caso del art. 1011 tercer párrafo en el cual se considera que la rescisión es ilegítima.

Tampoco se dan exactamente los presupuestos de la acción preventiva, específicamente la “acción u omisión antijurídica” prevista en el art. 1711 del CCyC, ya que el Banco había cumplido su obligación contractual y la Unidad de Valor Adquisitivo no la fija el demandado sino un tercero. Claro está, que ello no obsta el dictado de medidas cautelares procesales en el marco de la función preventiva del art. 1710.

A pesar de todo lo expuesto consideramos que es loable la extensión de este deber de renegociación a otra clase de contratos y otro tipo de situaciones contractuales -no exclusivamente la rescisión-, y el fallo funda coherentemente la sentencia con las diversas fuentes normativas vigentes.

En ese sendero sostiene que: *“La teoría general de la prevención del daño como principio general del derecho privado (arts. 10, 1710 a 1713 CCCN.) otorga sustento normativo a la revisión o renegociación del contrato, que puede llevarse a cabo sobre la base conjunta de diversas fuentes del CCCN.: las normas generales y específicas de prevención del daño (arts. 10, 1710 a 1713 y 1032 CCCN.), las propias del subsistema de los contratos y de los tipos negociales que prevén la renegociación, como los contratos de larga duración (art. 1011 CCCN.), la imprevisión (art. 1091 CCCN.), la renegociación del contrato de locación (art. 1221 bis incorporado por la ley 27.551) y las normas complementarias y de integración, por ejemplo las tratativas preliminares (arts. 990 a 993 CCCN.) (conf. Galdós, Jorge Mario “El deber legal de renegociar y la prevención*



del daño negocial”, en La Ley del 10/8/2020, 1 AR/DOC/2567/2020; “La tutela preventiva del Coronavirus en el Código Civil y Comercial de la Nación”, en La Ley del 7/4/2020; “Suspensión y renegociación preventivas del contrato. Una solución posible ante la emergencia por la pandemia del COVID-19”, RCD 1664/2020 “La tutela preventiva en el Derecho de las Familias. Las medidas provisionales patrimoniales y de resguardo de personas (arts. 721 y 722 CCCN.)” en RDPy C, 2020. Cuestiones patrimoniales del Derecho de las Familias -I, p. 287) (esta Sala, causa nro. 65.611, del 22/09/2020 “Raguzzi...”)”.

Coincidimos en que existe suficiente sustento normativo para establecer, por parte del Juez, el deber de renegociar el contrato; especialmente a la luz de la interpretación adecuada de la tutela preventiva de los arts. 1710 y ss. del CCyC.

Lorenzetti sostiene que: *“Para determinar el requisito de procedencia de esta instancia de renegociación previa a la rescisión, debe reconocerse como presupuesto que en el contrato se haya generado una modificación de las circunstancias económicas o financieras de las partes que esté afectando la ecuación económica. La obligación de renegociar se tiene que corresponder con una situación afectante del vínculo, puesto que ello explica la necesidad de desplegar un hacer para reencauzar la relación”*².

En el caso y sin entrar en la consideración en sí de las causas, una de las partes vio seriamente agravado el valor de la obligación que debía cumplir y podría considerarse afectante del vínculo, por lo que la función de prevenir daños mayores, que advierte la Cámara, encuentra en el caso la vía de la renegociación.

El horizonte del instituto del deber de renegociación contractual:

Desde nuestra posición, el fallo resulta valorable y adecuadamente fundando. Nos referimos con ello a la imposición del deber de renegociar el contrato y la fijación de algunas pautas al respecto. Ello no obsta la existencia de una serie de defectos que podríamos mencionar, pero en lo general es correcto.

Este deber no es nuevo como idea general, pues hemos tenido antecedentes en nuestro derecho. El primero de ellos se da en el supuesto de excesiva onerosidad sobreviniente (art. 1198 del C.C.) y la discusión acerca de si, en dicho caso, las partes contaban con la acción de adecuación o revisión del contrato o únicamente podían extinguirlo mediante resolución, como surge del texto expreso del artículo. La Corte

2 LORENZETTI RICARDO LUIS, “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado”, Tomo V, Editorial Rubinzal Culzoni, pág. 752.

Suprema³, sobre la base de una interpretación literal, sostuvo que no podía exigirse una adecuación del contrato por no estar prevista. Aunque la Doctrina⁴ se anunciaba a favor de dicha posibilidad considerando que, hallar la equidad del contrato es el fin último del art. 1198. Luego, el derecho internacional y la previsión que el Instituto para la Unificación del Derecho Privado (Unidroit) incorporó en una de sus reglas, que denomina cláusula “*hardship*”, en el art. 6.11 se establece que ante la excesiva onerosidad la parte perjudicada puede requerir directamente la “*renegociación*” del contrato. En tercer lugar, la ley 25.561 -y el Decreto N° 214/2002- cuyo art. 11 previó la obligación de las partes de renegociar los contratos “...*procurando compartir de modo equitativo los efectos de la modificación de la relación de cambio...*” y disponiendo que ante falta de acuerdo deberán dirimir las diferencias ante los Tribunales; lo que dio lugar a la conocida jurisprudencia del “*esfuerzo compartido*” de nuestra Corte Suprema de la Nación.

Esta sentencia nos da el puntapié para avizorar que, el deber de renegociación de los contratos es un instituto contractual que irá ampliando su ámbito de aplicación. El caso es un claro ejemplo de ello, pues no encaja en los presupuestos de hecho ni del art. 1011, ni del 1091, ni de 1711 del CCyC. Aun así, la jurisprudencia construye un proceso de renegociación, fija sus lineamientos y dispone su aplicación a un caso en concreto.

Ese camino de extensión tendrá que hacerse considerándose los elementos necesarios para dotar de sustento y utilidad al instituto.

En primer lugar, habrá de delinearse cuáles son las consecuencias de su incumplimiento o su cumplimiento meramente formal. Si analizamos el art. 1011, la rescisión será ilegítima -no nula- y ello dará lugar al resarcimiento de daños por la antijuricidad en el actuar.

En un caso como el aquí analizado, estas consecuencias no se establecieron. ¿Qué sucede si el demandado lleva adelante la negociación con cierta inflexibilidad y la frustra?, ¿o si el actor se desempeña de ese modo?, ¿podría acaso el juez considerar al momento de la sentencia esa actitud procesal?, en ese caso, ¿cuál sería la consecuencia?, ¿con que criterio analizaría la negociación?, ¿debería comunicarlo previamente por tratarse de una creación jurisprudencial?

El camino de extensión del instituto también debería prever la fijación de parámetros objetivos de ponderación de las propuestas de renegociación y la veracidad de la información. En el LXVII Encuentro de Institutos de

3 CSJN, autos: “*Kamenszein Víctor c. Malka Fried de Goldring y otros*”, sent. del 21/04/1992, Fallos: 315:792.

4 Entre otros: Alterini Atilio, Mosset Iturraspe Jorge, De Lorenzo Miguel, Morello Augusto, etc.

Derecho Comercial de Colegios de Abogados de la Provincia de Buenos Aires, en Lomas de Zamora de junio de 2017, presentamos una ponencia titulada “¿En qué consiste el deber de renegociar previo a la rescisión unilateral de contratos de duración?” proponiendo criterios objetivos de análisis de la regularidad del deber de renegociar. Pero éstos estaban orientados a los contratos de larga duración y la especial consideración del tiempo como parte del objeto del contrato y ante el supuesto de rescisión.

Este tipo de criterios son necesarios. La regularidad en el ejercicio del deber de renegociar -la idea de evitar el abuso del derecho-, la ponderación de la colaboración y la buena fe, sólo pueden hacerse con criterios objetivos que no dependan de valoraciones personales de cada uno de los involucrados.

En la ampliación de la aplicación de este deber es necesario considerar si el contrato se desarrolla bajo un sistema de relaciones contractuales, especialmente en los mercados regulados. No es la misma situación de un contrato paritario, o de un contrato bancario que se encuentra aprehendido en un sistema de encajes y regulaciones del BCRA que permiten cierto equilibrio en determinado sistema -ejemplo: el demandado se ve compelido a ofrecer plazos fijos ajustables por la Unidad de Valor de Adquisición-.

Otro de los aspectos que consideramos relevantes, para los casos en que se extienda la aplicación de este instituto, es la fase de ejecución en que se encuentren cuando los jueces dispongan su renegociación. Ello en función de la relación conmutativa considerada y las prestaciones a cargo de cada una de las partes. En el caso analizado el Banco había cumplimentado la totalidad de su obligación, restando el cumplimiento de uno de ellos únicamente. Distinta es la situación en que existan prestaciones pendientes de ambas partes. También si alguna de ellas se encuentra en mora y qué relación tiene esa situación de morosidad con la situación externa afectante del vínculo.

Es decir que, los Jueces podrían prever criterios objetivos que permitan analizar luego la conducta de las partes; como por ejemplo disponiendo que la negociación debe considerar la amortización de determinada inversión de una de ellas, también la necesidad que el nuevo acuerdo tenga un plazo -si era indeterminado-, etc.

Todo ello sin infringir el art. 960 del CCyC que expresamente prohíbe a los jueces modificar el contrato si no se encuentra previsto en la ley. Consideramos que esta prohibición cede ante supuestos expresos -tal como lo menciona el artículo- pero no ante creaciones jurisprudenciales.



Está claro que, la extensión de la aplicación a supuestos no previstos específicamente en una norma, implica una innumerable cantidad de elementos a considerar por delante al fijar el deber de renegociar, horizonte a construir por los jueces e involucrados.

CONCLUSIÓN

La teoría de la prevención del daño o tutela preventiva es aplicable a las relaciones contractuales, pues se alza como un principio del derecho privado argentino. Sobre esa base el deber de renegociación de los contratos se incardina hacia la ampliación de su ámbito de aplicación, desbordando los casos previstos en los arts. 1011, 1091, 1221 bis, etc. del CCyC. La utilidad y eficacia de esta adecuada construcción jurisprudencial, requerirá por parte de los Jueces -entre otros aspectos- de la estipulación de criterios objetivos que permitan analizar la regularidad del cumplimiento del deber de renegociación y del deber de colaboración y buena fe en la ejecución de ese proceso de negociación contractual.

De los contratos tradicionales a la contratación digital y los *Smart contracts*: desafíos para su adopción. Hacia un nuevo cambio de paradigma

Por Evangelina Natalia Negro⁵

Colegio de Abogados de San Martín

“La próxima generación de abogados tendrá el deber de comprender la tecnología más allá del lenguaje natural, de lo contrario, estarán condenados a la obsolescencia.”

Jhon Caballero Martínez.

PONENCIA

Uno de los principales desafíos de los contratos inteligentes será el de incorporar las leyes del “MUNDO FÍSICO” en el código digital. Esto significa que los Smart Contracts deben ser elaborados, paso a paso, con la ayuda de un programador lo que a la vez genera costos extras al momento de programarlos. Igualmente, una de las características fundamentales de los Smart Contracts es su “INMUTABILIDAD”. No se puede hacer “Adendas” o cambios dentro de los contratos inteligentes. Es decir, lo que es una ventaja por sus altos niveles de seguridad, se puede convertir en una suerte de desventaja, ya que por cada cambio que se quisiera efectuar en el Smart Contract habría que programarlo nuevamente, lo que genera costos de transacción.

ANTECEDENTES

Hablar de la historia del contrato es dar una mirada a las memorias del derecho y de la propia humanidad. A través de los siglos los acuerdos de

⁵ Abogada UBA; Docente de Contratos Civiles y Comerciales de la UBA en la cátedra del Dr. Heriberto Simón Hocsman, con promedio nueve (9). Diplomatura en Gestión Educativa y Representante Legal de la Universidad Austral; Posgrado de Asesoramiento Empresarial de la UBA; Miembro de la Comisión de Derecho Informático, Civil, y Concursal del CASI; Miembro de la Comisión de Derecho Comercial del CASM; Seminario de Neurociencias y Derecho del CASI con la Dra. Flavia Valgiusti; Seminario de Inteligencia Artificial con la Dra. Cecilia C. Danesi.

voluntades se expresaron de diversas formas, pasando de los contratos verbales a los escritos, estos últimos, plasmados en rocas, papiros, papel, o medios electrónicos, situación acorde a la evolución cultural, industrial y tecnológica.

Sin embargo, es innegable que los cambios en la tecnología han modificado la forma en que las personas se relacionan, y el derecho, cuya función es regular dichas relaciones, necesariamente debe adaptarse.

La era digital viabilizó nuevas formas de hacer negocios y sentó bases de contratación antes realmente impensadas que ponían en tela de juicio la conveniencia como factibilidad de tales instrumentos.

INTRODUCCIÓN

La emergencia sanitaria nos obligó sobre todo a abrir nuestra mente y a dejar de ser temerosos, precavidos o conservadores. Hace casi veinte años que la firma digital, la firma electrónica y los documentos electrónicos tienen plena eficacia jurídica en nuestro ordenamiento.

En definitiva, la pandemia puso en evidencia de qué manera las modalidades de contratación tradicionales van quedando obsoletas, siendo las variables que ofrecen las tecnologías actuales más dinámicas, eficaces, y eficientes.

La masividad de internet y la ruptura que ella produce en las nociones de tiempo y espacio repercuten ostensiblemente en las relaciones que se generan en el ciberespacio, dando nacimiento en muchos casos a hechos o actos jurídicos con características distintivas muy especiales, que demandan un abordaje diferenciado.

Ni hablar de la posibilidad de automatización de ciertas facetas de los entornos virtuales', mediante el uso de sistemas expertos, "Bots" o programas dotados de "Inteligencia Artificial".

Trasladada esta realidad al plano contractual, implica que la teoría general del contrato necesariamente necesita ser reconfigurada con estas novedosas variables, en donde predomina el uso de vías electrónicas o digitales.

Empecemos por definir al CONTRATO TRADICIONAL, el cual lo tenemos definidos en el art. 957 CCCN.



El **contrato** es un acto jurídico en virtud del cual dos o más partes acuerdan crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas de índole patrimonial.

Hasta ahora los contratos han sido documentos escritos. Estos documentos están sujetos a las leyes y jurisdicciones territoriales, y en ocasiones requieren de notarios. Es decir, más costos, tiempo y terceros que intervienen en el proceso.

ORIGEN Y EVOLUCIÓN DEL CONTRATO ELECTRÓNICO

En el año 1920 surge en Estado Unidos la venta por catálogo, impulsado por empresas mayoristas.

La venta por catálogo, tomó mayor auge con la aparición de las Tarjetas de Créditos. Esto fue posible a merced de algunas empresas financieras que crearon este producto en los años 50.

Fue a principios de los años 60 donde surgió el **EDI (ELECTRONIC DATA INTERCHANGE O INTERCAMBIO ELECTRÓNICO DE DATOS)** con el objetivo de eliminar el papel e impulsar la automatización de los procesos comerciales.

- ¿QUÉ ES EL EDI? Es la transmisión estructurada de datos entre organizaciones por medios electrónicos. Se usa para transferir documentos electrónicos o datos de negocios de un sistema computacional a otro.
- De esta manera, albaranes, facturas, órdenes de compra, y otros documentos comerciales electrónicos pueden tramitarse directamente desde la computadora de la empresa emisora a la de la empresa receptora, con gran ahorro de tiempo y evitando muchos errores, propios de la comunicación tradicional «en papel».

A principios de los años 1970, surgieron las primeras relaciones comerciales que utilizaban una computadora para transmitir datos.

Con la ayuda de la Televisión, a mediados de los años 80, aparece una nueva forma de venta por catálogo, llamada venta directa; a favor de este nuevo sistema los productos son mostrados con más realismo, y resaltando las características de los mismos. Esta forma de negociar representa el mismo modelo que las ventas en líneas actuales, con un comprador y un vendedor en un lugar geográfico diferente.

Afines del siglo XX, se puede hablar del inicio del comercio electrónico, cuando las primeras empresas introdujeron un nuevo canal de ventas basado en internet.



A inicio de los años 90 se definía al comercio electrónico como la compra de bienes y servicios a través de la “World Wide Web” (RED INFORMÁTICA MUNDIAL).

- ¿QUÉ ES LA WORLD WIDE WEB?
 - Es una red informática mundial accesible a través de Internet.
 - Está formada por páginas web interconectadas **que** ofrecen diversos tipos de contenido textual y multimedia.
 - Su función es ordenar y distribuir la información **que** existe en internet.
 - Lo más importante de la “W.W.W” es su alto nivel de accesibilidad, que se traduce en los escasos conocimientos de informática que exige de sus usuarios.

El desarrollo de estas tecnologías y de las telecomunicaciones ha hecho que los intercambios de datos crezcan a niveles extraordinarios, simplificándose cada vez más y creando nuevas formas de comercio.

En 1995 se creó la **Organización Mundial de Comercio (OMC)**, a fin de normar y regular los procesos de intercambio comercial entre los países, la cual sentó las bases de la universalización de las transacciones comerciales. Siendo Argentina miembro de la OMC desde el primero de enero de aquel año (01/01/95).

CONCEPTUALIZACIÓN DEL CONTRATO ELECTRÓNICO

Los contratos electrónicos son consecuencia de la evolución de la tecnología y del comercio electrónico, ya que las empresas introdujeron un nuevo canal de ventas basado en internet.

El contrato electrónico, ha sido unas de las innovaciones incluidas en el Código Civil y Comercial, pero a razón de la verdad, no ha sido tipificado como entidad específica, sino dentro de las normas de consumo y en las normas propias del consentimiento entre ausentes.

Es necesario aclarar que los contratos electrónicos, son en primer lugar contratos, y luego electrónicos, por lo que se aplicarán las reglas generales sobre los contratos establecidas en el Libro Tercero Título II del CCCN. Podemos definir al contrato electrónico como acuerdos de voluntades celebrados a través de medios electrónicos o informáticos, por los cuales las partes establecen en forma volitiva derechos y obligaciones, sin necesidad de la presencia física.



En la mayoría de los casos a distancia porque las partes se encuentran geográficamente en lugares diferentes al momento de perfeccionarse el mismo, por ello se aplicarán las reglas generales sobre los contratos, haciendo alusión a los requisitos que nunca deben de faltar para que sea válido el contrato y a la oferta que se encuentra regulada por la Ley 24.240 con su modificatoria Ley 26.361 de Defensa del Consumidor en su artículo 7 y en el Código Civil y Comercial en su artículo 1108.

El contrato electrónico tiene los mismos efectos que los contratos celebrados entre presentes. La sustancial diferencia es que los contratos electrónicos son celebrados a través de computadora, aplicación, telegráficamente o cualquier medio electrónico que lo propicie.

Los contratos electrónicos se encuentran prescriptos como **“Venta por correspondencia y otras”**, en la Ley de Defensa del Consumidor y están regulados en el Código Civil y Comercial como **“Contratos celebrados a distancia”** y prescribe la utilización de medios electrónicos.

Así el **artículo 1105 del Código Civil y Comercial de la Nación** prescribe a los contratos celebrados por medios electrónicos, como **contratos celebrados a distancia**: son 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 (artículo 1105 del Código Civil y Comercial de la Nación)

El **artículo 33 de la Ley de Defensa del Consumidor** lo prescribe como venta por Correspondencia y Otras, —es aquella en que la propuesta se efectúa por medio postal, telecomunicaciones, electrónico o similar y la respuesta de la misma se realiza por iguales medios. No se permitirá la publicación del número postal como domicilio[□] (Artículo 33 Ley de Defensa del Consumidor N° 24.240).

A su vez, el **artículo 1106 del CCCN (Información sobre los medios electrónicos)**, señala que en los casos donde el Código o las leyes especiales exijan 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.

Perfeccionamiento del contrato electrónico

Al celebrar contrato por medio electrónico se plantean dudas al momento de la celebración, porque la misma se ejecuta entre personas ausentes, ya que hay una distancia geográfica que tiene gran relevancia jurídica.



La cuestión central, es determinar el momento de perfeccionamiento del contrato. En primer lugar, es determinar que, si el sitio web da una oferta, se trata de una oferta al público, por lo que es vinculante con un contrato de consumo, que se concluye en el momento en que el usuario transmite la declaración de aceptación. Si no tiene los elementos constitutivos de la oferta, es una invitación a ofertar; el navegante es el que ofrece y el contrato se perfecciona desde el momento en que recibe la aceptación de parte del proveedor. En segundo lugar, se aplica el principio de recepción, perfeccionándose el contrato en el momento mismo en que la aceptación llega al oferente. En estos tipos de contratos, la regla es que deben aplicarse los contratos entre ausentes y la teoría de la expedición, perfeccionándose el contrato en el momento en que la aceptación de la oferta sea enviada por el aceptante al oferente (Lorenzetti, 1999).

El Código Civil y Comercial en su artículo 1108 del CCCN (Ofertas por medios electrónicos) reza:

“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”.

La Ley de defensa del consumidor estipula sobre la Oferta:

La oferta dirigida a consumidores potenciales indeterminados, obliga a quien la emite durante el tiempo en que se realice, debiendo contener la fecha precisa de comienzo y de finalización, así como también sus modalidades, condiciones o limitaciones. La revocación de la oferta hecha pública es eficaz una vez que haya sido difundida por medio similares a los empleados para hacerla conocer.

La no efectivización de la oferta será considerada negativa o restricción injustificada de venta, pasible de las sanciones previstas en el artículo 47 de esta ley (**Artículo 7 de la Ley 24.240 y su modificatoria la Ley 26.361 en su art. 5°**, sancionada el 12/03/08).

Modalidades Especiales

Para Scotti (2012) existen diversas clasificaciones al hablar de contratos o comercios electrónicos: Según el objeto: En relación con la fase de cumplimiento o ejecución, suele distinguirse entre el llamado comercio electrónico indirecto (o incompleto), es decir aquellos que se utilizan para la adquisición de bienes tangibles que deben ser enviado físicamente por los canales tradicionales de distribución, es decir, la etapa de formación de oferta y aceptación que se efectúa online y la entrega de la cosa o la prestación de servicio, se efectúan físicamente. Es el típico caso de compraventa de libros. En cambio, en el comercio electrónico directo



(o completo), el pedido, el pago y el envío de los bienes intangibles o servicios se producen on line. Por ejemplo, el contrato de compraventa de software, o de boletos o pasajes, asesoría legal (Scotti, 2012, p 55-56). Según los sujetos involucrados: 19 Podemos tener cuatro tipos: **Business to Business (B2B)**, comercio de empresa a empresa o de negocio a negocio, por el cual normalmente una empresa y sus proveedores utilizan Red para ordenar y recibir pedidos y efectuar pagos; **Business to Consumer (B2C)**, comercio de empresa a consumidor, que es utilizado por empresas mediante páginas web que ofrecen bienes y servicios a los usuarios - consumidores que navegan por internet; **Business to Government (B2G)** comercio de empresa a gobierno o Administración Pública, que contemplan las transacciones entre empresas y organizaciones gubernamentales, como los sistemas on line de la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP); **Government to Citizen/Consumer (G2C)** comercio de gobierno a ciudadanos - consumidores, por ejemplo, para el pago de impuestos y servicios recaudados por el Estado (Scotti, 2012, p56). Según el medio: Se ha distinguido entre comercio electrónico tradicional y comercio electrónico en Internet. El primero se realiza a través de redes cerradas y por ende entre un número limitado de personas. El segundo, se lleva a cabo libremente a través de redes abiertas y, en consecuencia, entre un número ilimitado de participantes que pueden ser empresas, consumidores y administraciones públicas (Scotti, 2012, p 56). Según el ámbito: Finalmente nos interesa distinguir entre el comercio electrónico nacional, es decir, aquel que se desarrolla dentro de las fronteras de un Estado y el comercio electrónico internacional, en el que se encuentran elementos extranjeros y, por lo tanto, se ponen en contacto distintos ordenamientos jurídicos. En este sentido, cabe adelantar que las partes pueden perfectamente tener un domicilio virtual distinto del real, dando lugar a que una operación aparentemente de índole internacional no lo sea, o que siendo en apariencia trasnacional, sea meramente local. Así, por ejemplo, un consumidor con domicilio en Argentina, puede contratar con una empresa con domicilio virtual en nuestro país, pero cuyo domicilio real se encuentra en 20 Estados Unidos. Un contrato en apariencia nacional, en realidad, es de carácter internacional. Y esta distinción no es menor a poco de tomar conciencia de que, mientras en un contrato local, no es posible elegir la ley aplicable, siendo internacional, las partes podrían ejercer autonomía de la voluntad para optar por la legislación que se aplicará al fondo de la cuestión (Scotti, 2012, p 56-57).

Afirmando estas clasificaciones de contrato electrónico, es necesario, aclarar algunos conceptos fundamentales que prescribe la Ley 24.240 con la modificatoria de la Ley 26.361 de Defensa del Consumidor, como “**usuario-consumidor**”. Es necesario tener en cuenta que “**consumidor**” es quien contrata, mientras que “**usuario**”, si bien es también sujeto de la relación de consumo no es quien contrata, sino que resulta ser quien



consume o usa la cosa como consumidor final.

Se protegen los contratos de consumo en el art. 42 de la Constitución de la Nación Argentina, derecho que se incorporó con la reforma de la Carta Magna en el año 1994.

El auge de la tecnológica ha impactado en la estructura jurídica, no sólo en la forma de comunicarnos, sino también en la forma de transmitir documentos, ya que en algunos casos se utiliza la **firma digital** o la **firma electrónica** que viene a equiparar a la tradicional firma manuscrita u ológrafa.

Aquí cabe hacer una aclaración respecto de ambas firmas. No es lo mismo la firma digital que la firma electrónica.

La firma electrónica es un conjunto de datos **electrónicos** que acompañan a una determinada información, también en formato **electrónico**. Es un concepto jurídico y un método de identificación, que se sirve de diversos soportes electrónicos, como un lápiz electrónico.

La firma digital se encuentra regulada en la ley 25.506 donde se distingue de la firma electrónica, siendo la primera la de mayor peso jurídico.

La firma digital es el conjunto de caracteres que se añaden al final de un documento o cuerpo de un mensaje para informar, dar fe o mostrar validez y seguridad. La firma digital sirve para identificar a la persona emisora de dicho mensaje y para certificar la veracidad de que el documento no se ha modificado con respecto al original.

Un dato importante es que no se puede negar haberlo firmado, ya que esta firma implica la existencia de un certificado oficial emitido por un organismo o institución que valida la firma y la identidad de la persona que la realiza.

Su funcionamiento es a través de la criptografía asimétrica, ya que el objeto principal siempre fue el secreto de la información, se busca proteger información sensible de la vista de terceros no deseados.

➤ LUGAR DE CUMPLIMIENTO DE LOS CONTRATOS ELECTRÓNICOS

Al ser los contratos electrónicos denominados contratos celebrados a distancia o entre ausentes, surge la necesidad de conocer dónde va a ser el lugar de cumplimiento, y en caso de que ocurran contingencias al momento de ejecutarse, qué instancias y acciones se pueden practicar para que se cumpla o se rescinda el contrato.



El lugar de cumplimiento debe ser el domicilio real del consumidor o el que expresamente éste haya indicado.

La ley de defensa del consumidor, ha establecido el lugar de cumplimiento sobre estos tipos de contratos en el **artículo 36, último párrafo**; y el código civil y comercial en su **artículo 1109** fija la regla sobre el lugar de cumplimiento de los contratos celebrados por medios electrónicos.

Art. 36 LDC: “(…)” Será competente para entender en el conocimiento de los litigios relativos a contratos regulados por el presente artículo, en los casos en que las acciones sean iniciadas por el consumidor o usuario, a elección de éste, el juez del lugar del consumo o uso, el del lugar de celebración del contrato, el del domicilio del consumidor o usuario, el del domicilio del demandado, o el de la citada en garantía. En los casos en que las acciones sean iniciadas por el proveedor o prestador, será competente el tribunal correspondiente al domicilio real del consumidor, siendo nulo cualquier pacto en contrario.

Art. 1109 CCCN: Lugar de cumplimiento. 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.

➤ REVOCACIÓN DE LOS CONTRATOS ELECTRÓNICOS

Cuando surge algún problema en el cumplimiento o en la entrega de bienes o servicios, la Ley de Defensa del Consumidor, establece la facultad que tiene el consumidor o usuario en los artículos 10 bis, 10 ter y 34. El Código Civil y Comercial de la Nación reza sobre la solución de REVOCAR el contrato en su artículo 1110.

El artículo 34 de la Ley 24.240 con su modificatoria, prescribe: “En los casos previstos en los artículos 32 y 33 de la presente ley, el consumidor tiene derecho a revocar la aceptación durante un 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. Esta facultad no puede ser dispensada ni renunciada. El vendedor debe informar por escrito al consumidor de esta facultad de revocación en todo documento que con motivo de venta le sea presentado al consumidor. Tal información debe ser incluida en forma clara y notoria. El consumidor debe poner el bien a disposición del vendedor y los gastos de devolución son por cuenta de este último (Artículo 34 de la ley 24.240 con su modificatoria ley 26.361).



En el Código Civil y Comercial de la Nación, su artículo 1110 reza: 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. Si la aceptación es posterior a la entrega del bien, el plazo debe comenzar a correr desde que esta última se produce. Si el plazo vence en día inhábil, se prorroga hasta el primer día hábil siguiente. Las cláusulas, pactos o cualquier modalidad aceptada por el consumidor durante este periodo que tengan por resultado la imposibilidad de ejercer el derecho de revocación se tienen por no escritos (Artículo 1110, Código Civil y Comercial de la Nación). El derecho de revocación no se aplica en los productos personalizados o confeccionados a medidas o conforme a requerimientos específicos, los productos perecederos en relación a la duración del plazo para ejercer el derecho de revocación y los que pierden actualidad o finalidad que están destinado a su uso inmediato, como también los programas informáticos que tienen descarga inmediata y destino de uso permanente, sin perjuicios de las demás acciones que surgen para el consumidor del resto del articulado y de la Ley de Defensa del Consumidor (Artículo 1116, Código Civil y Comercial de la Nación analizado, comparado y concordado por A. J. Bueres. 2014).

➤ SMART CONTRACTS o CONTRATOS INTELIGENTES

En un mundo dinámico donde la tecnología avanza a pasos agigantados, y la búsqueda de la eficiencia no admite demoras, vemos el surgimiento de un nuevo fenómeno: los SMART CONTRACTS, también llamados CONTRATOS INTELIGENTES, CONTRATOS DE CADENA DE BLOQUES, CONTRATOS DE EJECUCIÓN PROPIA, CONTRATOS DIGITALES.

Las nuevas tecnologías han desempeñado un papel fundamental dando lugar a que las regulaciones sean cada vez más insuficientes a la hora de satisfacer las necesidades del comercio.

Actualmente, nos encontramos frente a una gran revolución digital con la aparición del blockchain y de los Smart Contracts, que podría cambiar la manera en que se desarrollan las operaciones comerciales. Así, resulta pertinente preguntarse ¿Cuáles son los problemas y/o desafíos que plantean el desarrollo e implementación de estas tecnologías en la realización de operaciones comerciales?

Nick Szabo, (científico estadounidense, jurista y criptógrafo) fue quien mencionó por primera vez públicamente el término “Smart Contracts” en un documento en el año 1995. Donde sentó las bases de las criptomonedas y los *smart contracts*.

El criptólogo Nick Szabo fue el primero en pensar en unos protocolos informáticos que permitiesen el comercio electrónico entre desconocidos y que viniesen a sustituir el papeleo legal.

¿Qué planteaba Nick Szabo en sus estudios?

De manera muy resumida, sabemos que un contrato es un acuerdo legal entre las partes que describe sus responsabilidades entre sí. La idea de Szabo **era hacer esto digital, es decir que estos contratos digitales se ejecutan dentro de redes informáticas**. Sin olvidar el gran plus de que eliminan la necesidad de terceros para llevar un contrato a cabo.

Los objetivos fundamentales del concepto de contrato inteligente son:

- ✓ la verificabilidad,
- ✓ la observabilidad,
- ✓ la confidencialidad
- ✓ y la aplicabilidad.

En un documento, Szabo **comparó los contratos inteligentes con las máquinas expendedoras**, en razón de que cuentan con los elementos que definen dichos acuerdos, a saber:

- a) un mecanismo automático para la venta de un bien —la bebida gaseosa—
- b) y la recepción del input preestablecido para ello (dinero).

Imaginemos por un momento; queremos algo de la máquina (que ya nos informa lo que nos pide a cambio, la cantidad y método de pago), luego la máquina toma nuestras monedas y, mediante un simple cálculo, dispensa el producto y el cambio de acuerdo con la selección mostrada por el usuario. **Sin la presencia o intervención de terceros, se llevó a cabo una transacción limpia y eficiente**, es decir, se cumplió con un contrato inteligente.

Hoy un contrato inteligente hace referencia a:

- **Un contrato que se ejecuta por sí mismo sin que intermedien terceros;**
- **Y se escribe como un programa informático en lugar de utilizar un documento impreso con lenguaje legal.**

En lo que nos concierne, para entender si los denominados “**SMARTS CONTRACTS**” son o no contratos es menester definirlos y explicar de forma concreta su funcionamiento. “El termino hace referencia a **cualquier contrato que se ejecuta por sí mismo automáticamente sin la**

mediación de terceros, pero no involucra la utilización de inteligencia artificial.

¿Qué son los Smart Contracts o La Tecnología de Cadena de Bloques?

Los Smart Contracts son códigos informáticos que se encargan de ejecutar las prestaciones de un contrato de manera automática si verifican que se han cumplido ciertas condiciones a la que las prestaciones estaban supeditadas.

Es un código visible por todos y que no se puede cambiar al existir sobre la tecnología blockchain. Son inmutables pues están distribuidos en miles de nodos que no pueden alterar su contenido.

Los Smart Contracts están escritos en código informático, son leídos por código QR. Que se lleva a la práctica en línea, mediado por internet.

Este tipo de contratos ayudan a cambiar dinero, propiedades, acciones, o cualquier cosa de valor de una forma transparente y sin conflictos, al mismo tiempo que evitan los servicios de un intermediario.

Para ser más claros, los **contratos inteligentes** son programas informáticos. No están escritos en lenguaje natural, sino en código virtual. Son un tipo de software que se programa, **como** cualquier otro software, para llevar a cabo una tarea o serie de tareas determinadas de acuerdo a las instrucciones previamente introducidas.

En otras palabras, es un **algoritmo** que refleja el acuerdo de las partes sobre cómo se ejecutarán una o varias de las prestaciones asumidas, de manera automática, sin intervención de las partes, siempre y cuando se den las condiciones pautadas.

Ahora bien, ¿qué es un algoritmo en informática?

Un **algoritmo informático** es una secuencia de instrucciones finitas que llevan a cabo una serie de procesos para dar respuesta a determinados problemas. Es decir, un **algoritmo informático** resuelve cualquier problema a través de instrucciones y reglas concisas.

En el tema que nos atañe, y luego de analizar los contratos electrónicos encontramos la primera pregunta que deviene es la siguiente: ¿los contratos electrónicos son lo mismo que los contratos inteligentes?

La primera aproximación a la respuesta es considerar que ambos se llevan a cabo en entornos remotos, digitales, mediados por internet. Sin embargo, esta similitud no define su igualdad.

En principio la respuesta se orienta a considerar que no son lo mismo.

Sí es cierto que el contrato electrónico es causa suficiente para la existencia de un contrato inteligente, pero no significan que sea la misma cosa.

Para que un contrato digital se transforme en contrato inteligente se tendrá que recurrir a **elementos informáticos de código, al igual que se tendrá que recurrir a los oráculos plataformas mediadoras bajo tecnología blockchain, entre otras.**

Los **oráculos** son instrumentos que permiten actualizar estados internos de un *smart contract* a través de información del exterior, por ejemplo, obtener la cotización de una acción o divisa o si un paquete ha sido enviado por la empresa de transportes.

Otra característica que se asocia a los contratos inteligentes es la **“tokenización”**. Con ellos se busca dar más seguridad a las transacciones, que sumado a la **tecnología de bloque** sobre la que descansan, facilita la transparencia de los contratos, la seguridad y el resguardo de datos.

Una comparación entre los contratos actuales y contratos inteligentes puede arrojar a comprender las ventajas entre ambos a saber

Contratos convencionales

Contratos “smart”

Requiere a un tercero: usualmente requiere de abogados que pueden costosos y alargan el proceso. Conclusión: costoso

Peer to peer (Red de pares o Red entre iguales): Los contratos pueden ser creados por las mismas personas que lo necesitan, sin tener que recurrir a un abogado mediante la plataforma *Ethereum* u otra. Conclusión: menos costoso y de rápido diligenciamiento

Proceso de disputa manual: En caso de disputa se debe llevar el caso ante el juez. Lo que suele ser costoso y lento Conclusión: resolución disputa judicial, costoso y lento

Ejecución automática: Los contratos se ejecutan automáticamente según las condiciones de sus dueños, haciendo el proceso rápido y barato. Conclusión: se elimina la necesidad de interpretación.

Muchos términos legales: Normalmente los contratos se encuentran redactados en términos de difícil comprensión para quienes no son ávidos del derecho. Conclusión: cláusulas redactadas en términos no comprensibles para el público en general

De lo legal al código: Los contratos cumplirán los mismos requisitos actuales de la ley, solo que serán en código y no escritos en papel. Pueden ser de difícil comprensión para el usuario común que no conozca de lenguaje informático

¿Qué tecnología usan los smart contracts?

El uso de los smart contracts se apoya en la tecnología blockchain, que es donde se almacenan los códigos. Ese almacén es una atmósfera que no es controlada por ninguna de las partes del contrato, y el almacenamiento se hace en registros descentralizados e inalterables que funcionan como una cadena de bloques que están interrelacionados y se pueden usar para diversos fines como, por ejemplo: sistemas de pago, asientos contables, o bien para el desarrollo de un Smart Contract.

La cadena de bloques o blockchain es un libro digital donde quedan registradas todas las transacciones que se hagan, en el caso de los contratos inteligentes, son acuerdos que quedan guardados y validados en ese espacio virtual.

En la blockchain cada movimiento deja su marca digital. En los contratos inteligentes se estipulan las cláusulas y la red certifica si se cumplieron. También queda registrado qué pasos seguir en caso de incumplimiento (reparto de bienes, devoluciones o lo que corresponda).

Como se trata de varios equipos trabajando de manera integrada, habrá miles (o millones) de copias de ese contrato en el mundo virtual, con sus correspondientes validaciones, con lo cual sería imposible (o muy difícil) modificar el contenido porque en seguida quedaría en evidencia en la red.

Los contratos inteligentes reciben ese nombre pues son aplicaciones informáticas que se ejecutan a sí mismas cuando se cumplen las condiciones programadas en su código.

Para concluir, las características que distinguen a los contratos inteligentes son:

- Códigos informáticos, que siguen una lógica escrita preestablecida.
- Se almacenan y replican en una plataforma descentralizada, con tecnología blockchain.
- Se ejecutan mediante una red de ordenadores, que normalmente son los mismos sobre los que se sostiene la plataforma blockchain correspondiente
- Funcionan sobre una red blockchain descentralizada, gestionada, almacenada y custodiada por múltiples ordenadores/persona.
- Funcionan como cuentas “multi-firma”, de modo que los fondos se gastan solo cuando un porcentaje requerido de personas llegan a un acuerdo.
- Gestionan los acuerdos entre los usuarios, por ejemplo, si uno compra un seguro del otro
- Proporcionan utilidad a otros contratos (similar a cómo funciona una biblioteca de software)
- Almacenan información acerca de una aplicación, como información de registro de dominio o registros de membresía.
- Es una forma de asegurar el cumplimiento de las prestaciones en una transacción, lo que se puede traducir en una menor litigiosidad y descompresión de los medios tradicionales de solución de controversias.
- Implica una menor ambigüedad a la hora de hacer cumplir la letra del contrato, ya que la ejecución no depende de las distintas interpretaciones que las partes pueden tener luego de celebrado.
- Debido a la tecnología blockchain, resulta difícil modificar o eliminar el código almacenado o registrado. Por otro lado, la información sobre la transacción contenida en los registros puede ser “**trackeada**” (Tracking significa rastreo o seguimiento en inglés) hasta llegar a sus titulares, lo que le otorga una mayor transparencia a la operación. Esta transparencia es una característica clave a la hora de combatir fraudes o actos de corrupción.
- Acarrea menores costos de transacción aumentando así la eficiencia.
- Tienen como objetivo eliminar intermediarios para simplificar procesos y, con ello, ahorrar costes al consumidor.

Los **Smart Contracts** son programas en la nube que siempre actúan igual, y permiten almacenar información que no **puede** ser modificada a traición. Son los programas más seguros jamás creados en la humanidad y solo fallan **cuando** están mal programados.



Funcionan de manera condicional: “**si sucede esto, haz aquello**”. Se componen, en esencia, de líneas de código. Este código regula las condiciones que se deben cumplir para que los contratos se perfeccionen.

Si estos contratos se tratan de analizar desde nuestro ordenamiento jurídico podremos concluir que no estamos en presencia de un contrato por sus características, pues se trata de convenios privados e incensurables entre identidades pseudónimas, muchas veces desconocidas, y por lo tanto ajenos a los requisitos de consentimiento, objeto y causa. En virtud de lo expuesto, quizás por el momento sea más recomendable encuadrarlos en convención o pacto.

Para quienes no aceptan a esta modalidad como un cambio que pueda impactar en el aspecto jurídico con tal relevancia que obligue a que el legislador los incorpore, se sustentan en la necesidad de tener oráculos para la vida del contrato inteligente. Los oráculos distribuidos son el Santo Grial de los contratos inteligentes. El objetivo es permitir incorporar información del mundo exterior, sin confiar en ningún tercero, para ser usada por los contratos inteligentes a la hora de determinar si se ha producido un hecho.

¿Para qué se pueden utilizar los smart contracts?

Se ha propuesto la utilización de los smart contracts para fines diversos, como por ejemplo: para atender circunstancias relativas al vínculo laboral empleado-empendedor como lo es la administración de licencias, ausencias y también para fortalecer la registración laboral; para la adjudicación de licitaciones; para la gestión de contratos de suministro, de depósitos en garantía, de contratos de seguros, de derechos de propiedad intelectual, pagos de derechos de autor, para la ejecución de testamentos, como medios de pago, entre otros.

¿El Smart Contract es un contrato?

Una de las preguntas que nos hacemos es precisamente si estamos frente a un contrato cuando hablamos de Smart Contracts.

En el derecho contractual argentino la regla general es la libertad de formas y la libertad de las partes de determinar el contenido del contrato en la medida que este no afecte normas imperativas. Por eso, podemos decir que la contratación por medios electrónicos o a través de Smart Contracts encuadra dentro de ese principio.

Los Smart Contracts podrán entonces ser considerados contratos válidos siempre que el código programado surja del consentimiento de las partes y respete los lineamientos que el Código Civil y Comercial de la Nación nos da en los arts. 957 y siguientes, normativa a la que quedarán sujetos.

Por otro lado, hay diversas opciones a la hora de plasmar el acuerdo entre las partes: ese código informático podrá ser el único soporte del contrato; puede también ser la transcripción codificada de un contrato ya escrito; o bien simplemente reflejar una o más de las prestaciones de un contrato que se encuentra en soporte tradicional pero cuyas prestaciones se van a ejecutar automáticamente si se cumplen o verifican determinadas condiciones.

¿Tenemos regulación específica sobre smart contracts?

En nuestro ordenamiento no tenemos normativa específica sobre smart contracts, aunque ya pudimos ver que pueden aplicar las normas sobre contratos en general. De igual manera, también le pueden ser aplicables las normas relacionadas a los contratos de adhesión, las relativas a la protección de datos personales (Ley 25.326), delitos informáticos Ley 26.388), la legislación sobre defensa al consumidor, etc.

¿Qué limitaciones y retos implica el uso de los smart contracts?

- ✓ En primer término, debemos decir que puede haber ciertas dificultades a la hora de determinar la ley aplicable o qué autoridad debe ejercer las funciones de control o jurisdiccionales, ya que cada nodo de la red blockchain y las partes contratantes pueden estar sujetos a una ley diferente. Por eso resulta conveniente que el smart contract o el contrato que lo respalda contenga una cláusula específica que refiera a la legislación aplicable y foro para la solución de controversias.
- ✓ Por otro lado, como contracara de la automaticidad del smart contract, vemos una limitación en el poder de decisión de cada una de las partes respecto de si prefiere cumplir o no una obligación contractual, como así también sobre si acepta tolerar o no un incumplimiento de la contraparte.
- ✓ La puesta en peligro del orden público y la protección contractual: En el argot jurídico, las partes tiene la potestad de rescindir sus prestaciones y optar por regresar al estado anterior de las cosas, sin embargo, el formato de automatización del contrato inteligente impide que ello sea posible, algunos podrían indicar que esta forma de celebrar convenciones va contra el orden público, pero como se ha expuesto a lo largo del texto, las partes en virtud de su autonomía contractual y libertad de forma, pueden renunciar de forma expresa a este derecho de rescindir el contrato y automatizar la obligación.
- ✓ Dificultad en la compresibilidad de los contratos: los contratos inteligentes significan un cambio del lenguaje natural al lenguaje de código de programación, el profesional del derecho no se



encuentra capacitado para compilar o entender este tipo de lenguaje; el consentimiento de las partes podría tambalear, puesto que un lector medio no comprendería a que se está obligando si está descrito en un lenguaje que no comprende. 145 las limitaciones semánticas requerirían de la participación de programadores o de servicios externos de traducción técnica para diseñar las instrucciones pertinentes en un idioma compatible y comprensible por blockchain.

- ✓ Rigidez en la programación: la definición de instrucciones incrustadas en código reduce la incertidumbre, pero limita a las partes en la configuración del contenido contractual. Las prestaciones deben tener la capacidad de ser convertidas a datos para ser consideradas dentro de la red de blockchain, no pueden dejarse vacíos o zonas grises porque el diseño del contrato inteligente arrojaría un error en su programación.
- ✓ Sumado a lo anterior, todavía queda por resolver cómo los smart contracts operarán en transacciones donde puedan ser aplicables las soluciones de la teoría de la imprevisión o las reglas del caso fortuito o la fuerza mayor, o bien en supuestos en donde el código informático deba trabajar con estándares tales como el de la diligencia de un buen hombre de negocios, la buena fe, etc. que están ligados a una valoración subjetiva.
- ✓ Otro de los retos está vinculado a cuestiones de programación: es necesario que el código refleje de manera adecuada la voluntad de las partes, que sea preciso, sin ambigüedades y que no contenga errores o bugs. Además, se debe tener en cuenta que el humano no puede intervenir luego de que el código esté programado para detener su ejecución o modificar su contenido. En ese caso será necesaria una reprogramación que revierta los efectos.
- ✓ De todo esto vemos que en pos de lograr las ventajas que vimos más arriba, los smart contracts pueden resultar rígidos y en algunos casos apartarse de la realidad transaccional de las partes. Esto ha llevado a pensar que los Smart Contracts pueden destinarse a operaciones de menor complejidad.

➤ BLOCKCHAIN, CRIPTOMONEDAS y TOKENS

La Blockchain (o “cadena de bloques”) constituye una de las tecnologías más disruptivas de este siglo y plantea una revolución no solo en nuestra



economía, sino en todo tipo de ámbitos.

Aún no existe una norma jurídica que defina el concepto de blockchain debido a lo novedoso de esta tecnología. Por lo tanto, y como se ha realizado con otros conceptos, recurriremos a la doctrina para su definición. Siguiendo a Andreas Antonopoulos, blockchain es una forma de estructurar una base de datos.

La función criptográfica hash, conocida también como función de resumen, es un algoritmo matemático que transforma cualquier bloque arbitrario de datos en una nueva serie de caracteres con una longitud fija, con el objetivo de asegurar que no se ha modificado un archivo, hacer ilegible una contraseña, o firmar digitalmente un documento, entre otras.

Una Blockchain es como una **red de computadoras conectadas a través de internet de manera descentralizada** (en donde el poder está distribuido) y que permite a cada una tener una copia de estos contratos, haciendo que sea imposible adulterarlos, sino que también sean resistentes a la censura y la confiscación.

Utilizando una analogía bien clara de la vida cotidiana, sería como cuando uno intenta borrar un mensaje antiguo en una conversación grupal de WhatsApp para ocultar cierta información. Esto no se podría hacer en la Blockchain, ya que contiene el historial completo de todas las transacciones que se han efectuado en la red. Por ello se cree que la Blockchain revolucionará toda la estructura de gestión administrativa de los gobiernos y los servicios financieros del futuro.

Los contratos inteligentes, al estar alojados en una **blockchain**, están siempre disponibles, lo que les da otra gran ventaja, **ser accesibles** desde cualquier parte del mundo, a toda hora. Al día de hoy, la **cadena de bloques** por excelencia para el desarrollo de **contratos inteligentes** es **Ethereum**, pero muy probablemente tendremos una **competencia feroz por este lugar** en el futuro cercano.

En 2014, un joven de 19 años llamado Vitalik Buterin lanzó el desarrollo de un nuevo blockchain llamado Ethereum.

Ethereum es un blockchain como el de Bitcoin: una red de computadoras que mantiene un registro compartido. La principal diferencia es que tiene un lenguaje de programación más sofisticado, especialmente concebido para la programación de contratos inteligentes.

En Ethereum, es posible programar un gran número de reglas de negocio con la forma de **“si X, entonces Y”**. **Ejemplo: Si una empresa no cumple con un acuerdo con un cliente, entonces el juez ordenará pagarle una compensación.**



Esto sirve para automatizar un gran número de acuerdos en toda clase de industrias.

Los contratos inteligentes también son reglas con la forma “si X, entonces Y”. La diferencia es que están escritos en código de computadora y se ejecutan a través de una red distribuida. El lenguaje de programación es claro y objetivo. Cuando se cumplen las condiciones estipuladas, la ejecución es automática.

Los Smart Contracts podrían utilizarse para la liquidación automática y transparente de dividendos a accionistas. Cada uno, recibe un pago en función de la cantidad de acciones que posee.

Uno de los principales retos de los contratos inteligentes es la dificultad de unir dos mundos, el tecnológico y el legal. Los contratos inteligentes escritos por los técnicos y los contratos propiamente dichos, escritos por los especialistas en leyes.

“El reto no es solo trasladar todo **el lenguaje legal a un mundo computacional**, sino que además se tienen que dar muchos avances para lograr su **validez jurídica y estandarización** en la industria”.

✓ **La Confianza Distribuida. Primer Característica de la Tecnología Blockchain.**

La razón por la cual se ha popularizado la tecnología blockchain es porque la confianza se está transformando.

Esta es la confianza en la que desaparecen los intermediarios y los usuarios no solo hacen parte del sistema, sino que son el sistema, se trata de darle el control a las personas, de empoderarlas. No son solo usuarios del servicio, sino que son el servicio en sí mismo, este modelo de confianza es el fundamento de la tecnología blockchain, eliminar a los terceros hasta el punto en que sea posible, aprovechando la masificación de la información y la criptografía para garantizar integridad y seguridad en una red distribuida.

La particularidad que tiene la tecnología es que, a diferencia de otras formas de estructurar bases de datos, puede ser implementada de forma distribuida, sin la necesidad de contar con una entidad o un conjunto de entidades que actúen como reguladoras o controladoras de esa red para evaluar la validez de la información.

En ese sentido, mientras la operación que se pretenda asentar en la blockchain cumpla con los requisitos fijados en el código informático, no será rechazada por la red. Gracias a esta lógica, es posible llevar un registro preciso de información sin tener que contar con una entidad



que la centralice. De allí que esta tecnología haya podido resolver el problema del doble gasto de recursos digitales sin necesidad de contar con una entidad coordinadora.

Las entidades que hacen este trabajo de procesamiento de información reciben como recompensa una unidad asociada al protocolo; a modo de ejemplo, las unidades en la blockchain de Bitcoin son bitcoins, en la blockchain de Ethereum son ethers, etc.

Existen varias formas de clasificar una blockchain: blockchains públicas y privadas, las permissionadas y no-permisionadas.

Los nombres de estas variantes reflejan su estructuración, así como sus ventajas e inconvenientes. Sin entrar en detalles que excederían al marco de esta investigación, mientras más pública sea una blockchain, más complejo será su funcionamiento y gobernanza y viceversa. Ello se debe a que las blockchains públicas parten del supuesto de que ninguno de sus miembros guarda confianza con los otros, con lo cual es necesario implementar mecanismos técnicos para garantizarla. En cuanto a las aplicaciones que puede tener esta tecnología, su campo es amplio dado su funcionamiento intrínseco. Básicamente toda base de datos sobre la cual resulte conveniente mantener un registro distribuido, con independencia del grado de publicidad y apertura que tenga, es susceptible de utilizar tecnología blockchain de forma eficiente.

En el caso que motiva la producción de este informe, contar con un fichero donde se consigne datos sobre la identidad de una persona de forma transparente, al mismo tiempo que se resguarda la privacidad de la información, podría ser beneficioso para todos los actos de la vida civil y comercial de las personas. Acreditar identidad de forma certera e indubitable resulta esencial para demostrar quién es la persona que se está presentando. Asimismo, permitir a la persona elegir que atributos quiere mostrar contribuye a no revelar datos personales de forma innecesaria. Por ejemplo, la app de DIDI genera un código de identificación en la blockchain que se conoce como DID (identificador descentralizado), el cual utiliza un protocolo de desafío/respuesta para probar la propiedad y permitir el uso de una identidad en particular a partir de la validación de datos biométricos con el Registro Nacional de las Personas (RENAPER), y sobre la cual se asocian las credenciales verificables.

Las credenciales verificables son medios por el cual podemos probar hechos sobre el propietario de un DID, acreditando de manera digital y segura que una persona es portadora de ciertos atributos que tienen que ver con su identidad. Las credenciales, además de contener información sobre el titular, contiene el DID del emisor, que es el equivalente a la firma de la entidad emisora.



En última instancia, esta tecnología de contabilidad distribuida (distributed ledger technology -DLT) propia de blockchain , permite llevar una anotación de actos y hechos con relevancia jurídica a nivel internacional de forma distribuida cuya existencia es independiente de cualquier organización individual, y, por lo tanto, resistente a la manipulación y censura, siempre y cuando se cumplan con los requisitos informáticos del protocolo mediante el uso de las unidades asociadas a cada blockchain . **El comportamiento de estas unidades define su naturaleza jurídica.**

✓ CRIPTOMONEDAS Y TOKENS

Las criptomonedas son un sistema de pago descentralizado que tiene como fin eliminar los intermediarios, no cuentan con la participación de bancos, uniones de crédito o prestamistas, pero pueden ser consideradas unidades monetarias al cumplir con las características del dinero: es un medio de intercambio, genera confianza y funciona como una unidad de cuenta.

Las criptomonedas han generado gran revuelo por su rápida capitalización y volatilidad, pero no es la primera vez que aparece una noción de dinero electrónico, la novedad de Bitcoin y sus derivados está dada por la tecnología que utiliza: Blockchain.

Siguiendo las clasificaciones propuestas por diferentes reguladores internacionales, las unidades asociadas a un blockchain pueden ser clasificados en tres grandes categorías: (i) tokens de pago; (ii) tokens de utilidad; y (iii) tokens de activos.

El primero de estos tokens corresponde a las llamadas CRIPTOMONEDAS y su propósito principal, el cual configura su valor, es actuar como un medio de pago.

Por otro lado, los tokens de utilidad son aquellos cuyo uso da lugar al ejercicio de un derecho determinado y que es reconocido por la red donde es aceptado ese token.

Finalmente, los tokens de activos son aquellos que actúan como una representación de un activo subyacente; estos generalmente son empleados para la representación de valores negociables, pero se está comenzando a explorar otros potenciales usos.

Sin perjuicio de esta clasificación, pocas jurisdicciones han reconocido el uso de las criptomonedas como dinero o moneda a nivel internacional.

El uso de las criptomonedas de forma especulativa ha opacado el potencial que estas tienen para la realización de pagos de forma más



ágil, horizontal e internacional.

En atención a ello, es oportuno preguntarse, i) si estas pueden ser consideradas como dinero, y ii) si tienen curso legal, es decir si pueden ser usadas como medio de pago con poder cancelatorio de obligaciones. Ambas cuestiones tienen consecuencias prácticas de importante relevancia.

En cuanto a la primera, su respuesta condiciona el tratamiento jurídico que tendrán las obligaciones de dar cantidades de criptomonedas. Por ejemplo, si la entrega de criptomonedas se considera como la entrega de una cosa, se debe entregar la cosa en cuestión y, únicamente de forma excepcional, podrá indemnizarse a la otra parte; en cambio, si se considera que son monedas o dinero y su entrega se ve imposibilitada, podría ser posible la entrega del equivalente en moneda fiduciaria local.

Respecto de la segunda pregunta, la misma tiene implicancias sobre el uso de las criptomonedas como medio de pago ya que si carecen de poder cancelatorio -curso legal- la aceptación de estas para cumplir con una obligación queda a exclusiva voluntad de la persona que las reciba, a diferencia de lo que ocurre con el dinero fiduciario cuya aceptación no puede ser rechazada.

Un punto intermedio, y aún sin una respuesta clara en la legislación y la doctrina, es el caso de los tokens de pago respaldados en moneda fiduciaria. Tradicionalmente, la representación digital de monedas fiduciarias se ha instrumentado mediante los sistemas de dinero electrónico. Ahora bien, el soporte de estas re- presentaciones no ha usado tecnologías de registro distribuido. Con lo cual, la pregunta gira en torno a la categoría jurídica que revisten estos tokens de pago con un respaldo en moneda fiduciaria local.

Ello es de fundamental importancia porque el emisor de estos tokens tiene ciertas obligaciones frente a los tenedores de estos instrumentos, así como también el uso de los tokens estaría condicionado al análisis efectuado en el párrafo anterior.

La situación normativa en la cual se podría implementar un sistema privado digital de identidad auto soberano es diferente para cada país.

➤ Regulación Normativa de las Criptomonedas en Argentina

Argentina no tiene una regulación unificada para criptomonedas. Por el contrario, distintas dependencias del gobierno han ido regulando las criptomonedas en forma parcial.

En este sentido, las principales regulaciones han sido emitida por la Unidad



de Información Financiera (“UIF”), el Banco Central de la República Argentina (“BCRA”) y la Administración Federal de Ingresos Públicos (“AFIP”), y cada una de estas entidades utiliza distintos conceptos para este tipo de activos.

En este trabajo me voy a centrar en la normativa emitida por la UIF y el BCRA, para no introducirme en la normativa impositiva y tributaria de AFIP que hacen a otra materia.

1) Prevención de lavado de activos.

La primera y (hasta el momento) la única definición normativa en Argentina del concepto “moneda virtual” fue dado por la Unidad de Información Financiera (UIF) mediante la Resolución 300/2014 (B.O. 10/07/2014). Siguiendo lo estipulado por el Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI, 2014), la UIF las definió (art. 2 de la Res. 300) como:

“...la representación digital de valor que puede ser objeto de comercio digital y cuyas funciones son la de constituir un medio de intercambio, y/o una unidad de cuenta, y/o una reserva de valor, pero que no tienen curso legal, ni se emiten, ni se encuentran garantizadas por ningún país o jurisdicción.

En este sentido las monedas virtuales se diferencian del dinero electrónico, que es un mecanismo para transferir digitalmente monedas fiduciarias, es decir, mediante el cual se transfieren electrónicamente monedas que tienen curso legal en algún país o jurisdicción”.

En 2014, la UIF emitió la Resolución 300/14 que determinó que ciertos sujetos obligados (incluyendo entre otros, bancos, remesadoras de fondos, agentes del mercado de valores, asegurados, emisoras de tarjetas de crédito, escribanos) deben informar a la UIF todas las transacciones que involucren monedas virtuales.

La Resolución define “Monedas Virtuales” como la representación digital de valor que puede ser objeto de comercio digital y cuyas funciones son la de constituir un medio de intercambio, y/o una unidad de cuenta, y/o una reserva de valor, pero que no tienen curso legal, ni se emiten, ni se encuentran garantizadas por ningún país o jurisdicción. La Resolución distingue las monedas virtuales del dinero electrónico, al que define como un mecanismo para transferir digitalmente monedas fiduciarias, es decir, mediante el cual se transfieren electrónicamente monedas que tienen curso legal en algún país o jurisdicción.

El 20 de mayo de 2020, la UIF emitió un comunicado recordado a los sujetos obligados su obligación de reportar de conformidad con la Resolución 300/14. Asimismo, UIF informó que está trabajando en una regulación de prevención de lavado de activos siguiendo los lineamientos del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) para activos virtuales.

2) ICOs.

En 2017, la Comisión Nacional de Valores (“CNV”) emitió un comunicado advirtiendo sobre los riesgos involucrados en las ofertas iniciales de monedas (Initial Coin Offerings o “ICOs”). Aunque el comunicado indicaba que las ICOs no están sujetas al control específico de la CNV, también manifestó que en caso que los tokens o criptoactivo emitido caigan dentro de la definición de valor negociable, la ICO podría estar sujeta a la previa autorización de la CNV.

La CNV ha estado trabajando en la regulación de estas materias, pero aún no se ha hecho público ningún proyecto de resolución. Vale mencionar que la Ley de Mercado de Capitales (Ley N° 26.831) incluye en su definición el concepto de contrato de inversión, que ha sido el concepto utilizado por la Securities Exchange Commission de Estados Unidos para considerar que determinados tokens calificaban como valores negociables.

3) Normativa Cambiaria.

En octubre de 2019, el BCRA emitió la Comunicación “A” 6823 que dispone que los emisores de tarjetas de crédito, tarjetas prepagas y tarjetas de débito deben obtener la previa conformidad del BCRA para realizar pagos al exterior en relación a la adquisición de criptoactivos con dichas tarjetas.

Asimismo, de conformidad con la Comunicación “A” 7030 emitida en mayo de 2020, el BCRA considera a los criptoactivos como activos externos líquidos, es decir, activos que permiten obtener disponibilidad inmediata de moneda extranjera.

➤ CONCLUSIONES

- Al final del día, los sistemas legales son maquinarias para asegurar la ejecución de acuerdos con la forma “si X, entonces Y”. Si una empresa no cumple con un acuerdo con un cliente, entonces el juez ordenará pagarle una compensación.
- Sin embargo, el sistema legal tradicional hace esto de manera lenta, costosa, y sujeta a manipulaciones. Los contratos legales están escritos en lenguaje natural, que es ambiguo y sujeto a interpretaciones.



- Los contratos inteligentes también son reglas con la forma “si X, entonces Y”. La diferencia es que están escritos en código de computadora y se ejecutan a través de una red distribuida. El lenguaje de programación es claro y objetivo. Cuando se cumplen las condiciones estipuladas, la ejecución es automática. El acuerdo se cumplirá tal como fue pactado sin la presencia de terceras personas.
- Los contratos inteligentes aún se encuentran en una fase temprana de desarrollo y deben superar una serie de desafíos de usabilidad y escalabilidad. Sin embargo, una vez que se vuelvan más populares, tienen el potencial de **reducir drásticamente los costos y aumentar la velocidad de los sistemas judiciales**.
- Van a revolucionar industrias que requieran de alta transparencia para transferir pagos, propiedad de activos o para compartir información sensible. Una transformación radical de la forma en que hacemos e implementamos acuerdos.
- En conclusión, lamentablemente no se cuenta hasta hoy con una clara, completa y actualizada definición de los conceptos “moneda virtual”, “moneda digital”. “criptomonedas” y “criptoactivo”.

CONCLUSION FINAL

Uno de los principales desafíos de los contratos inteligentes será el de incorporar las leyes del “MUNDO FÍSICO” en el código digital. Esto significa que los Smart Contracts deben ser elaborados, paso a paso, con la ayuda de un programador lo que a la vez genera costos extras al momento de programarlos. Igualmente, una de las características fundamentales de los Smart Contracts es su “INMUTABILIDAD”. No se puede hacer “Adendas” o cambios dentro de los contratos inteligentes. Es decir, lo que es una ventaja por sus altos niveles de seguridad, se puede convertir en una suerte de desventaja, ya que por cada cambio que se quisiera efectuar en el Smart Contract habría que programarlo nuevamente, lo que genera costos de transacción.

Bibliografía

- 1) Contratos inteligentes, contratos electrónicos. Disrupción en el mundo jurídico argentino. Autora: Nina Norma Noriega.
- 2) El COVID y la hiperexpansión de la contratación electrónica Gastón E. Bielli y Carlos J. Ordoñez, TOMO LA LEY 2020-D, 05/08/20
- 3) Diferencia entre firma electrónica y digital. Iprofesional. 20.03.20.-



4) CONTRATOS ELECTRÓNICOS, SU REGULACIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN (LEY 26.994) Y EN LA LEY DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR (LEY 24.240), Autor: Facundo Machin.

5)<https://dernegocios.uexternado.edu.co/negociacion/del-contrato-clasico-al-contrato-inteligente-smart-contract-nuevo-tipo-contractual-o-mecanismo-de-cumplimiento-de-obligaciones/> (03.12/2019)

6) Contratos inteligentes: La tecnología de cadena de bloques que reemplazará a los abogados, 12/06/19, **Rajarshi Mitra**

7)<https://academy.bit2me.com/quien-es-nick-szabo/>

8) <https://www.iproup.com/economia-digital/20247-blockchain-criptomonedas-el-poder-de-contratos-inteligentes>

9) CRIPTOMONEDAS, BLOCKCHAIN Y CONTRATOS INTELIGENTES (TESIS DE GRADO). JHON ALDEMAR CABALLERO MARTÍNEZ. https://bdigital.uexternado.edu.co/bitstream/handle/001/2592/GAA-spa-2019-Criptomonedas_blockchain_y_contratos_inteligentes?sequence=1&isAllowed=y.

10) Contratos Inteligentes: una Nueva Tecnología de Acuerdos para la Era de Internet, Federico Ast, 02/09/2019.

<https://medium.com/astec/contratos-inteligentes-una-nueva-tecnolog%C3%ADa-de-acuerdos-para-la-era-de-internet-b460b782f236>

11) La Revolución de la Blockchain y los Smarts Contracts. Autor: Marcelo Corrales.

12) <https://publications.iadb.org/publications/spanish/document/Regulacion-de-blockchain-e-identidad-digital-en-America-Latina-El-futuro-de-la-identidad-digital.pdf>

13) <https://100seguro.com.ar/contratos-inteligentes-luces-y-sombras-de-una-herramienta-que-llego-para-quedarse/>

14) <https://abogados.com.ar/regulacion-de-criptomonedas-en-argentina/26335>

La cesión de los denominados “derechos económicos” derivados de la transferencia de un futbolista en la justicia comercial

Por Pablo C. Barbieri⁶

Colegio de Abogados de Quilmes

PONENCIA

Los conflictos derivados de la cesión de los denominados “derechos económicos” derivados de la transferencia de un futbolista deben ser resueltos por ante la Justicia con competencia en materia comercial.

1.Preliminares

En el ámbito jurídico-deportivo, el concepto de “derechos económicos” sobre el producido generado por la transferencia de un futbolista entre distintos clubes ha sido objeto de una puntillosa elaboración partiendo, fundamentalmente, de aportes doctrinarios que intentaron brindar sustento a un negocio jurídico que se impuso en la práctica.

Ello se debió, esencialmente, a la prohibición de la imposibilidad de que personas humanas o jurídicas diferentes a los clubes puedan ser titulares de los servicios de un futbolista profesional. Esta prohibición -histórica, por cierto- tiene expreso reconocimiento, en la Argentina, en las disposiciones del art. 8, inc. 6° del CCT 557/09, regulatorio de la actividad.

La necesidad de los clubes de obtener “fondos frescos” con prontitud llevó a la creación de esta figura, mediante la cual una persona se convierte en titular de los beneficios que produzca, en el futuro, la transferencia de un futbolista registrado en un club a otro. El club en el cual el jugador estuviere registrado cedía -onerosamente- un porcentual de ese eventual beneficio futuro a este tercero, efectivizándose la percepción de ese beneficio al momento de llevarse a cabo dicho traspaso.

⁶ Abogado. Posgraduado en Asesoría Jurídica de Empresas. Profesor Titular de “Concursos, Quiebras y Títulos Circulatorios” en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Lomas de Zamora. Profesor Adjunto de Derecho Comercial III en la Facultad de Derecho de la Universidad del Museo Social Argentino. Docente en la Diplomatura en Gestión de Entidades Deportivas en UCES.

Consecuentemente, han sido variados los abordajes sobre los cuales se ha intentado definir este instituto.

Así, por ejemplo, Galeano afirmó que “el derecho económico es el beneficio patrimonial que se incorpora al activo del club, es un crédito eventual o futuro y en expectativa que se puede ceder a terceros a cambio de un precio y que emerge del derecho federativo que pertenece al club, y *no del contrato de trabajo con el jugador*”⁷.

Por nuestra parte, sostuvimos que los “derechos económicos constituyen la valuación pecuniaria del derecho federativo”, agregando gráficamente que ellos “pueden tener como titulares, primigeniamente, a los clubes que detentan los derechos federativos de los futbolistas o, en su caso, a estos mismos, en el supuesto de tratarse de jugadores en libertad de acción...”⁸.

2. El contrato de cesión de derechos económicos. Su validez. Las prohibiciones reglamentarias.

Esta cesión se instrumenta en un contrato de carácter *innominado*, oneroso y bilateral (cfr. arts. 970, 967 y 966 del Cód. Civil y Comercial, respectivamente).

Su oponibilidad y validez ha sido reconocido por la jurisprudencia en numerosos pronunciamientos⁹.

En la práctica, el desenvolvimiento se llevó a cabo sin que los reglamentos federativos vigentes siquiera hagan mención a la operativa. Sin perjuicio de ello, la Asociación del Fútbol Argentino (AFA) dictó, en 2005, el *Régimen de Anotación y archivo de cesiones de beneficios económicos por transferencias de contratos*, lo que, implícitamente, puede entenderse como admisión a su validez.

Ese criterio se siguió, también, en la Resolución General AFIP 3432/2013, donde se reconocen los “derechos económicos” y se establece el régimen fiscal para la percepción de tributos que se derivan de cada operación.

Sin perjuicio de ello, FIFA impuso -el 22/12/2014- una reforma a sus reglamentos¹⁰, según el cual prohibió que terceros ajenos a los clubes

7 GALEANO, Eduardo, *Vigencia y validez de la cesión de los derechos económicos frente al CCT 557/09 AFA FAA. Razón de su cuestionamiento judicial*, en *Cuadernos de Derecho Deportivo*, No 15, Ad Hoc, Bs. As., 2013, pág. 20..

8 BARBIERI, Pablo C., *Fútbol Profesional*, 20XII Grupo Editorial, Bs. As., 2015, pág. 62.

9 Por todos, CNCom., Sala “A”, 6/5/2013, “Corominas, Eduardo c/ Club Atlético San Lorenzo de Almagro s/ Ordinario”; véase su transcripción completa en www.infojus.gov.ar, Id. Infojus: FA13130102

10 Esencialmente, mediante la introducción del art. 18 ter al Reglamento del Estatuto de Transferencia de Jugadores.



participen en este tipo de operaciones, limitando su validez a aquellas llevadas a cabo entre clubes en los cuales el futbolista hubiera prestado servicios¹¹.

Más allá de debatir acerca de la plena oponibilidad de esta disposición -en atención a que en el Código Civil y Comercial no está prohibida como objeto de la cesión de derechos-, la cuestión a resolver en el presente trabajo es la determinación de la competencia en razón de la materia para resolver los eventuales conflictos que pueden plantearse ante incumplimientos a los contratos respectivos.

3. Naturaleza comercial. Competencia comercial.

Como ha podido verse, estamos ante una figura propia del llamado “Derecho del Deporte”, con sus connotaciones específicas.

Empero, en tren de incluir al contrato respectivo dentro de alguna categoría típica, no tenemos duda de que se trata de un contrato comercial, en el cual las partes persiguen un beneficio económico en distinto tiempo: el cedente, percibiendo un precio por la cesión; el cesionario, teniendo la expectativa de percibir un beneficio futuro, al momento de formalizarse la transferencia del futbolista a otro club.

En consecuencia, estimamos que la competencia para dirimir eventuales conflictos es comercial, dependiendo ello de la organización de cada una de las jurisdicciones judiciales.

Ello es aplicable, aún, en el supuesto en que sea el propio futbolista quien actúa como cedente o cesionario de estos beneficios económicos, en las hipótesis en que suscribe contrato laboral con un club encontrándose en libertad de acción.

De allí que haya sido acertado el pronunciamiento donde se decidió que “Sobre esta base, y sin desconocer que los derechos económicos están íntimamente ligados a la existencia y vigencia de un contrato de trabajo...., siendo precisamente que aquí lo que está en debate es si el futbolista se encontraba en libertad o no de acción para concertar un nuevo contrato con otra entidad, es que este Tribunal entiende resulta competente el fuero civil y comercial y no el laboral, ya que el “thema decidendum” gira en torno a la opción de compra y su eventual incumplimiento, cuestión regida por el derecho común”¹².

¹¹ Véase, a mayor abundamiento, BARBIERI, Pablo C., *Fútbol Profesional*, 20XII Grupo Editorial, Buenos Aires, 2015, págs. 96 y ss.

¹² CCivCom. Junín, “Club Atlético Sarmiento c/ Orsini, Nicolás s/ Cumplimiento de Contratos Civiles/Comerciales” (Expte. JU-7093-2019).

Creemos, para finalizar, que la naturaleza mercantil del contrato amerita su debate en la -justicia con competencia en lo comercial de cada jurisdicción, más allá de encontrarse involucradas otras cuestiones - inclusive atinentes a la validez de los reglamentos federativos nacionales o internacionales deportivos-. Ello sin perjuicio del debate acerca de la validez de estos instrumentos que vulneran dicha prohibición reglamentaria, cuyo tratamiento jurisprudencial generará, seguramente, interesantes contraposiciones doctrinarias hacia el futuro.



Prescripción Liberatoria. Potestades legislativas de las provincias. Sistema constitucional

*Por Horacio Pablo, Guillermo Horacio F. y Andrés Alejandro Garaguso.
Colegio de Abogados de Mar del Plata, de Dolores y de los graduados de
la Universidad de la Atlántida Argentina y del Partido de La Costa.*

PONENCIA

El artículo 2560 del C.C. y C. al fijar en cinco años la prescripción liberatoria para los casos que no tienen establecida una en particular, agrega como apartado final la salvedad que ocurre cuando exista otro plazo en la legislación local, sin embargo, ello no permite a las provincias disponer alongamientos del plazo genérico más allá del indicado y menos aún una imprescriptibilidad, reservada únicamente para las acciones civiles por daños ocasionados por delitos de lesa humanidad. Tampoco pueden establecer una indemnidad a favor del estado reduciendo la prescripción a plazos que tornen inviables las demandas contra el mismo.

FALLO

“MONTAMAT Y ASOCIADOS SRL. C/PROVINCIA DE NEUQUEN S/ ACCCION PROCESAL ADMINISTRATIVA - RECURSO DE HECHO”. Fallo de la S.C.J.N. del 8/10/2020. RCJ 6653/20.

“En consecuencia, la pretensión de la actora que consiste en obtener el pago de una suma de dinero por el supuesto incumplimiento de obligaciones nacidas de un contrato celebrado con el estado demandado, se encuentra regida en cuanto al plazo de prescripción por la legislación nacional, en cuanto instituto general del derecho (inciso 12 artículo 75 Constitución Nacional), motivo por el cual el Superior Tribunal de Justicia de Neuquén no debió anteponer su ley local a la legislación del código de fondo nacional” (Del dictamen de la Procuradora Fiscal al que remite el fallo).

DESARROLLO

La novedad que comportó el artículo 2560 del Código Civil y Comercial, al coronar el precepto con una salvedad a mi juicio inexplicable, ha abierto

a un sinfín de problemas la cuestión de la prescripción liberatoria en las provincias. Dispone la norma en cuestión:

“Plazo genérico. El plazo de la prescripción es de cinco años, excepto que esté previsto uno diferente en la legislación local”.

Es precisamente la excepción lo que es muy difícil de entender ya que, si se refiere a los créditos fiscales locales, pone a los contribuyentes en manos de leyes localistas que lesionen la igualdad. Pero claramente se ve del texto legal que NO SE REFIERE SOLO A LOS CREDITOS FISCALES PROVINCIALES, sino que por contrario alude a un plazo genérico distinto al quinquenal reglado por el estado federal.

La verdad es que el texto del artículo no puede ser más desafortunado y ello obliga a la Corte Suprema de Justicia a revisar precedentes locales que constituyen un abandono total del mandato constitucional contenido en el inciso 12 del artículo 75. El dictamen de la procuradora destaca que: “La regulación de los aspectos sustanciales de las relaciones entre acreedores y deudores corr(e)sponde a la legislación nacional, por lo que no cabe a las provincias dictar leyes incompatibles con lo que los códigos de fondo establecen al respecto, inclusive cuando se trata de regulaciones concernientes a materias de derecho público local”. Este razonamiento se encuentra conforme con la doctrina del Superior Tribunal sentada hace años en “Filcrosa S. A. incidente por la Municipalidad de Avellaneda”. En uno de los votos se decía que, si las provincias pretendían un plazo distinto del previsto en el código civil, podías encomendar a sus legisladores modificar el sistema por la vía legislativa. Lo cierto es que el Código Civil y Comercial tomó la posición de la minoría en tal precedente y en el artículo 2532 autorizó a las provincias a legislar autónomamente la prescripción liberatoria de los créditos fiscales.

Pero ¿Cuál es el límite de tal autonomía legislativa? Si se pensara que es una potestad absoluta cualquier provincia podría legislar la imprescriptibilidad o fijar plazos que dupliquen los fijados en el orden federal. Es evidente que si se admitiera este poder se estaría desnaturalizando el sistema jurídico, lesionando la igualdad y la propiedad de los habitantes del país.

Pero si la cuestión está resuelta en el artículo 2532 C. C. y C. ¿Qué quiere decir el artículo 2560? que regula el plazo genérico de la prescripción liberatoria. ¿Podría cada provincia fijar el plazo genérico a la medida que le interesara y no solo para los créditos propios sino para todos los que se articulen en su territorio?

El fallo que analizamos pone límites a una interpretación como la indicada:

“ello es así, pues al haber delegado en la Nación la faculta(d) de dictarlos, han debido admitir la prevalencia de las leyes del Congreso y la necesaria



limitación de no dictar normas que la contradigan. La facultad del congreso Nacional para dictar tales códigos de fondo comprende la de establecer... lo atinente al régimen de prescripción liberatoria, por cuanto se trata de un modo de extinción de las obligaciones”.

Coincidimos con el principio que emana de la interpretación del precedente y el mismo debiera ser tenido en cuenta por las legislaturas locales a la hora de ejercer la potestad que les devuelve el artículo 2532 del Código Civil y Comercial.

Estimamos, asimismo, que el artículo 2560 del C.C. y C. constituye un “guiso indigerible”, “un desaguisado inexplicable” que deberá ser enmendado en futuras reformas legislativas para que el plazo genérico de la prescripción liberatoria sea uno solo en todo el territorio nacional.

Sucesión Empresaria

Por Marcelo A. David

Colegio de Abogados de La Plata

PONENCIA

¿Conocemos con detalle los operadores del derecho empresario las pautas que hacen y gobiernan a lo que damos en llamar la sucesión empresaria? Creemos ciertamente que no es un estudio usual y menos aun profundizado por quienes navegamos usualmente las aguas del derecho empresario, y por ello es que adherimos a la necesidad de promocionar y profundizar el estudio de las normas que hacen a la trazabilidad sucesoria, a la planificación preventiva de los patrimonios, a la organización y promoción de la transgeneracionalidad en las estructuras económicas.

INTRODUCCIÓN

Sin dudas que los tratamientos, diagnósticos y curas a los efectos propios de la defunción de un directivo, de un CEO o sencillamente de un socio, se han ido perfeccionando con el correr del tiempo. Aunque debemos advertir que no siempre los abogados especializados en derecho empresario o derecho de la empresa, incluso los consultores en empresas, han profundizado los remedios preventivos propios y aptos como para mitigar, organizar y/o prevenir los conflictos que la sucesión no tratada genera.

Estamos convencidos que la sucesión intestada, planteada para todas las personas humanas sin distinción de la composición de sus acervos sucesorios futuros, ha sido una de las herramientas jurídicas que mayor daño le ha generado al aparato productivo. Administrar, dividir y adjudicar sin distinguir la composición de los bienes o derechos que componen un acervo sucesorio, es sin dudas omitir tratar y en su caso agravar situaciones de conflicto, de inequidad, de destrucción de unidades productivas, de situaciones disímiles que desde siempre han necesitado de pautas normativas propias y de una fuerte intervención preventiva previa de quienes nos toca asesorar estructuras económicas organizadas -sean estas familiares o no-.



A mi humilde criterio, es común escuchar que las herramientas frente a la muerte de una persona humana empresaria o de un socio, solo tienden a identificarse con la donación -que dichos sea de paso ha recibido un respaldo a la continuidad de uso de la herramienta como adelanto de la herencia por sus efectos frente a terceros, tornando eficaz y plana la transmisión dominial- o del testamento -en sus diversos tipos-, sin advertir, en la media profesional que se versionen, otros remedios existentes incluso desde antes de la reforma del Código Velezano.

Lo invitamos a que rememore en algunos minutos que herramientas suele utilizar de manera preventiva para prevenir conflictos, organizar o trazar el patrimonio de los clientes empresarios del estudio, con la finalidad de planificar la sucesión y sus efectos.

DESARROLLO

Pautas y principios en materia de derecho sucesorio:

La idea del presente trabajo es dar un breve repaso sobre pautas y principios que el derecho sucesorio positivo, y vigente a la fecha, recepta sobre la sucesión empresaria:

Principios que gobiernan la partición:

- a. **Indivisibilidad.** Para la composición de los lotes propios del proceso de partición privada o judicial, se debe tener en cuenta el destino de los bienes. Debiendo evitarse el parcelamiento de los inmuebles y la división de las empresas (art. 2377 CCCN). Otorgamiento de plazo para cancelación de saldos, en el caso de asignar bienes atribuidos, de modo de favorecer el principio.
- b. **Igualdad.** Adjudicación de lotes por sorteo en el caso de no existir acuerdo de voluntades por partes de los herederos.
- c. **Atribución preferencial de establecimiento a los herederos fundadores.** Dispone el propio art. 2380 que el cónyuge sobreviviente o un heredero puede pedir la atribución preferencial en la partición, con cargo de pagar el saldo si existiera, del establecimiento agrícola, comercial, industrial, artesanal o de servicios que constituye una unidad económica, en cuya formación participó. En caso de explotación en forma social, puede pedirse la atribución preferencial de la participación o derechos sociales, reza el código. Dejando aclarado, que la atribución debe adecuarse y respetar las disposiciones

legales o las cláusulas estatutarias sobre la continuación de una sociedad con el cónyuge sobreviviente o con uno o varios herederos. Dicha pauta preferencial se refuerza en el art. 2381 del CCCN al hacer extensiva la preferencia a: 1) la propiedad o del derecho de locación del inmueble que le sirve de habitación al cónyuge sobreviviente, 2) local de uso profesional y 3) al conjunto de las cosas muebles necesarias para la explotación de un bien rural realizada por el causante como arrendatario o aparcero.

- d. **Principio de la aptitud e importancia de la participación de los herederos como pautas de decisión en la atribución de preferencias.** El codificador ha establecido en el art. 2382 que en el caso de que la atribución preferencial sea solicitada por varios partícipes que no logran ponerse de acuerdo entre sí, el juez deberá decidir teniendo en cuenta la aptitud de los postulantes para continuar la explotación y la importancia de la participación personal de cada uno en la actividad.
- e. **Conservación de la empresa en marcha y ejercicio de los derechos patrimoniales de títulos y acciones.** El legislador ha procedido a autorizar durante el estado de indivisión de la herencia el necesario ejercicio de los derechos que surjan de títulos valores y o de acciones y cuotas societarias, como medidas urgentes tendientes a asegurar la tangibilidad y funcionalidad del patrimonio (arts. 2325, 2327 CCCN).
- f. **Licitación.** Es novedosa la incorporación de este instituto como modo de que un copartícipe de la herencia, puede pedir la licitación de bienes de la herencia para que se le adjudique dentro de su hijuela por un valor superior al avalúo (art. 2371 CCCN)
- g. **Indivisión forzosa.** El testador, el fiduciante en un fideicomiso de trazabilidad, quien pacte la herencia futura (art. 1010 CCCN) o quien inserte cláusulas en contratos o acuerdos podrá imponer a sus herederos la indivisión de la herencia por un plazo en principio no mayor a los diez años (espíritu del art. 2330 del CCCN que solo menciona al testador, sin advertir el resto de los modos de poder pactar una indivisión de bienes de una herencia). Puede incluso disponerse que la indivisión hereditaria se sostenga hasta que los herederos menores arriben a la mayoría de edad (sobre bienes o derechos



determinados, establecimientos que constituyan una unidad económica, partes sociales -cuotas o acciones- de la sociedad de la cual es el principal socio o accionista. Incluso los propios herederos pueden pactar la indivisión por el plazo máximo de diez años, sin perjuicio del uso y goce de los bienes.

- h. **Derecho de oposición a la partición. Reconocimiento a fundadores, participaciones sociales mayoritarias y a quien ha participado activamente en la empresa.** El codificador ha procedido a otorgar derecho al cónyuge sobreviviente para que se oponga a que se incluya en la partición un establecimiento que constituya una unidad económica, partes sociales de una sociedad, respecto del cual ha adquirido o constituido en todo o en parte el establecimiento o que es el principal socio. Esta oposición cede para el caso de que pueda adjudicarse en su lote. También ese derecho le cabe al cónyuge que sin ser titular o haberlo constituido participa activamente de su explotación, en esos casos la indivisión se mantiene por diez años desde la muerte del causante, pero puede ser requerida la prorroga de manera judicial para que se extienda hasta su fallecimiento. Durante dicha indivisión la administración del establecimiento y de las partes sociales corresponde al cónyuge sobreviviente. Las pautas citadas pueden cesar si concurren causas graves o de manifiesta utilidad económica que justifiquen la decisión (art. 2332 CCCN). Incluso el codificador ha establecido que el mismo derecho que la asigna al cónyuge sobreviviente, lo pueda ejercer un heredero, si demuestra que antes de la muerte del causante, ha participado activamente en la explotación de la empresa. Todos estos derechos para ser oponibles deben ser inscriptos en los registros respectivos, dejando asentado que, durante la indivisión, los acreedores de los coherederos no pueden ejecutar el bien indiviso ni una porción ideal de este, pudiendo cobrar sus créditos con las utilidades correspondientes a su deudor.
- i. **Determinación temporal del valor de los bienes de la herencia.** El propio art. 2445 del CCCN establece que las porciones legítimas de los descendientes, ascendientes y cónyuge se calculan sobre la suma del valor líquido de la herencia al tiempo de la muerte del causante.
- j. **Mejora de la legítima a favor de herederos con discapa-**



ciudad. Atiende la mejora de un tercio el ordenamiento a las personas que padezcan una alteración funcional permanente o prolongada, física o mental, que en relación a su edad o medio social implica desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral.

- k. **Porciones de la herencia disponibles.** Sin dudas que poder disponer en caso de descendientes de un tercio libre de la herencia, significa refundar y apuntalar la voluntad del causante de gestar los pasos o los canales propios como para gestar la distribución pautada de su herencia. Esta invitación a planificar o trazar la sucesión es sin dudas una de las más fuertes herramientas que el código ha puesto en manos de los empresarios.

Luego de dar lectura y recorrer un número significativos de normas, debemos anticipar que el Código Civil y Comercial de la Nación ha receptado a la empresa, a la actividad, a la unidad económica como un bien particular en el proceso sucesorio. Ha atendido el codificador respecto de la necesidad de dar un tratamiento particular a la actividad empresarial, gestando principios y herramientas que sin dudas deben ser tenidas en consideración no solo luego de la muerte, cuando la pauta es irremediable, sino que la invitación que venimos haciendo desde diversos pequeños trabajos¹³, es que el desafío del operador del derecho es gestar pautas y herramientas preventivas en las organizaciones empresariales que ya se cimientan y den a conocer desde el nacimiento mismo de los negocios.

Sin dudas que debemos sacudir algunos viejos paradigmas, y porque no debatir algunas concepciones continentales romanistas conservadoras, el derecho empresario es dinámico, y como tal debemos adecuar los vehículos jurídicos a la necesidad de este. Es tiempo de que los efectos de la muerte se puedan debatir en vida, que se pueda planificar la trazabilidad de las organizaciones y sus recursos, incluso los humanos, aquellos que sin dudas dan origen a los negocios. Es hora de no ver a la muerte como una mala palabra, sino como un hecho de la naturaleza, o de la religión o de la concepción o de la idiosincrasia que cada uno tenga, pero sin dudas se debe abordar su tratamiento para lograr previsibilidad, trazabilidad y en definitiva evitar conflictos que habiliten el traspaso generacional en la sucesión empresarial.

13 David, Marcelo A. "PACTO O ESTIPULACIÓN DE HERENCIA FUTURA EN LA DINÁMICA SOCIETARIA. FIDEICOMISO DE TRAZABILIDAD SUCESORIA: UNA VARIABLE INTERESANTE", Publicado en: RCCyC 2019 (mayo) , 3 Cita Online: AR/DOC/824/2019.

La prevención es para la transgeneracionalidad una piedra angular, no se puede revertir el fracaso del traspaso generacional sino se abordan a tiempo las pautas que hacen a la sustentabilidad de una organización en el tiempo. Somos testigos recurrentes del fracaso de la sociedad de hermanos, ante el fallecimiento del pater familia empresario, y ni que hablar del consorcio de primos, donde la falta de pautas de previsibilidad y detonantes de presiones familiares personales de las diversas ramas destruyen de modo eficiente muchísimas organizaciones empresariales.

El traspaso generacional, la trazabilidad sucesoria o la sucesión de las empresas debe ser y conformar un capítulo dentro de cada estatuto, contrato social, protocolo de empresa, acuerdos parasocietarios, fideicomisos de trazabilidad sucesoria, pactos o estipulaciones sobre la herencia futura y de todo aquel acuerdo, estipulación, pacto o contrato que se otorgue. Para poder evitar las cuestiones y los efectos muchas veces perjudiciales, que al menos estadísticamente sabemos que hay grandes posibilidades de que sucedan, claro que, sin perder la particularidad de cada caso, de cada organización y en muchos casos de cada familia que la compone.

No debemos tomar los porcentuales de la porción libre y la legítima, para resolver la partición de una herencia con una calculadora solamente, la sustentabilidad de las organizaciones traspasando tempestades sucesorias no se puede resolver satisfactoriamente solo con matemáticas. Es indudable que se deben reforzar los capítulos de enseñanza y prevención en las organizaciones y sus componentes, siendo crucial fomentar pautas y principios que ayudan a atravesar los hechos propios de la vida de los empresarios.

El desafío es dar a conocer y conformar un capítulo dentro del propio derecho empresario: la “*sucesión empresarial*”, conocer y profundizar las herramientas que desde el derecho sucesorio se ofrecen a los operadores jurídicos y a los propios jueces, como para tratar de resolver las vicisitudes que genera la defunción.

Sin dudas que ese conocimiento de raíz preventivo, por cuanto se trata de sopesar y clarificar los efectos propios de un fallecimiento y su alcance radial al patrimonio, debe insertarse en la mesa de acuerdos y creación de vehículos jurídicos para organizaciones empresariales, debe resolverse el traspaso generacional respetando las normas de orden público sucesorio, pero también respetando las necesidades propias del interés de la sociedad o la empresa y sus integrantes actuales y futuros. No debe la sucesión ser la inevitable enemiga de la continuidad empresarial, de nosotros depende en gran medida que las organizaciones a las que asesoramos asimilen, incorporen, hagan suyos los parámetros, herramientas y principios que la propia ley nos suministra. De ese modo

la amalgama entre autonomía de la voluntad, prevención y orden público sucesorio, deben construir los puentes necesarios como para quebrar las duras estadísticas del fracaso de las empresas al atravesar las sucesiones de sus integrantes.

CONCLUSIÓN

El desafío es claro, profundizar desde el derecho comercial o desde el derecho de la empresa un plafón más sustentable de conocimiento y especialización en materia sucesoria, para conocer en detalle su estructuración y conformar un esquema sólido de propuestas para los empresarios, de modo que guiemos la prevención de conflictos y sentemos bases tempranas que apuntalen la continuidad de las organizaciones más allá de las generaciones.

La óptica es diametralmente opuesta al conflicto, con una visión de disvalor respecto de la inordinada sucesión intestada, la cual ha demostrado en el tiempo no favorecer la continuidad empresarial, tal vez y a modo de exageración podríamos decir que las duras y frías reglas de una sucesión intestada no anticipada en sus efectos, es uno de los peores enemigos silencioso de las organizaciones en torno a su supervivencia, y tal vez por ello repetimos sin sonrojarnos que las organizaciones, ya está dicho, no superan las tercera generación en la gran mayoría de los casos.

La visión es incluso la propia de forjar una incumbencia profesional, que se ocupe y preocupe de la transgeneracionalidad de las organizaciones empresariales, que se ocupe de enseñar y prevenir en las organizaciones. Y lo expuesto no aplica sólo cuando una generación envejece, aplica desde el germen de la organización, sea o no tinte empresarial, y en esta último caso reforzando el trabajo preventivo de sus particularidades.



Seguros. Los límites de cobertura en los procesos judiciales

Por Claudia Susana Capo y Carlos Alberto Albano

Colegio de Abogados de Morón

PONENCIA:

Los límites de cobertura en los procesos judiciales, deben ser determinados en la sentencia, en especial debe fijar esa deuda de valor al momento de sentencia.

INTRODUCCIÓN

Ante reclamos de las víctimas por mala praxis médica, se debe mantener el valor de la cobertura y su límite a la fecha de sentencia o efectivo pago, atento el contexto de alta inflación endémico de la economía de nuestro país y la desvalorización constante de nuestra moneda.

Los procesos de cobro - que se extienden en prolongados lapsos, por razones propias del ámbito judicial, y/o por maniobras dilatorias de las aseguradoras -, impiden una adecuada compensación ante el perjuicio sufrido.

Las consecuencias patrimoniales y extrapatrimoniales, indemnizables a la víctima del hecho, se ven delimitadas por el tiempo del proceso, por lo que la desvalorización monetaria debe considerarse al momento de determinar el límite de cobertura de un contrato de seguro.

El organismo controlador debe fijar índices de repotenciación de la cobertura contratada, garantizando al asegurado y a la víctima un justo valor de la cobertura contratada, a la hora de hacer frente a sus obligaciones por parte de la compañía aseguradora.

Sera la Jurisprudencia entonces (si no fuera dado el mecanismo de actualización por el organismo de contralor), quien debe dar a los justiciables una herramienta útil para que los perjudicados de un daño resarcible (asegurado y víctima del hecho) utilice el método que en sus justos términos lleve el límite de cobertura a la fecha de efectivo cumplimiento.



DESARROLLO

1) Las sentencias referidas a los hechos ilícitos que generan daños y que en general serán los autores del hecho, responsables reflejos, asegurados y aseguradoras quienes deben responder, son estas últimas las que responden limitadamente en la medida del seguro contratado.

Debe para ello considerarse el significado de “límite, medida o alcance” de la cobertura, su concepto o mecanismo para la determinación de esta deuda de valor.

La sentencia que condena al asegurado y aseguradora, tiene un alcance diverso para los condenados. Por un lado, respecto del asegurado suele ser por el total de la condena y a su aseguradora en el límite de cobertura contratada. Empero, ¿qué sucede cuando esta última responde luego de varios años?

Siguiendo el criterio de algunas aseguradoras, no cabría actualizar o repotenciar violando la actualización monetaria, es decir en función del art. 7 de la añeja y vetusta ley de convertibilidad.

La sentencia no solo debe determinar la remisión al límite de cobertura, sino que debe fijar cuáles serán las pautas de actualización de la misma, aun cuando no fuera pedido por las partes en oportunidad de promover la demanda o contestarla, sin que ello vulnere el principio de congruencia.

Es lógico, y equitativo en un proceso extenso de reclamo, que el límite de cobertura no puede ser a valor nominal histórico.

La Jurisprudencia dominante fija distintos mecanismos a la hora de determinar el límite de cobertura ante procesos de cobro de larga data.

A fin de concluir con el proceso, en su fijación de quantum monetario, será en la sentencia cuando se establezca el mecanismo de repotenciación de esa deuda de valor.

Dejarlo para el proceso de ejecución implica un nuevo debate, tan extenso que hace para los justiciables interminable su fijación. Sobre todo teniendo en cuenta que el asegurado es insolvente a la hora del recupero del crédito del hecho ilícito, y solo es la aseguradora a quien la víctima puede recurrir.

Si no se cuestionó el límite de cobertura, ni se fijó su forma de ajuste o actualización, será el magistrado quien deba fijar pautas de actualización.

Las sentencias, si extienden responsabilidad a las aseguradoras, deben establecer la extensión y límite real de la cobertura.

La doctrina y jurisprudencia imperante reconoce que ese monto debe actualizarse, ya que el límite de cobertura refiere a una deuda de valor



que necesita ser llevada a sus justos términos, a la fecha de cumplimiento de la obligación.

Si ni el contrato, ni normativa alguna, ni el organismo de contralor (Superintendencia de Seguros de la Nación) fija las pautas, será entonces la sentencia la que deba fijar en sus considerandos como debe actualizarse el límite de la cobertura.

Las sentencias fijan los intereses punitivos por los daños ocasionados y determinados.

No necesariamente deben aplicarse esos mismos intereses al monto del límite de cobertura. La jurisprudencia que aplica la tasa pasiva al daño resarcible y al límite de cobertura termina afectando a la justa reparación.

No pueden utilizarse los mismos mecanismos de actualización para el crédito por daños que para la determinación del valor al límite de cobertura, tienen origen y causa distinta, por lo que ante distinta naturaleza, requieren distintos procedimientos de actualización.

Por lo tanto corresponde aplicar el art. 118 de la ley 17418, en el sentido de la condena en la medida de la cobertura contratada, con los mecanismos que fije el organismo de contralor, o la sentencia.

En muchos casos hay que esperar para determinar, en un proceso de ejecución de sentencia, correctamente y concretamente, a que monto corresponde “la medida de la cobertura contratada”

2) Deuda de Valor. Debe establecerse claramente que es una deuda de valor, el alcance de la cobertura asegurativa y su límite, fijado en el contrato de seguro.

La Jurisprudencia respecto del límite de cobertura, recientemente, ha sido más que profusa en comprender que el monto histórico de la cobertura no puede ser cancelatorio.

En cada sentencia, o reclamo efectuado por el asegurado o tercero afectado, queda en manos de la aseguradora la manera de actualización.

Por lo tanto debe fijarse el monto actualizado de la póliza, pues no es monto nominal el que debe cancelarse, sino el valor del límite de cobertura.

Si la sentencia definitiva no establece el monto por el cual la cobertura se extiende, requiere una determinación posterior de ejecución de sentencia.

Es indispensable remarcar que, en los procesos de daños y perjuicios, no solo de accidentes de tránsito sino por ejemplo producto de una



mala praxis médica, muchas veces llevan a un dilatado proceso. Donde, además, se promueven causas penales que condicionan la conclusión de la acción civil.

3- En el supuesto que planteamos (mala praxis médica), nos encontramos frente a la afectación del derecho constitucional de Salud.

No debemos olvidar la importancia del incumplimiento al contrato de prestación médica, generando una alteración al derecho de Salud de la actora, *la Constitución Nacional de 1994, ha erigido como derecho fundamental al derecho de la salud, al referirse en su artículo 42 a la protección de los consumidores y usuarios, asegurando la protección de la salud, seguridad e intereses económicos, así como el trato equitativo y digno de ellos. Este derecho constitucional a la salud se ha afianzado aún más con el elenco de tratados internacionales que aluden a él, y que han adquirido jerarquía constitucional en razón de lo dispuesto por el artículo 75 inc. 22 de nuestra Carta Magna (entre otros: la Declaración Universal de Derechos Humanos -artículo 25-, Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre -artículo 11-, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales -artículos 10 y 12-, Convención sobre los Derechos del Niño -artículo 23-, etc... En segundo lugar, de existir una prestación médica defectuosa, que ocasiona un daño al paciente, coincidimos con la opinión de Seba(s)tian Picasso en cuanto a que las entidades, al estar vinculadas contractualmente con el paciente (establecimiento asistencial, empresa de medicina prepaga u obra social), también son responsables directos frente a este por incumplir el deber asumido, consistente en garantizarle al paciente la idoneidad del plan de conducta a desarrollar por los médicos, es decir, que obrarán con prudencia y diligencia en la atención médica brindada, que es el interés perseguido por el paciente en la relación jurídica, y el principal deber asumido en la obligación por la entidad médica correspondiente. Por ende, esos servicios médicos comprometidos, deben ser prestados de modo tal que, utilizados en condiciones previsibles o normales de uso, no presenten peligro alguno para la salud o la integridad física de los consumidores o usuarios (artículo 5 Ley N° 24.240). Y, en el caso de instituciones médicas que contratan con los pacientes, dichos servicios médicos ofrecidos, deben ser brindados idóneamente, y conforme a normas que hacen en este caso al ejercicio de la medicina.*

Graciadio, Ricardo Nadir. Revista Jurídica del Colegio de Abogados Zárate Campana - Número 1 - Diciembre 2019 Fecha:11-12-2019 Cita: IJ-CMVII-14. La responsabilidad Civil de los Centros de Salud dentro del marco de la Relación de Consumo



Entendiendo que el límite de cobertura resulta de las condiciones contractuales previstas se ha dicho que: *Los límites cuantitativos de cobertura no son en sí mismos antijurídicos ni irrazonables, sin embargo, cuando un precepto frustra o desvirtúa los propósitos de la ley en que se insertó, de modo tal que su aplicación torne ilusorios derechos por ellos consagrados, le es lícito al juzgador apartarse de tal precepto y dejarlo de aplicar a fin de asegurar la primacía de la Ley Fundamental, como medio de afianzar la justicia que está encargado de administrar, en tanto no puede admitirse que el asegurador, amparándose en la libertad de contratar y ejercer la industria y acatando las normativas de la Superintendencia de Seguros de la Nación, se libere en gran medida de las obligaciones emergentes del contrato de seguro, vaciándolo de sustancia, pues parece claro que la aseguradora celebró el contrato previendo que en caso de acontecer un siniestro de elevada entidad sólo tendría que reconocer al tercero damnificado una cobertura indemnizatoria limitada a la exigua e irrazonable suma de \$ 30.000 por muerte o incapacidad a terceros.* Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil - Sala L.: 19-09-2017, IJ EDITORES IJ-XDII-466.-

Debe adecuarse al valor del límite de cobertura a la realidad económica del momento de cumplimiento de la sentencia dictada.

No cabe confundir con el empleo de mecanismos de “actualización”, “reajuste” o “indexación” de montos históricos, que suponen una operación matemática (conf. doctr. causas C. 58.663, “Díaz”, sent. de 13-II-1996; Ac. 60.168, “Venialgo”, sent. de 28-X-1997; C. 59.337, “Quiroga”, sent. de 17-II-1998; C. 92.667, “Mercado”, sent. de 14-IX-2005, e.o.)”

No se pretende vulnerar lo dispuesto por el art. 7 de la ley 23928, aplicando índices de actualización, para una indexación o repotenciación

4) Nuestro más Alto Tribunal Provincial, ante situaciones de plazos de incumplimientos prolongados ha dicho: *El transcurso del tiempo, el diferimiento del cumplimiento de la obligación de garantía a cargo de la aseguradora y la valuación judicial actual del daño ocasionado han provocado la desnaturalización del vínculo contractual por la sobreviniente disminución de la incidencia de la cobertura contratada en la cuantía de la indemnización finalmente resultante.*

Considerando la operatividad del fondo de primas para compromisos futuros de la aseguradora (arts. 30, 31, 33, 43 y concs., ley 20.091), no es posible soslayar en este esquema que las primas que se cobran hoy (sujetas a los valores actuales) son las que afrontan las coberturas judicializadas de ayer (conf. Stiglitz, Rubén, Derecho de Seguros, 5° Ed. Act. y Ampl., Tomo I, LL, 2008, pág. 64).

Esta doble ecuación revela -en una interpretación contextual sobre el sistema por el que se establece un límite mínimo de cobertura (conf. arts. 217 y 218, Cód. Com.)- la sobrevenida irrazonabilidad y carácter inequitativo de las prestaciones a cargo de la aseguradora, por alterar el sentido del contrato.

Es indudable que habría un enriquecimiento indebido en beneficio de la aseguradora, reflejando una actitud contraria a los límites impuestos por la buena fe y la moral.

5) Cabe considerar al seguro como un contrato de consumo, por adhesión a cláusulas predispuestas por el asegurador, en el que el asegurado adhiere a un esquema rígido y uniforme, y tiene en la génesis negocial una posición de ostensible desigualdad, cuya tutela de sus derechos es ejercida por la autoridad de contralor, quien debe aprobar previamente el clausulado del contrato.

Si bien no se considera ab initio abusiva esa limitación en un seguro como el que nos ocupa, y que en tanto implican una limitación del riesgo por encima o debajo de la cual se carece de cobertura, es posible de todos modos que -considerando la situación global del contrato- su aplicación frente a ciertas situaciones sobrevenientes pueda resultarlo, como consecuencia de provocar un desequilibrio en los derechos y obligaciones, reduciendo sustancialmente las cargas de una de las partes en perjuicio de la otra (conf. arts. 42, Const. nac.; 337 y conscs., ley 24.240 y dec. 1.798/94), volviendo irrisoria la medida del seguro inicialmente contratado (“pacta sunt servanda rebus sic stantibus”). Martínez, Emir contra Boito, Alfredo Alberto. *Daños y perjuicios*. C: 119088, 21/2/2018 SCBA.

6) No puede perderse de vista la función social que desempeña este tipo de aseguramiento (mala praxis médica) y, la existencia de una cierta “correspectividad de las prestaciones de larga duración” (conf. Fallos: 324:677, vinculado al contrato de medicina prepaga, aunque con consideraciones aplicables a la generalidad de los negocios asegurativos), que influyen decididamente en su dinámica de ejecución.

Se da en autos, el supuesto de la relación de consumo que es el vínculo que une al consumidor con el proveedor, por ende el objeto de la relación de consumo de la actora con la aseguradora incluye los derecho y deberes del consumidor constituyendo dicha relación de consumo el ámbito normativo y conceptual, dentro del cual se da la protección jurídica al consumidor.

En este caso es dable destacar la doctrina de la CSJN en el caso Mosca porque las modificaciones legislativas no afectan a lo allí reflexionado ya que fue dictado con anterioridad al art 1 de la Ley N° 26.361, sin atender



lo que se llama controversialmente consumidor *by stander*.

Sobre el efecto expansivo del contrato y la crisis del efecto relativo, en ese orden de ideas, el efecto jurídico relativo de los contratos (art. 1195, Código Civil ley 340) es un principio cierto en cuanto a los efectos directos, pero los contratos indirectamente afectan a terceros. Acertadamente recalca Lorenzetti - que “las partes tienen tendencia a no asumir las externalidades negativas, las exportan para que otros las sufran. En cambio el Estado toma en cuenta estas externalidades y las regula, poniendo límites más o menos extensos a la programación contractual en función de cómo influyen materialmente en los terceros. (Lorenzetti, Ricardo L., en “Consumidores”, p. 89, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2003).

El límite de cobertura convenido entre el asegurador y el asegurado se ha convertido en un obstáculo para que el damnificado pueda obtener en tiempo oportuno el resarcimiento que la normativa civil consagra a su favor y que en la actualidad se ve reforzado con la incorporación de los tratados internacionales que se han sumado al bloque de derechos constitucionales que protegen a la persona humana, su salud y su integridad física, psíquica y estética, a través de la recepción que de aquellos ha hecho el inciso 22 del artículo 75 de la Constitución Nacional... Más recientemente la Sala A (22-9-16; “M., C. D. y otro c. M., M. M.”; RCyS 2016-XII, 221; L.L. 2017-A, 204; cita online: AR/JUR/70765/2016), entendió que “[E]l límite de cobertura fijado en la póliza reseñada no es lógico ni razonable. Prácticamente, sería un supuesto de “no seguro”, por insuficiencia de la suma asegurada (ver sobre este tópico, Waldo Sobrino, Consumidores de Seguros, ed. LA LEY, 2009, pág. 278), pues elimina uno de los propósitos dominantes o principales de la cobertura, que no es tan solo garantizar la indemnidad del asegurado, sino, en especial, resarcir el daño provocado al damnificado. Produce ello un quiebre al principio de confianza y buena fe, basamento de una sociedad civilizada, dañando el marco de credibilidad de la sociedad, en especial, justamente de los consumidores de seguros.

La ley es el ordenamiento jurídico íntegro, un sistema normativo. Que empieza por la Constitución nacional, entre cuyas metas está la de afianzar la justicia; sigue por las normas internacionales aplicables y todas las leyes que se dictan en su consecuencia.

En “Nieto c. La Cabaña” mencioné que, aún desde el punto de vista del análisis económico del Derecho (AED), las empresas aseguradoras están, desde varios ángulos, en mejor posibilidad de soportar el riesgo de insolvencia del dañador (su asegurado) por la dispar situación de los implicados. Cité el estudio del tema que hizo Pamela Tolosa

en relación a la franquicia en el seguro a través del prisma del AED, que revela que el asegurador está en mejores condiciones de tomar medidas frente al riesgo de insolvencia de su asegurado, siendo entonces el ‘cheapest cost avoider’ en relación a la víctima (ver Tolosa, Pamela, en J.A. 2008-I-991). Con argumentos de fácil acceso porque transitan el más elemental sentido común, concluye que la solución más próxima a la eficiencia sería la inoponibilidad del descubierto. Encuentra coincidencia entre lo que sería tal vez la solución más equitativa con la más eficiente. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil - Sala L.: 19-09-2017, IJ Editores IJ-XDII-466

7) Donde el valor eficacia y la cuestión temporal están adquiriendo una trascendencia acuciante, la solución de los casos que se presenten a la jurisdicción debe venir necesariamente imbuida de tales principios, como norte ineludible.

Luego, si quien debe responder económicamente (la aseguradora) no ha hecho lo que correspondía, pudiendo haber utilizado al efecto el (largo) lapso que el proceso insumió, no puede obtener de semejante conducta una posición más favorable, como sería la extensión en la medida de una póliza a su antojo.

Al respecto se ha dicho que, en los contratos asegurativos rige también la obligación de conducirse de buena fe (Cám. Civ. y Com 2° La Plata Sala I causas nro. 92.229 “Muller, Víctor Ernesto c/Federación Patronal Cooperativa Seguros Llimitada s/ Cumplimiento de contrato y daño moral” RSD-75-00 fallo del 11-4-2000 y 97.551 “Karle, Fernando Daniel c/Sayago, José P. y otros s/Daños y Perjuicios” RSD- 141-3 fallo del 22-4-2003; esta Sala en causa nro. 42.799 R.S. 110/04).

Y todo ello bajo el manto protectorio que el constituyente nos obliga a colocar sobre el consumidor (artículo 42 constitución Nacional) reglamentado por el legislador a lo largo de la ley 24240, que también rige en el caso (arts. 1 a 3 ley citada) -esta Sala en causa nro. 54.485 R.S. 428/07)-. **RAVANELLI MARIA CLARA C/ BALCAZA JORGE LEOPOLDO Y OTROS S(N2)/ EJECUCION DE SENTENCIA”, Causa N° MO-25149-2018,C.Apel.MORON. Sala II, 27/6/2019**

8) El proceso inflacionario no es solamente un fenómeno económico que ha impactado en el deterioro del poder adquisitivo de la moneda nacional, sino que además ha desencadenado alteraciones cuantitativas y cualitativas en la vida de las obligaciones jurídicas.

Ante la ausencia de soluciones legales de carácter general, que aseguren la preservación del contenido económico de las denominadas deudas de valor -las que no resultan alcanzadas por la prohibición de indexar imputada por la Ley de convertibilidad n°23.928-, los jueces deben asumir

la responsabilidad de integrar pretoriamente ese vacío legal mediante la ideación de mecanismos que tiendan a neutralizar esta distorsión.

Una de las grandes problemáticas que ha puesto de relieve el impacto inflacionario, se refleja en la diferencia entre los montos de condena fijados a valores históricos y aquellos existentes al tiempo del dictado de la sentencia. Su referencia deviene igualmente útil en punto al tema que nos disponemos a introducir, cuál es la erosión por inflación del valor real del límite máximo de cobertura en el contrato de seguro.

La Cámara Departamental de Pergamino, ha dictado un fallo esclarecedor sobre el alcance del límite de cobertura, que en su parte esencial refiere que: *En tal sentido, anticiparé que la solución que propongo en orden a la adecuada flexibilización de este punto consiste en aplicar la variación porcentual que experimentó el precio de la prima por el seguro contratado entre la fecha del hecho (19/11/2013) y la fecha de la sentencia (10/2018) al límite de cobertura (ver fs. 157), a fin de extenderlo sobre la base del referido porcentaje.*

Es que desde la perspectiva de los fundamentos técnicos del seguro, el ajuste propuesto tiene la virtud de no desquiciar la necesaria previsibilidad del método estadístico en cuanto relevamiento mensurado de hechos humanos y naturales... “Constituye una regla hermenéutica consagrada en el ámbito del seguro que las condiciones generales no deben ser interpretadas aisladamente “sino en relación al conjunto, ni en forma rígida, sino de manera que asegure el cumplimiento de los propósitos perseguidos en el contrato de seguro”, de lo contrario se estaría creando en el espíritu del tomador la falsa creencia de una garantía inexistente (CNCiv, Sala F, 29/5/2003, “Compañía Argentina de Seguros Victoria c. La Superior”, La Ley, 2003-E, 465). De modo que si el límite de cobertura al momento de contratar (4/7/2013 -ver fs. 155-) se correspondía con una expectativa más elevada de indemnidad patrimonial, permitir que, a la postre, el efecto degradatorio del proceso inflacionario licúe el contenido económico real de la cobertura contratada implica lesionar la confianza suscitada en el tomador del seguro respecto al alcance de la obligación de indemnidad asumida por el asegurador. Tal circunstancia se potencia, si además se tiene en cuenta la naturaleza de deuda de valor de la obligación indemnizatoria de aquél frente al tercero damnificado lo que conlleva a un distanciamiento cada vez mayor entre el tope nominal de la cobertura originariamente convenida y la actualización intrínseca que caracteriza a la estructura de la obligación indemnizatoria, a medida que se prolonga el proceso judicial determinativo de la responsabilidad civil del tomador.

El principio de buena fe (art. 1198 del Código Civil) también ocurre en respaldo de esta interpretación. (DIEZ PICAZO, L, La doctrina de los

propios actos, Barcelona, Ed. Bosch, 1963, pag. 134)”.

Desde el punto de vista del análisis económico del derecho, se ha asignado gran trascendencia práctica a las consecuencias derivadas del incumplimiento del asegurador. En síntesis, los daños-intereses deben ser mayores que el provecho resultante de la inejecución del contrato (ver STIGLITZ, Rubén S., Análisis económico del contrato de seguro, en Derecho de seguros. Dirigido por Nicolás H. Bárbaro, Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 2001).

En virtud de ello, una forma razonable de desalentar la litigiosidad del asegurador en un contexto estructuralmente inflacionario, consiste en vincular el límite de cobertura originariamente contratado a la evolución del precio de la prima, estableciendo una movilidad porcentual equivalente entre ambas variables. (CNCom., Sala D, 14/3/1980, “Duran J. c. La Nueva Coop. De Seg”; CN Fed. Civ. Y Com., Sala III, 12/5/1998, “Perasso, R. c. Caja de Jubilaciones y Pensiones del Personal del Banco de la Provincia de Buenos Aires”)

En tal sentido, si el asegurador ha ido aumentando progresivamente la prima del seguro como consecuencia de la tendencia inflacionaria de la economía nacional sin que tenga ello relación con una mayor amplitud de la prestación brindada, no puede luego venir a pretender la inaltera(bi) lidad absoluta del límite de la cobertura con fundamento en que la misma era la históricamente vigente al tiempo de la ocurrencia del siniestro.

Tal actitud no sólo omite la obvia circunstancia de que el precio de la prima es la lógica contrapartida de la cobertura asegurativa, sino que además evidencia una contradicción manifiesta entre los parámetros que el asegurador aplica para resguardarse de las externalidades económicas (inflación) y aquellos que pretende aplicarle al asegurado frente a idéntica contingencia.

A mayor abundamiento, entiendo que la cláusula que fijó el límite de cobertura en una suma determinada, si bien resultó conforme a derecho en la etapa en que se generó el contrato, pues la delimitación del riesgo constituye un rasgo esencial del contrato de seguro, se tornó abusiva por la ocurrencia de circunstancias sobrevinientes a la relación asegurativa. Esta abusividad sobreviniente de la cláusula en cuestión se patentiza en el hecho de que el impacto del proceso inflacionario durante el alongado lapso temporal que demandó la tramitación del juicio, degradó el contenido económico de la prestación de indemnidad a la que se obligó el asegurador como así también en la circunstancia dispar de que la obligación principal del asegurado consistente en el pago de la prima fue objeto de sucesivas actualizaciones. Tales hechos no resultan irrelevantes, toda vez que el desequilibrio de los derechos y las obligaciones de las partes presupone también la necesidad de considerar la situación global de



ellas en el contrato, sin perjuicio de que a la ruptura de la equivalencia, se llegue tan solo con una cláusula abusiva (STIGLITZ, Rubén, *Derecho de Seguros*, 5ta edición actualizada y ampliada, Tomo I, Buenos Aires, La Ley, 2005, pag. 520).

En definitiva, el referido contexto contractual determinó que la pretensión de la aseguradora de atenerse estrictamente a los términos originarios de la cláusula aludida resulte abusiva en el caso concreto. Cabe remarcar, en tal aspecto, que las cláusulas deben ser calificadas como abusivas cuando afecten inequitativamente al consumidor o usuario en el cotejo de entre los derechos y obligaciones de ambas partes, en tanto que esa inequidad se verifique al momento de perfeccionarse el contrato de seguro, o se exteriorice ulteriormente en virtud de circunstancias sobrevinientes como acontece en nuestro caso.

En cuanto al efecto de la cláusula abusiva, es dable observar que, si bien la no incorporación de la misma al contenido del contrato constituye el efecto típico que determina el art. 37, primer párrafo, de la ley 24.240 en aquellas situaciones en que procede la nulidad parcial, el juez está, empero, facultado para integrar el contrato si ello fuera necesario (art. 37, último párrafo de la ley 24.240).

En el caso concreto, considero que la integración del contrato mediante la vinculación del límite de cobertura convenido con el precio de la prima vigente al momento de la sentencia es la solución que más adecuadamente responde a la justicia del caso.

Lo novedoso aquí es que se pone fin al conflicto del rol del juez para el caso de declarar la nulidad parcial, pues la disposición precitada indica que el juzgador deberá integrar el acto, esto es, reemplazar el contenido de las disposiciones ineficaces con otras válidas que respeten los intereses de las partes razonablemente en relación a la ley aplicable al caso (BUERES, Alberto J., *Código Civil y Comercial de la Nación*, analizado, comparado y concordado, Buenos Aires, ed. Hammurabi, 2015).

Desde una perspectiva jurídica global, la jurisprudencia más reciente de nuestros tribunales provinciales y nacionales ha dado diáfanas muestras de la necesidad de resguardar el contenido económico de las deudas de valor, máxime en épocas de gran inflación.

Por su parte, en las recientes sentencias dictadas en C. 121.134, “Nidera S.A.” y C. 120.536, “Vera” (ambas del 3/08/18), el Máximo Tribunal Provincial ha reconocido el fenómeno inflacionario y la vigencia de distintas leyes (nacionales y provinciales), decretos y resoluciones que, de una u otra manera, prevén mecanismos de actualización. Así, ha ejemplificado el Dr. Soria en su voto (que ~~con~~ contó con la adhesión de la mayoría del tribunal) con diversos supuestos de capitales expresados



en monedas fuertes o ajustables por índices, tal como títulos públicos: bono “dólar-link” (decreto 164/13), bono de la Provincia de Buenos Aires (resol. ministerial 54/09), bonos nacionales en dólares o con cláusula CER, o depósitos a plazo fijo UVI (ley 27.271). Agrego, por mi parte, el art. 84 de la ley 24.449 (Ley Nacional de Tránsito), que establece que las multas se fijan en UF, unidad de medida según el precio de la nafta especial (obviamente para mantener actualizado el valor de las multas), los préstamos hipotecarios de bancos oficiales con cuotas UVA (mecanismo de actualización), y la misma ley 14.967, que prevé que los honorarios deben regularse en JUS (arts. 9 y 51). Finalmente, está de más decir que el método planteado armoniza con el sentido de la evolución de la responsabilidad civil que, en los últimos años, ha modificado su epicentro, desplazándose de una obligación de reparar del responsable, hacia el derecho de la víctima a ser indemnizada.

Es decir, la responsabilidad civil como crédito a la reparación. En este proceso, el desarrollo del seguro ha trastocado el equilibrio interno del sistema tradicional de la responsabilidad civil, abriendo las vías de la colectivización de riesgos. Por lo que esta tendencia sistemática es más proclive a una interpretación amplia del derecho a la indemnidad del asegurado y los terceros que a una interpretación restrictiva (ver PIZARRO, Daniel Ramón, VALLESPINOS, Carlos Gustavo, Instituciones de Derecho Privado, Obligaciones, Tomo 2, Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 2018, pag. 461).

Es por ello que la solución que propongo es aplicar la variación porcentual que experimentó el precio de la prima por el seguro contratado entre la fecha del hecho (19/11/2013) y la fecha de la sentencia (10/2018) al límite de cobertura (ver fs. 157), a fin de extenderlo sobre la base del referido porcentaje. Y siendo que conforme a los valores actuales de plaza existentes en el mercado asegurador un seguro por todo riesgo para el vehículo de referencia, y en las condiciones de cobertura contratadas a la fecha de ocurrencia del siniestro, arroja una prima superior a \$4.500 aprox. (siendo la prima de \$ 454,45 al momento del hecho), podemos estimar una variación próxima al mil por ciento (1000%) del precio de la prima entre la fecha del hecho y la fecha de la sentencia. En consecuencia, corresponde elevar el límite de cobertura en esa proporción. “BRETHAUER, SERGIO GERARDO C/ IÑIGUEZ, SANDRA FABIANA Y OTROS S/ DAÑOS Y PERJ. AUTOM. C/LES. O MUERTE (EXC. ESTADO)”, Expte. N° 75.867 y sus Acumuladas O MUERTE (EXC. ESTADO)” Expte. N° 76.817 (22-11-2018).C.Apel. Pergamino.

CONCLUSIÓN

Situaciones hay, de normas jurídicas vigentes pero no válidas (como el Digesto Jurídico Argentino), como las hay válidas pero no vigentes, como la prohibición de los reajuste judiciales frente a los procesos inflacionarios extremos, o con altos índices durante largos períodos, ya que no puede sostenerse la vigencia de un principio cuya finalidad se refiera a la estabilidad monetaria y la neutralización de la inflación, en perjuicio de los judiciables.

Se suma a ello el accionar de algunas de las aseguradoras que dilatan deslealmente y exprofeso la presta y diligente satisfacción del crédito del tercero reclamante y además perjudican al asegurado que debe cargar con todo aquello que la compañía de seguros no satisfaga.



Insurtech

Por Lidia Estela Di Masullo

Colegio de Abogados de Lomas de Zamora

PONENCIA

La era digital incursionó con énfasis y se extendió exitosamente en el ámbito financiero de la economía con las “fintech”, ahora busca expandir sus horizontes hacia el sector de los seguros, donde arribó y compite con el tradicional modo asegurativo.

INTRODUCCIÓN

La era digital ingresó en forma disruptiva en la economía y generó cambios sustanciales en el sector financiero y lo mismo pretende hacer en el ámbito de los seguros, donde la tecnología plantea múltiples recursos que se transforman en grandes oportunidades para reducir y agilizar las tareas administrativas, ahorrar recursos y personalizar los seguros, con miras a obtener mejores resultados y mayores ganancias.

DESARROLLO

SIGNIFICADO Y AVANCE DEL SECTOR INSURTECH.

El término “Insurtech” se generó a partir del acrónimo en inglés: “Insurance” y “Technology” (seguros y tecnología), y hace referencia a las *startups*¹⁴ que incursionan en el terreno de los seguros. Así es como estas empresas, valiéndose de los avances tecnológicos, presentan a los usuarios propuestas innovadoras, soluciones alternativas y mejores servicios, lo que les reporta una significativa reducción en los costos operativos.

Conforme un estudio llevado a cabo en 2020 por la Cámara Argentina de Fintech y Accenture¹⁵ del total de empresas fintech registradas, un 8%

14 Se denomina “start up” a “una empresa en su edad temprana, que está basada en la comercialización de productos y/o servicios, escalable rápida y fácilmente mediante el uso de tecnología digital, permitiéndole un crecimiento exponencial.”, Morelos, Eduardo, (228), disponible en <https://www.entrepreneur.com/article/304376>

15 “Avanzan las insurtech en Argentina: es uno de los líderes de la región pero todavía hay

corresponde al sector de seguros y la mitad de ellas tienen menos de diez empleados.

A nivel regional ya trabajan más de 200 firmas y la Argentina, considerada como uno de los más influyentes mercados, está posicionada en tercer lugar, detrás de Brasil y México que ocupan el primer y segundo puesto respectivamente.

Los productos más elegidos por el público son los “...seguros automotores (60 %), las pólizas de vida (20 %) y otras coberturas contra accidentes personales (20 %).” (Ferrari, 2020)¹⁶.

Tan solo en el año 2018 el crecimiento de las Insurtech en el país fue del 50%, y el mismo ritmo de desarrollo se verificó en otros países de la región como Brasil, Chile, Colombia, México y Perú.

También aumentó en progresión geométrica el volumen de inversiones, basta con tan solo pensar que a comienzos de la década pasada “... había solo 50 inversores en el ámbito, actualmente son más de 400 los que apuestan por él”¹⁷.

MODALIDADES OPERATIVAS

Las Insurtech presentan diferentes modalidades operativas que permiten clasificarlas en tres grupos: a) las que ponen el acento en “comparar y ahorrar”, b) las que se basan en el “IoT”¹⁸ y c) las de “contratación online al instante”.

a) “Comparar y ahorrar”: quizás las más conocidas a raíz de su publicidad televisiva (así comparaencasa y 123seguros); fueron las primeras que surgieron en el rubro de los seguros de automotores. Se trata de sitios web que permiten al usuario no solo comparar diferentes aseguradoras sino que brindan la posibilidad de efectuar la cotización del rodado a partir de los datos proporcionados. Según informan las propias empresas, el sistema permite un ahorro del 40% a los clientes.

b) “IoT” o Internet de las cosas en su versión traducida: a través de los dispositivos del IoT en el vehículo y mediante la app¹⁹ de la empresa,

potencial”, disponible en <https://www.iproup.com/finanzas/11461-insurtech-avanzan-en-argentina-los-seguros-digitales>

16 Ferrari Martín, 2020, “*Crece el mercado insurtech: el escenario regional de los seguros digitales*”, “disponible en <https://100seguro.com.ar/crece-el-mercado-insurtech-el-escenario-regional-de-los-seguros-digitales/>

17 Ídem anterior.

18 “IoT”: Internet of Things o Internet de las cosas: interconexión digital de las cosas a la red a través de sensores para captar información.

19 App: abreviatura de la palabra en inglés “application”. Es un programa informático diseñado como herramienta para permitir a un usuario realizar uno o diversos tipos de tareas.



se recogen datos relativos al conductor y al rodado, tales como cuál es su forma de manejar, o cuántos kilómetros recorre, estableciendo así parámetros diferenciados para ofrecer bonificaciones o rebajas en los precios. Las firmas aseguran que el ahorro, en el caso de los buenos conductores, puede llegar hasta el 50%. Un ejemplo de esta modalidad lo ofrece la *startup* “snapcar”.

c) “contratación online al instante”: suele decirse que la contratación de personas y el tiempo de cobertura; una vez realizada la elección se puede ver el costo del seguro y si se está conforme se acepta y la contratación queda perfeccionada. Incluso la firma “mecubro.com” promociona en su sitio web que, en caso de no estar incorporada en la lista ofrecida la actividad o profesión del consultante, se contacte con ellos para que la agreguen en 24hs., de seguro implica una tarea burocrática, que exige demasiado papeleo. Por eso algunas Insurtech ofrecen “contratación on line y al instante” en materia de seguros de accidentes personales. En este caso la app, que funciona como un gran mercado online permite contratar seguros temporales o de accidentes personales en forma inmediata. Es el usuario quien elige el rubro, la cantidad.

CONCLUSIÓN

En definitiva, la tecnología ha revolucionado el segmento de los seguros, y prueba cabal de ello son las Insurtech, que avanzan a paso agigantado y firme sobre las tradicionales compañías aseguradoras, que deberán adaptarse a la actual coyuntura, donde prima lo digital, o resignarse a perder su vigencia.

Otra visión sobre los títulos valores y las operaciones financieras para consumo. La nulidad derivada del incumplimiento de los requisitos del artículo 36 de la ley 24.240. Sus particulares efectos²⁰

Por Fernando Javier Marcos.

Colegio de Abogados de Morón.

PONENCIA

La nulidad prevista por el artículo 36 de la ley 24.240 de Defensa del Consumidor para el caso de incumplimiento de los requisitos o recaudos que debe contener el contrato donde se instrumente una operación financiera de consumo —para consumo o de crédito para consumo— es relativa, dado que solo puede ser articulada por el consumidor o usuario afectado, quien puede pedir, según el caso, la nulidad total o parcial del contrato, carácter que no se modifica por integrar el precepto una ley de orden público.

INTRODUCCIÓN

Un tema que no fue abordado con el cuidado que merece, a pesar de la importancia que tiene a la hora de considerar la problemática que presenta la utilización de títulos de créditos —pagaré, cheques de pago diferido— en las operaciones financieras de consumo reguladas por el artículo 36 de la ley 24.240, es el relacionado con la sanción de nulidad que expresamente contiene esta norma en su primer párrafo, para el caso de incumplimiento de los requisitos exigibles que necesariamente deben constar en el contrato que celebren el proveedor con el usuario o consumidor, pues determinar a qué clase de nulidad se refiere es medular para definir sus efectos propios.

Al establecer la ley que, el consumidor “tendrá derecho a demandar la nulidad” (artículo 36, segundo párrafo de la LDC), el legislador no dejó la menor duda que dicha consecuencia o sanción fue prevista e impuesta en beneficio y para proteger al propio interesado, o sea del consumidor o usuario (artículo 386 y 388 del CCyCo.). No se puede interpretar

20 Esta posición reconoce como antecedente el artículo de mi autoría sobre “Títulos de crédito y operaciones financieras para consumo. Una visión distinta, pero no menos tuitiva del consumidor. (Universos compatibles)”, en *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot, 2020, n° 303, pp. 223 y ss.

razonablemente de otra manera la precisa frase antes transcripta.

Principalmente el verbo “tendrá”, tal como está integrado al texto citado, denota que el destinatario –consumidor o usuario– de dicha acción no debe, ni tiene la obligación de actuar en un sentido determinado, sino que podrá o no hacerlo, dejando la decisión sobre su proceder en la esfera de su voluntad.

Todo esto también permite inferir que, si el consumidor quiere, puede no hacerlo –no demandar la nulidad– y confirmar el acto, dado que también tiene derecho a hacerlo.

De allí que, dar a esa parte del artículo 36 de la ley 24.240 un alcance distinto al señalado antes, importaría efectuar una interpretación de esa norma desentendiéndose de las pautas que proponen los artículos 1º, 2º y 3º del Código Civil y Comercial, en particular, de las reglas hermenéuticas que trae el artículo 2º, que no pueden ser utilizadas discrecionalmente a juicio del intérprete.

Desde esta perspectiva, queda a la vista que la letra de la norma y su finalidad, razonable y coherentemente interpretada, indican que el caso bajo análisis, es decir, cuando se omiten algunos de los requisitos documentales de los que prevé el mentado artículo 36, solo es el consumidor o el usuario quien tiene la potestad de decidir si va a formular un planteo de nulidad, pero no el juez.

Sobre el abordaje y comprensión del contenido de las normas jurídicas tiene dicho la Corte Suprema en diversos precedentes, que mantienen plena vigencia, incluso luego de la sanción del Código Civil y Comercial, que *la primera regla de interpretación de las leyes es dar pleno efecto a la intención del legislador y la primera fuente para determinar esa voluntad es la letra de la ley; no cabe pues a los jueces sustituir al legislador sino aplicar la norma tal como éste la concibió*²¹.

Por ello y, tal como sucede en el supuesto que se viene comentando, cuando esa letra *no exige esfuerzo de interpretación debe ser aplicada directamente, con prescindencia de consideraciones que excedan las circunstancias del caso expresamente contempladas en aquella. De otro modo podría arribarse a una interpretación que, sin declarar la inconstitucionalidad de la disposición legal, equivaliese a prescindir de su texto*²².

Distinta, en cambio, es la situación que se da con la nulidad que dispone el último párrafo de esa misma norma, porque allí sí determina la *nulidad* sin más, del pacto que altere la competencia judicial que establece imperativamente, cuando la demanda es iniciada por el proveedor,

21 CSJN, Fallos: 324:1740.

22 CSJN, Fallos: 316:1247.



quien inexorablemente debe hacerlo ante el juez del domicilio real del consumidor o usuario.

DESARROLLO

Más sobre la legitimación para articular la nulidad. La implícita exclusión de la actuación de oficio.

Ahora bien, sin entrar en la medular cuestión relacionada con el debate de la causa en el marco del proceso ejecutivo, es claro que el legislador quiso dejar solo en manos del consumidor o usuario, según el caso²³, la decisión de pedir o no la nulidad cuando no se ha cumplido con alguno de esos requisitos que fija el artículo 36 de la ley 24.240.

Por ello, los jueces, en este específico supuesto, no podrían actuar de oficio y declarar la nulidad del contrato o de una cláusula que entiendan observable, porque más allá de la raíz constitucional de la tutela del consumidor y carácter de orden público que, en general, el artículo 65 de la ley 24.240 le dispensa a esa ley, esta potestad le es únicamente concedida al deudor que es protegido por aquella norma, cuando se trata, insisto, del incumplimiento de los requisitos identificados con las letras “a, b, c, d, e, f, g y h”, todos del artículo 36 de la Ley de Defensa del Consumidor.

Reitero, es la propia regla legal antes citada la que dispone que el derecho a demandar la nulidad está en cabeza del consumidor, lo que es razonable, pues nada impide que el destinatario de dicha tutela legal decida continuar con la ejecución del contrato, aun cuando pueda haberse omitido alguno de los datos impuestos por el citado artículo 36 de la ley 24.240.

Así, plantear la nulidad es un derecho disponible para el consumidor, quien si no ha sufrido perjuicio alguno a causa de alguna eventual omisión de los recaudos en el documento al que se hace mención en la disposición antes mencionada, debe obrar con buena fe y no ampararse sin razón en la protección que el sistema legal le confiere.

De lo contrario, quien estaría abusando, o sea, ejerciendo irregularmente sus derechos, sería el consumidor al escudarse en la tutela que la ley dispone para protegerlo, para incumplir, obstaculizar y dilatar el cumplimiento de sus obligaciones en perjuicio del proveedor. He aquí un típico supuesto de fraude a la ley.

²³ CHAMATRÓPULOS, Demetrio Alejandro, *Estatuto del Consumidor - Comentario*, Buenos Aires, Ed. Thomson Reuters La Ley, 2016, T. I, p. 49.

La nulidad relativa. Su caracterización

1. Si bien ya se anticipó que, la nulidad que se deriva del incumplimiento por parte del proveedor de los requisitos enumerados los incisos “a” a “h”, ambos inclusive, del artículo 36 es *relativa*, entiendo necesario formular algunas precisiones sobre este importante aspecto, cuya dilucidación permitirá avanzar en la formulación de una alternativa distinta a las que se vienen sucediendo en los distintos tribunales de la República.

Para ello, recurriré a los preceptos que regulan esta materia contenidos en el Código Civil y Comercial, el cual, en alguna medida, simplificó las cosas en este medular capítulo sobre la validez o invalidez de los negocios jurídicos (artículo 259 y 382, CCyC.).

Señalo esto, porque el actual Código precisa y clasifica a las nulidades de dos maneras concretas: *absolutas* y *relativas* (artículo 386 y ss., CCyC.) y *total* o *parcial* (artículo 389 CCyC.).

A diferencia del Código de Vélez, en el nuevo Código no existe la distinción entre *actos nulos* y *anulables*, por lo que también quedaron atrás las discusiones sobre los efectos que se producían en uno u otro caso.

Actualmente, las nulidades han quedado definidas bajo las dos principales categorías descritas, o sea, *absolutas* y *relativas*, clasificación que adquiere relevancia en la temática de las operaciones financieras para consumo, como también la tienen la nulidad *total* o *parcial*.

Alas mencionadas en último término, implícitamente, se refiere el artículo 36 de la ley 24.240 cuando dice que *el consumidor tendrá derecho a demandar la nulidad* del instrumento donde se documentó el negocio de consumo o de alguna de sus cláusulas, razón por la que también agregé —al igual que lo hace el artículo 389 del Código Civil y Comercial en su último párrafo—, la potestad del juez para integrar el contrato, algo que únicamente es posible cuando la nulidad que se declare sea parcial.

En cambio, sobre la otra clasificación —absoluta o relativa—, que obviamente tiene mayor trascendencia para el tema que ocupa estas líneas, cuando la norma reza que es el consumidor quien “tendrá derecho a demandar la nulidad”, está queriendo señalar —como ya fue expuesto—, que para el legislador que sancionó la ley 26.361, la ley 26.993 y la ley 26.994, leyes estas que modificaron el régimen de Defensa del Consumidor, solo va a poder peticionar dicha nulidad el consumidor o el usuario afectado.

Son estos sujetos a quienes la ley otorga legitimación activa a la hora de decidir sobre el planteo dirigido a anular el negocio jurídico o no, dado que nada jurídicamente impide que a pesar de las falencias que pueda posar el contrato, por ejemplo, el consumidor decida cumplir las obligaciones a su cargo frente su proveedor.



Por tales argumentos, los jueces se deben abstener de actuar de oficio en estos casos y declarar la nulidad del contrato o de una o varias de sus cláusulas o estipulaciones, porque más allá de la raíz constitucional de la tutela del consumidor y carácter de orden público que predica el artículo 65 de la ley 24.240 de todas las normas que la integran, esa potestad en el caso concreto, es otorgada exclusivamente al deudor (consumidor o usuario).

2. La posición expuesta todavía merece algunas precisiones más, dado que la calificación de orden público antes relacionada ha dado lugar, por esa sola razón, para fundamentar que la nulidad que se da en el supuesto que se viene considerando es *absoluta* y que, por ello, puede y debe ser declarada de oficio, criterio que no comparto, no solo por lo que se vienen exponiendo a lo largo del presente capítulo, sino también, por lo que se expondrá seguidamente.

El artículo 386 del Código Civil y Comercial indica que *son de nulidad absoluta los actos que contravienen el orden público, la moral y las buenas costumbres*, mientras que son de nulidad relativa, aquellos en los cuales la nulidad es prevista con el fin de proteger el interés de ciertas personas en particular.

Seguramente no ha sido esta la manera más prolija y ajustada de caracterizar a estas nulidades, pues como lo expresan Rivera y Covi, *[e]l criterio de distinción utilizado no es demasiado preciso, pues bien puede suceder que se afecten normas de orden público y el acto sea de nulidad relativa. Tal es lo que sucede con el acto otorgado por un menor de edad: las reglas sobre capacidad son de orden público pero el interés protegido es exclusivamente individual, con lo cual llegado a la mayoría de edad el sujeto podría confirmar el acto (lo que demuestra que se trata de una nulidad meramente relativa)*²⁴. El artículo 44 del Código Civil y Comercial es un directo ejemplo de ello, al declarar nulos los actos de la persona incapaz o con capacidad restringida.

El problema surge cuando se quiere desvincular el concepto de *interés particular* del *de orden público*, como si estos no pudiesen confluir en muchos casos, sin que ello de lugar necesariamente a una nulidad absoluta.

Sin duda, la distinción más ajustada es aquella que identifica a la invalidez o nulidad *absoluta* con la afectación de intereses generales o colectivos, mientras que la invalidez o nulidad *relativa* únicamente con intereses particulares²⁵.

24 RIVERA, Julio C. y CROVI, Luis D., *Derecho Civil - Parte General*, Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot, 2016, p. 861.

25 CIFUENTES, Santos, *Negocio Jurídico*, Buenos Aires, Ed. Astrea, 1986, p. 609-610.

Es por esta razón que se ha sostenido que el *orden público* como diferenciador entre ambas categorías o clases de nulidad *no es un criterio idóneo y suficiente para clasificar la nulidad*²⁶.

Sobre este punto, Zannoni destacó que *en toda nulidad existe un interés privado comprometido que puede estar en función del reconocimiento, simultáneo, de intereses generales. La protección del consumidor es de orden privado, lógicamente, pero la tutela interesa al orden económico-social, y, entonces, es asumida por éste elevándolo a la categoría de interés general*²⁷.

Esta situación puede dar también origen —como lo refiere el autor antes citado—, a nulidades absolutas, como el caso de las cláusulas que dispensaran totalmente de toda culpa al fabricante de un producto elaborado, solución que se impone porque se trataría de cláusula que eximiría totalmente de responsabilidad, quitando *seriedad al vínculo obligacional en la medida en que el deudor podría desentenderse de toda diligencia sin incurrir en responsabilidad; es como si se obligara bajo una condición puramente potestativa*²⁸, o sea, que el cumplimiento dependería de la voluntad exclusiva del obligado²⁹, algo que resulta inaceptable, y contrario a la moral y a las buenas costumbres (artículos 279 y 344, CCyC., artículo 37 ley 24.240).

No obstante, el carácter de orden público que posee la ley 24.240, también puede dar lugar a supuestos de *nulidad relativa* como el que contiene su artículo 36 respecto al incumplimiento de las exigencias que debe contener el documento que instrumente la operación financiera para consumo, cuya redacción, reitero, no deja lugar a duda razonable alguna, en cuanto es prevista para proteger al consumidor, a quien en forma exclusiva le concede la potestad de articular la nulidad.

En esta línea de pensamiento también señaló que, *no debe confundirse nulidad absoluta con atentado a la ley de orden público o al orden público en general [...] Hay normas de orden público, como las que establecen la capacidad o incapacidad de las personas, que dan lugar a nulidades relativas cuando son violadas, pues el punto de mira es el derecho pro-*

26 ALTERINI, Jorge H. (dir. gral.), José L. TOBÍAS (dir. del tomo), *Código Civil y Comercial Comentado - Tratado Exegético*, Buenos Aires, Ed. Thomson Reuters - La Ley, 2016, T. II, p. 1072.

27 ZANNONI, Eduardo A., *Ineficacia y Nulidad de los Actos Jurídicos*, Buenos Aires, Ed. Astrea, pp. 205-206.

28 ALTERINI, Atilio Aníbal, AMEAL, Oscar José y LÓPEZ CABANA, Roberto M., *Derecho de Obligaciones - Civiles y Comerciales*, Buenos Aires, Ed. Abeledo-Perrot, 1996, p. 189.

29 OSSOLA, Federico A., *Obligaciones*, Buenos Aires, Ed. Abeledo-Perrot, 2017, p. 198.: “Se trata aquí de una condición puramente potestativa para el deudor: “te pagaré si quiero”. En tal caso, el acto jurídico es nulo y, por ende, no hay obligación válida; situación contemplada por el art. 542 del Código Civil, y es la consecuencia de que, jurídicamente, no puede predicarse la existencia de una relación de obligación si el cumplimiento queda librado de manera exclusiva a la voluntad del deudor.

*tegido, sea del menor, del demente, etc. [...] Vale decir, del incapaz y no de la sociedad en general*³⁰.

Se puede apreciar con nitidez, que la calidad de orden público que el artículo 65 de la ley 24.240 otorga a todas las normas que la integran, según el caso que traten o regulen, pueden dar paso a la existencia de nulidades absolutas —ejemplo también es el caso de la competencia que contiene el último párrafo del artículo 36 de la ley 24.240—, o relativa, como el que es objeto de análisis y consideración en estas líneas.

Efectos de la declaración de la nulidad relativa del artículo 36 de la Ley de Defensa del Consumidor

Despejada esta importante cuestión, queda por considerar un aspecto de suma importancia como es el relacionado con los efectos que produce la nulidad del negocio jurídico —total o parcial— que pregonan el artículo 36 de la ley 24.240, pero de la que no se ocupa.

Si bien estos efectos no solo tienen lugar entre las partes del acto afectado sino también frente a terceros, solo ocuparé unos párrafos a las consecuencias que la nulidad puede generar entre los sujetos que integran la relación de consumo.

La nulidad como tal, representa *una sanción legal que priva de sus efectos propios a un acto jurídico, en virtud de una causa existente al momento de su celebración*³¹, cuya constatación y determinación es un paso previo para poder aplicar dicha sanción —a las personas, pues los actos no se sancionan— y privar de sus efectos al acto que padece *defectos originarios, orgánicos y esenciales*³². Esto es así, porque su declaración tiene efecto *retroactivo a la fecha de formación del negocio jurídico*³³.

Al respecto, el Código Civil y Comercial en su artículo 390 dispone que la declaración judicial de nulidad *vuelve las cosas al mismo estado en que se hallaban antes del acto declarado nulo y obliga a las partes a restituirse mutuamente lo que han recibido. Estas restituciones se rigen por las disposiciones relativas a la buena o mala fe según sea el caso. O sea, de conformidad con las previsiones que contienen los artículos 1932 a 1940 del Código*.

30 CIFUENTES, Santos, de su voto en fallo de la CNCiv., sala C, del 27/02/83, ED, 104-259, citado por Zannoni en *op. cit.* en nota n° 51, p. 205. También en *Negocio Jurídico*, del mismo autor, ya citada, p. 610, donde el autor también refiere la opinión de Belluscio en el mismo sentido.

31 LLAMBLAS, Jorge J., *Tratado de Derecho Civil - Parte General*, Buenos Aires, Ed. Perrot, 1984, T. II, 565.

32 RIVERA, J. C. y CROVI, L. D., *op. cit.*, p. 857.

33 MESSINEO, Francesco, *Manual de Derecho Civil y Comercial*, Santiago Sentís Melendo (trad.), Buenos Aires, Ed. E.J.E.A., 1954, T. II, p. 492.

No escapa al lector que las reglas a las que remite la norma tratan a la restitución de las cosas entregadas, como así también, a la suerte de sus frutos y mejoras al tratar la posesión en el Libro IV sobre Derechos Reales, si bien pueden brindar salidas para algunos casos, no parecen ser suficientes ni adecuadas para definir los conflictos que se pueden presentar en las relaciones de consumo que se vienen tratando aquí, donde no solo están en juego la eventual restitución de bienes —mercaderías vendidas, por ejemplo—, sino la definición de una operación de carácter financiero.

No obstante, si del acto anulado resulta un daño injustificado puede ser exigida su reparación³⁴ aunque el acto nulo no produzca efecto jurídico alguno a causa de su invalidez (artículo 391, CCyC.).

En suma, decir que el acto es nulo, conlleva que *el negocio ni crea derechos, para aquel que podría obtener ventaja del mismo, ni, a la inversa, importa vínculos o deberes para aquel a cuyo cargo, en el caso de su validez, podrían nacer los mismos: en otras palabras, el negocio nulo está destituido de todo efecto*³⁵.

Pero no todo se soluciona con volver al comienzo, porque esa nulidad no es intrascendente o inocua, particularmente en los casos que se vienen evaluando.

Ya fue visto que una *operación financiera para consumo* puede tener como origen la financiación que otorgó en forma directa el propio proveedor del bien o servicio adquirido a plazo —comerciante minorista, por ejemplo— o un tercero financiero.

Depende las circunstancias van a ser los alcances y las consecuencias de esa nulidad, porque si la financiación es brindada por el propio vendedor-proveedor, la invalidez que el acto de consumo va a traer provocará que todo, incluso la compraventa, vuelva a foja cero, lo que va a involucrar el tema de la restitución de los bienes vencidos y de la parte del precio pagado por el consumidor.

Pero si la financiación solo fue provista por un tercero —entidad financiera o no—, la nulidad solo afectaría al contrato de préstamo —contrato conexo— mas no a la venta, pues siguiendo el ejemplo de la compraventa, el comerciante-proveedor percibió el precio en su totalidad, precisamente porque el consumidor obtuvo un préstamo en dinero para satisfacerlo.

Esto, como se señaló antes, obliga a determinar la buena o mala fe de los sujetos, es decir, del proveedor y del consumidor, porque esto va a ser definitorio a la hora de proceder.

34 RIVERA, J. C. y CROVI, L. D., *op. cit.*, p. 872.

35 MESSINEO, Francesco, *Manual de Derecho Civil y Comercial*, Santiago Sentís Melendo (trad.), Buenos Aires, Ed. E.J.E.A., 1954, T. II, p. 491.

No olvidemos que la mala fe no se presume. Tampoco es razonable que se presuma el fraude sin más, más allá de lo que sostienen algunos fallos, porque es lo mismo que presumir la mala fe.

Vale aclarar antes de seguir adelante, que no se debe confundir con lo que dispone el artículo 12 del Código Civil y Comercial cuando considera otorgado en *fraude a la ley* aquel acto donde se invoque un texto legal para perseguir un resultado sustancialmente análogo con el prohibido por la norma imperativa, porque a tal conclusión, o sea, a la existencia de *fraude*, solo se llega previa acreditación del uso fraudulento de la norma. No podría ser razonable y lícitamente de otra manera.

En cambio, la buena fe es un principio rector que guía todas las relaciones jurídicas, no sólo en la celebración, ejecución, interpretación sino en la extinción contractual³⁶, por lo que, reitero, no solo es exigible a ambas partes de la relación de consumo, sino que los acuerdos que estas celebran —expresa o tácitamente— deben interpretarse como efectuados de buena fe³⁷ y ejercidos de esta forma (artículo 9, CCyC.).

Ahora bien, si se considera el primer caso, es decir, el supuesto del proveedor del bien o servicio, ¿qué se debe hacer si el negocio se anula?

Todo parece indicar que corresponde que todo vuelva al estado anterior a la celebración de esa compraventa financiada por el propio comerciante —según el ejemplo dado—, lo que implica que el consumidor debe devolver lo que compró y el proveedor devolverle lo que llevaba cobrado.

Además, se deberá definir si ambos actuaron de buena fe, o si alguno obró de mala fe, dado que esto es importante para poder establecer qué y cómo se devuelve lo que corresponda.

Insisto en ello, porque el solo hecho de no cumplir con el artículo 36 de la ley 24.240 no es suficiente en absoluto para sostener —razonablemente— que el proveedor obró de mala fe o en fraude, si no se prueba la intención de haberlo hecho.

Lo afirmo, porque me resisto a aceptar que no cumplir con un requisito formal puesto justificadamente en interés del consumidor —de allí que solo él puede pedir eventualmente la nulidad— permita sostener la presunción de fraude que, en gran medida, es casi lo mismo que presumir la mala fe. La mayoría de los fallos que siguen esta línea conectan tales omisiones automáticamente con la intencionalidad de perjudicar adrede al consumidor.

36 GAGLIARDO, Mariano, *La Interpretación en el Código Civil y Comercial*, Buenos Aires, Zavalia Editores, 2018, p. 316.

37 BORDA, Guillermo A., *Tratado de Derecho Civil Argentino - Parte General*, Buenos Aires, Ed. Perrot, 1955, T. II, p. 123.



Proceder así, sin duda, importa, en mi opinión, una directa violación de la garantía al debido proceso y el derecho de defensa (artículo 18, Constitución de la Nación).

Vuelvo a preguntar, si se anula el negocio —compra de un automóvil o un electrodoméstico, por ejemplo—, ¿el bien adquirido se devuelve y se restituye la parte del precio pagado por el consumidor?

¿Se ha pensado en las reales consecuencias de no exigir una adecuada prueba de las consecuencias perjudiciales que la omisión de un recaudo formal en el contrato o la inexistencia de este —porque solo existe un pagaré— puede traer? Creo que no, o poco.

¿El uso y desgaste de los bienes adquiridos que ahora se devuelven usados, quién lo deberá soportar?

Tal como están las cosas, parecería que una opción es que el consumidor restituya el bien al proveedor porque el acto es nulo, solo porque carece de alguno de los requisitos formales que prevé el artículo 36 de la ley 24.240 y aunque no demuestre ningún perjuicio económico concreto —la nulidad por la nulidad misma—, y que el proveedor devuelva el precio percibido hasta ese momento.

Sin embargo, si la nulidad fue prevista por el legislador para proteger al consumidor, es evidente que el último debería justificar el efectivo perjuicio que le causa la omisión del contrato o de alguno de los requisitos legales, porque de lo contrario, bajo el amparo de una norma tutelar justificada, se podría amparar un deudor de mala fe que solo tenga intenciones de entorpecer u obstaculizar que su legítimo acreedor perciba aquello que le es debido, o simplemente de devolver lo que compró porque ahora no es de su agrado o conveniencia.

Además, no parece, ni razonable, ni justo, que la finalidad de la norma sea perjudicar al proveedor que no le causó ningún daño injustificado, cierto, real y comprobable al consumidor.

No caben dudas que la norma —artículo 36— es de orden público. Pero tampoco se puede ignorar que dicha regla no tutela directamente el interés público sino el particular del consumidor o usuario que, potencialmente, se puede ver afectado por el incumplimiento del proveedor en la operación financiera para consumo, sea que la financiación la proporcione el proveedor del bien o un tercero financista.

No parece ni justo, ni razonable, insisto, que solo por no cumplir con alguno o todos los incisos del citado artículo 36, en la medida que no hubiese causado ningún perjuicio específico al consumidor, el proveedor deba aceptar la restitución del automóvil o del electrodoméstico de nuestro ejemplo, que obviamente van a estar usados, y sin ninguna compensación



por el uso y deterioro de los bienes.

Ello, además de tener que restituir al adquirente lo que llevaba pagado hasta el momento.

Es que, si fuera así, se configuraría un verdadero supuesto de enriquecimiento sin causa en perjuicio del proveedor, porque ciertamente el consumidor utilizó mientras pudo el bien que adquirió, peor ahora lo devuelve sin costo y, además, se le restituye lo pagado.

Preguntas para las que el régimen legal de consumo no da ninguna respuesta.

Y si la financiación la proporcionó un tercero —entidad financiera, o privado—. La inexistencia, por ejemplo, de un contrato que cumpla con el mentado artículo 36 de la ley 24.240, ¿va a hacer que el proveedor de los fondos no los recupere?

Pregunto, ¿es razonable sostener que si un pagaré libremente firmado, que no fue obtenido de mala fe por el proveedor, ni la obligación cartular que instrumenta fue originada por una accionar doloso del último, resulte inexigible frente al consumidor si no existe el contrato o documento que exige el artículo 36 de la ley 24.240 y solo por ello?

Digo no esenciales, porque de otra forma no se comprende por qué la norma dice que el consumidor “tendrá” derecho a demandar y no sancionó dicho incumplimiento directamente con la nulidad, tal como lo hace en el último supuesto que trata el artículo 36 de la Ley de Defensa del Consumidor.

Esto significa que el consumidor no va a pagar —porque no hay contrato y solo un pagaré—, que se va a quedar con el dinero que se le prestó, y que además, va a conservar el bien que compró con ese préstamo que le concedió el proveedor financiero, quien si sólo tiene en su poder para probar el préstamo o la financiación un título como el pagaré que se considera insuficiente —para quienes lo consideran inhábil o nulo en el marco de una operación financiera para consumo—, no va a poder cobrar lo que legítimamente se le adeuda.

Debemos tener en cuenta que el consumidor, si bien se encuentra alcanzado por la denominada “vulnerabilidad estructural”, no es un incapaz que nunca sabe lo que hace. Tampoco un proveedor es un sujeto que obra con mala fe y en fraude a la ley por el solo hecho de serlo, lo que no significa ignorar, reitero, que existen aquellos que se aprovechan, como también aparecen consumidores que se abusan de la tutela que la ley les otorga.



Todos estos casos son comprobables por cualquier abogado que ejerza la profesión diariamente.

También es oportuno resaltarlo, el sector de proveedores es sumamente variado, a pesar de lo cual, todos son tratados y medidos con la misma vara, sin considerar sus marcadas diferencias y asimetrías, cualitativas y económicas.

En fin, no he pretendido en este trabajo resolver los problemas a los que la nulidad bajo estudio puede dar lugar, pero sí al menos demostrar, no solo su clase y alcances, sino también, dejar a la vista los serios temas que quedan para definir, que no son ni siquiera mencionados cuando se cuestiona la utilización del pagaré en estas operaciones comerciales, que lo son por su naturaleza.



La autonomía de los Títulos Valores. El carácter que ha trascendido, aún en la pandemia

Por Cristina Margarita Rosa Hofkamp

Colegio de Abogados de Quilmes

PONENCIA

Podemos deducir que el título que contiene un derecho literal y autónomo, ahora librado por medios electrónicos, permite la circulación del crédito con certeza, rapidez y seguridad.

La necesidad, acotada; la literalidad, vigente; y la autonomía brilla en su esplendor, permitiendo al adquirente del título (aún por medio virtual), adquirir un derecho nuevo, y sin vicios, con las consecuencias favorables que conlleva.

INTRODUCCIÓN

Al decir de Vivante, el título de crédito es el documento necesario para ejercer el derecho literal y autónomo, en él contenido.

Si bien, aparentemente, este concepto ha sido superado por la legislación actual y los avances del Derecho, entendemos que resulta ser la base, sobre la que se asienta el sistema actual de los Títulos Valores. En efecto, varios temas que implicaban posiciones doctrinarias encontradas han sido superados en la actualidad. Recordamos así, por ejemplo, cuando se planteaba la distinción entre las denominaciones de los “*Títulos de Crédito*” y se consideraba si tal designación incluía, o no, a los “*Títulos Valores*”, diferenciando así distintas posiciones y acepciones, según el autor y su lugar de origen. La propuesta de este trabajo es demostrar que, aquel concepto, resulta ser sustancial para comprender los avances en la materia.

DESARROLLO

El título de crédito como noción tradicional

En el concepto de Vivante se distinguen dos elementos: documento y derecho.



El documento es el sustrato material, analizado como cosa mueble. Como tal, si bien coincide con las cosas muebles en general, presenta particularidades, por ejemplo, en su ley de circulación y en su valor el que reside, no en lo que es, sino en lo que representa.

El derecho resulta ser la declaración cartácea que, incorporada al documento, se caracteriza por ser una declaración de voluntad, irrevocable, no recepticia, incondicionada y como consecuencia de estos caracteres, es vinculante.

El documento presenta un solo carácter: la necesidad. Es así, que poseer el documento resulta imprescindible para ejercer el derecho, transmitirlo y cobrarlo.

El derecho presenta dos caracteres: la literalidad y la autonomía. El primero, implica que la cuantía, existencia y modalidad, se rige por lo escrito; el segundo, que el derecho nace “*ex novo*”, en cabeza de cada obligado cambiario, como un derecho nuevo, immaculado y sin manchas.

El enfoque de este tema, responde a las enseñanzas tradicionales, pero debemos asumir que la realidad ha cambiado, y que esta materia, como integrante del Derecho Comercial, se ha renovado.

El título valor como noción en el Código Civil y Comercial de la Nación.

El Código Civil y Comercial de la Nación, respondiendo a los proyectos anteriores, incorporó a la Teoría General de los Títulos Valores.

Asimismo, define a éstos, apartándose del concepto ya analizado e indicando como concepto en su art. 1815: *Los títulos valores incorporan una obligación incondicional e irrevocable de una prestación y otorgan a cada titular un derecho autónomo, sujeto a lo previsto en el artículo 1816.*

Nótese que en el concepto se menciona al derecho (*obligación incondicional e irrevocable*) y a uno de los caracteres (*derecho autónomo*).

Como hemos sostenido, desde la vigencia del cuerpo normativo el texto legal diferencia:

a. Títulos valores cartulares (arts. 1830/ 1836): distinguiendo según la ley de circulación en títulos al portador³⁸, a la orden³⁹, nominativos endosables⁴⁰ y no endosables⁴¹.

b. Títulos valores no cartulares (arts. 1850/ 1851)⁴².

38 Art. 1837.

39 Art. 1838.

40 Art. 1847/1848.

41 Art. 1849.

42 Art. 1850/1851.

Consideramos que los títulos valores cartulares equivalen a los tradicionales títulos de crédito (noción vivantiana) y los títulos valores no cartulares coinciden con los que hemos venido analizando como simples títulos valores (títulos que se caracterizan por su emisión en serie, fungibilidad y alta velocidad de circulación, que participan del fenómeno de la desmaterialización).

Los caracteres del título valor

Estos tres caracteres tienen actualmente consagración expresa en el texto legal.

Necesidad

El Código en la Sección de Títulos Valores Cartulares, en el artículo 1830 indica que, *Los títulos valores cartulares son necesarios para la creación, transmisión, modificación y ejercicio del derecho incorporado.*

Si bien la noción resulta comprensible, una correcta técnica legislativa hubiera evitado definir empleando el mismo término.

La necesidad implica que, resulta imprescindible estar munido o poseer el documento para crear el título, transmitirlo, modificarlo y ejercer el derecho que el mismo contiene.

Este carácter produce como efectos que no se puede crear el título si no se cuenta con el documento; no se puede transmitirlo, si no se lo entrega; no se puede exigir su pago, si no se lo exhibe.

Su ubicación en este título es correcta, pues tal como hemos citado supra, se lo incluye en lo que entendemos como títulos valores en el sentido vivantiano.

Literalidad

En la misma Sección de Títulos Valores Cartulares, en el artículo 1831 se indica que, *El tenor literal del documento determina el alcance y las modalidades de los derechos y obligaciones consignadas en él, o en su hoja de prolongación.*

Entendemos por literalidad que la existencia, exigibilidad y cuantía del derecho, se ejercen por el tenor escrito en el documento.

Este carácter produce como efectos, que el portador del título (acreedor) no puede exigir más del monto indicado en el documento, ni reclamarlo antes de su vencimiento, ni hacerlo en otro que no fuera el lugar de pago indicado.

Por su parte, el obligado al pago (deudor), sólo se liberará de la obligación cambiaria, realizando el pago en la suma, lugar y fecha indicados.



Asimismo, este mismo carácter produce como efectos la *bilateralidad de la literalidad*, significando esta expresión que ambos obligados deben prestar una carga cambiaria de atención para no obligarse ni en más ni en menos a lo acordado.

En el mismo sentido que el criterio adoptado respecto del carácter de necesidad, su ubicación en este título es correcta, ya que hace referencia a los títulos valores cartulares, entendidos por nuestra parte únicamente en el sentido vivantiano.

Autonomía

En la Sección General de Títulos Valores, el artículo 1816 indica que *“El portador de buena fe de un título valor que lo adquiere conforme con su ley de circulación, tiene un derecho autónomo, y le son inoponibles las defensas personales que pueden existir contra anteriores portadores. A los efectos de este artículo, el portador es de mala fe si al adquirir el título procede a sabiendas en perjuicio del deudor demandado”*.

Entendemos por autonomía el carácter que consiste en una prescindencia subjetiva, de modo que cada obligado cambiario adquiere el derecho de un modo nuevo, un derecho originario; su adquisición es *ex novo*.

De modo que, no se transmiten los vicios que los obligados cambiarios pudieran padecer, porque cada interviniente adquiere un derecho nuevo e inmaculado.

Como consecuencia de la autonomía, si alguno de los obligados cambiarios fuere incapaz o figurase alguna firma falsa, o si la firma fuera de fantasía o una firma que no corresponda a quien se le atribuya; las otras firmas siguen siendo válidas.

Con sustento en el art. 7 del Decreto Ley de Letra de Cambio y Pagaré⁴³, esta noción de autonomía hoy tiene expresa consagración normativa en el art. 1823.

Consideramos que la ubicación de esta norma en la parte general es correcta, pues justamente la *autonomía* es el carácter central que tanto caracterizará al derecho del título cartular como al derecho del título no cartular (ver art. 1850 *in fine*).

Es la autonomía el corazón que late en los títulos materializados como en los desmaterializados.

43 Art. 7 del Decreto Ley 5865/ 63. - Si la letra de cambio llevase firmas de personas incapaces de obligarse cambiariamente, firmas falsas o de personas imaginarias o firmas que por cualquier otra razón no obligan a las personas que han firmado la letra o con el nombre de las cuales ha sido firmada, las obligaciones de los otros suscriptores siguen siendo, sin embargo, válidas.



La posibilidad de que el derecho que se adquiriera, cualquiera sea el título valor empleado, sea de adquisición originaria, inmaculada y que no contenga un sedimento de vicios que se transmitan, coincide con los valores esenciales de la circulación: certeza (en la adquisición), rapidez (en la negociación) y seguridad (en el cobro o realización), que constituyen los pilares en los que asienta la Teoría General.

Los caracteres en la actualidad

El fenómeno de la desmaterialización, cuyo estudio comenzamos hace unas décadas, aparecía acotado a ciertos títulos: los emitidos en masa, en serie; cuyo emisor, generalmente, era el Estado, o quienes cotizaban en bolsa.

Hoy, la tecnología ha permitido emitir títulos con firmas generadas mediante medios electrónicos que permiten aceptar la firma no ológrafa, cuando *el instrumento fuese generado por medios electrónicos, el requisito de la firma quedará satisfecho si se utiliza cualquier método que asegure indubitadamente la exteriorización de la voluntad del librador y la integridad del instrumento*⁴⁴

Consideramos que la autonomía es el carácter central de los Títulos Valores, ya sea títulos cartulares o no cartulares; emitidos en forma individual o en serie; librados en forma ológrafa o electrónica.

La transmisión de un derecho que nace en cabeza de cada obligado, que no acarrea vicios, que permite prescindir de los sujetos que se obligan, de modo que, si hubiera firmas de personas inexistentes o imaginarias, el portador puede exigir el pago a cualquiera del resto de los obligados cambiarios; se funda justamente en la autonomía.

Este carácter así diseñado por Vivante permite hoy, transmitir obligaciones en títulos valores, que permitan acceder a una obligación crediticia de modo rápido, cierto y seguro, valores esenciales de la circulación del crédito de entonces, y del actual.

La autonomía sigue siendo el carácter del derecho cambiario, que ha atravesado el tiempo, fortaleciéndose, convirtiéndose a nuestro entender en el carácter esencial de los Títulos Valores, que no se ha visto afectada ni, aún, por la pandemia de COVID-19.

CONCLUSIÓN

Como planteamos en la introducción, el concepto tradicional de Título Valor resulta ser la base para continuar construyendo esta Teoría.

⁴⁴ Art. 1 inc. 7 del Decreto Ley 5865/ 63, modificado por el art. 116 de la Ley N° 27.444 B.O. 18/6/2018)

La propuesta de este trabajo es demostrar que aquel concepto resulta ser sustancial para comprender los avances en la materia.

Analizando aquella noción, iluminados por la actualidad, podemos deducir que el título que contiene un derecho literal y autónomo, ahora librado por medios electrónicos, permite la circulación del crédito con certeza, rapidez y seguridad.

La necesidad, acotada; la literalidad, vigente; y la autonomía brilla en su esplendor, permitiendo al adquirente del título (aún por medio virtual), adquirir un derecho nuevo, y sin vicios, con las consecuencias favorables que conlleva.



Factura de Crédito Electrónica - Mi PyMEs - Hacia la ejecutabilidad de títulos “no cartulares”

Por Osvaldo E. Pisani

Colegio de Abogados de San Isidro.

PONENCIA

La ejecutabilidad de la factura de crédito electrónica -FCE -Mi PyMEs -, regulada por el art. 4 de la ley 27.440 pareciera ser el primer supuesto de ejecución judicial de títulos desmaterializados con la problemática de como “presentarlo y/o agregarlo” al expediente judicial para que el juez en su caso despache la ejecución.

DESARROLLO

La presente ponencia vuelve sobre un tema presentado por el suscripto en el 70 Encuentro de Institutos, celebrado (en forma presencial) en la Ciudad de Bahía Blanca en noviembre del 2019, que en función de su vigencia, y entendemos por falta de solución, es posible debatirlo nuevamente.

Destacamos como cuestión importante que frente al funcionamiento y operatividad de otros títulos desmaterializados, como podría serlo el cheque electrónico -e-cheq-, la propia ley reguló la solución de como ejecutarlo al ordenarle al banco girado, que en caso de ser rechazados, debía emitir una copia -en soporte papel- certificada para su ejecución, a la cual usualmente denominamos “la copia del art. 61 Ley de cheques 24.452”. No confundir con la copia del art. 63, que es la que se le restituye al cuenta correntista cuando se deposita un cheque, que por haber sido denunciado “extraviado/hurtado y/o robado” debe ser retenido por el mencionado banco. Entrando al tratamiento del tema, recordamos que el Código Civil y Comercial de la Nación, receptó por primera vez en forma general los títulos valores desmaterializados. Ver: ARTICULO 1850.- Régimen. *Cuando por disposición legal o cuando en el instrumento de creación se inserta una declaración expresa de voluntad de obligarse de manera incondicional e irrevocable, aunque la prestación no se incorpore a un documento, puede establecerse la circulación autónoma del derecho, con sujeción a lo dispuesto en el artículo 1820.*

La transmisión o constitución de derechos reales sobre el título valor, los gravámenes, secuestros, medidas precautorias y cualquier otra afectación de los derechos conferidos por el título valor deben efectuarse mediante asientos en registros especiales que debe llevar el emisor o, en nombre de éste, una caja de valores, una entidad financiera autorizada o un escribano de registro, momento a partir del cual la afectación produce efectos frente a terceros.

A los efectos de determinar el alcance de los derechos emergentes del título valor así creado debe estarse al instrumento de creación, que debe tener fecha cierta. Si el título valor es admitido a la oferta pública es suficiente su inscripción ante la autoridad de contralor y en las bolsas o mercados en los que se negocia.

Se aplica respecto del tercero que adquiera el título valor lo dispuesto por los artículos 1816 y 1819. (sic. art. 1850 CCYCN)

En dicha regulación legal incluye las defensas oponibles.

ARTICULO 1821.- Defensas oponibles. *El deudor sólo puede oponer al portador del título valor las siguientes defensas:*

a) las personales que tiene respecto de él, excepto el caso de transmisiones en procuración, o fiduciarias con análoga finalidad;

b) las que derivan del tenor literal del título o, en su caso, del tenor del documento inscripto de conformidad con el artículo 1850;

c) las que se fundan en la falsedad de su firma o en un defecto de capacidad o de representación al momento en que se constituye su obligación, excepto que la autovía de la firma o de la declaración obligatoria sea consentida o asumida como propia o que la actuación del representante sea ratificada;

d) las que se derivan de la falta de legitimación del portador;

e) la de alteración del texto del título o, en su caso, del texto inscripto según el artículo 1850;

f) las de prescripción o caducidad;

g) las que se fundan en la cancelación del título valor o en la suspensión de su pago ordenada conforme a lo previsto en este Capítulo;

h) las de carácter procesal que establecen las leyes respectivas.

(sic. art. 1821 CCYCN).

RECIENTEMENTE la ley 27.440 reguló la factura de crédito electrónica -FCE -Mi PyMEs - determinando su uso obligatorio en ciertos casos - art. 7 de la ley 27440 y su ejecutabilidad en caso de falta de pago.

Art. 4°- La “Factura de Crédito Electrónica MiPyMEs” constituirá un título ejecutivo y valor no cartular, conforme los términos del artículo 1850 del Código Civil y Comercial de la Nación, cuando reúna todos los requisitos que a continuación se indican:

- a) Se emitan en el marco de un contrato de compraventa de bienes o locación de cosas muebles, servicios u obra;
- b) Ambas partes contratantes se domicilien en el territorio nacional;
- c) Se convenga entre las partes un plazo para el pago del precio superior a los quince (15) días corridos contados a partir de la fecha de recepción de la “Factura de Crédito Electrónica MiPyMEs” en el domicilio fiscal electrónico del obligado al pago;
- d) El comprador o locatario, adquiera, almacene, utilice o consuma las cosas, los servicios o la obra para integrarlos, directa o indirectamente, en un proceso de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros, sea de manera genérica o específica.

Asimismo, cuando se hubiera convenido un plazo para el pago del precio menor al que surge del inciso c) del presente artículo, y vencido el mismo no se hubiera registrado la cancelación o aceptación expresa de la obligación en el “Registro de Facturas de Crédito Electrónicas MiPyMEs”, la “Factura de Crédito Electrónica MiPyMEs” oportunamente emitida, pasará a constituir “título ejecutivo y valor no cartular” desde el vencimiento del plazo de quince (15) días corridos a partir de su recepción en el domicilio fiscal electrónico del obligado al pago, momento en el cual tendrá un nuevo vencimiento el cual será de quince (15) días corridos a los fines de poder ser negociada.

Las notas de débito y crédito que ajusten la operación y por lo tanto a la “Factura de Crédito Electrónica MiPyMEs” emitida, deberán generarse dentro del plazo de quince (15) días corridos desde la recepción de la mencionada factura en el domicilio fiscal electrónico del obligado al pago, hasta la aceptación expresa, lo que ocurra primero. (sic. art 4 ley 27.440)

CONCLUSIÓN

En la regulación legal de esta FCE a diferencia del cheque Electrónico -E-cheq.- que como ya señalamos en forma expresa se determina que para su ejecución se expedirán las copias previstas por el art. 61 de la Ley de cheques 24.452, NO SURGE NI SE DETERMINA como se documentará el instrumento a presentarse junto con la respectiva demanda.- Nada se dice de si harán o no soporte papel (cartular) o si, en su defecto será el tribunal actuante quien deberá realizar la consulta al “registro de

FCE” regulado por el art. 5 de la ley 27440 y previa certificación de ello despachar el juicio ejecutivo que corresponde por la disposición legal citada.-

El presente trabajo solo pretende ser un ensayo para discutir la cuestión planteada.



Cómputo del plazo de prescripción de un cheque cuya presentación debió efectuarse durante la vigencia del DNU 297/2020 y COMUNICACIÓN “A” 6942 20/03/2020 y se prescindió de la misma conforme Art. 27 Ley 24.452.

*Por María Victoria Martinelli Philipp
Colegio de Abogados de San Isidro*

PONENCIA

El plazo de prescripción de un cheque (común o de pago diferido) que debía ser presentado durante la vigencia de las medidas de restricción dispuestas por el PEN y por el BCRA (en virtud de la Pandemia producida por el COVID 19), y cuya presentación se prescindió conforme Art. 27 Ley 24.452, debe ser contado a partir de los 60 días de la fecha de su creación (cheque común) en caso de ser librados en la República Argentina o a partir de los 90 días en caso de ser librados en el extranjero o desde la fecha de su vencimiento (cheque de pago diferido).

DESARROLLO

El artículo 26 de la Ley 24.452 establece que cuando la presentación del cheque dentro de los plazos establecidos en el Art. 25 (30 o 60 días desde su creación -dependiendo si fue librado en la República Argentina o en el Extranjero) fuese impedida por un OBSTACULO INSALVABLE, los plazos mencionados quedarán prorrogados.

¿Por cuánto tiempo máximo quedarán prorrogados? La norma no lo dice expresamente, pero podemos interpretar que se prorrogan hasta por 30 días más (salvo que cese antes el obstáculo insalvable), toda vez que el Art. 27 Ley 24.452, establece que no habrá necesidad de presentación, pudiendo ejercer la acción de regreso, si la fuerza mayor durara más de 30 días de cumplidos los plazos del Art. 25 Ley 24.452. Es decir, que existiendo un obstáculo insalvable, los 30 días dispuestos por la ley quedan prorrogados hasta que dicho obstáculo cese, si pasan 30 días y no cesa, se podrá prescindir de la presentación del cheque (conforme Art. 27 Ley 24.452).



¿Qué es un OBSTACULO INSALVABLE? El artículo establece que puede ser una prescripción legal de un Estado cualquiera u otro caso de fuerza mayor.

El DNU 297/2020 dispuso el Aislamiento Social Preventivo Obligatorio. Tal como todos recordaremos, dicha norma establecía como principio la restricción para circular, salvo actividades esenciales puntualmente especificadas y otras excepciones.

Como consecuencia de ello, el Banco Central de la República Argentina dictó la COMUNICACIÓN “A” 6942 mediante la cual dispuso que desde el 20 de marzo de 2020 inclusive hasta el 31 de marzo de 2020 inclusive las entidades financieras y cambiarias **no podían abrir sus sucursales para atención al público.**

En virtud de estas dos disposiciones, una que nos impedía circular salvo las excepciones establecidas puntualmente y la decisión del BCRA de suspender la atención al público, no cabe duda de que estamos frente a un OBSTACULO INSALVABLE que torna operativo el Art. 26 Ley 24.452.- (Asimismo, la propia Comunicación del BCRA disponía que: *este lapso de días no computará para el vencimiento de plazo de 30 días para la presentación de los mismos*) (ya que no funcionaría la cámara compensadora electrónica) y mediante COMUNICACIÓN “A” 6950 01/04/2020 el BCRA dispuso que, durante la suspensión de los efectos del artículo 1ero. de la ley 25.730 se ampliaba en treinta (30) días adicionales el plazo para la presentación de los cheques comunes o de pago diferido que finalizaran durante la vigencia de dicha medida del Poder Ejecutivo Nacional, hubieran sido librados en la República Argentina o en el exterior.

Ahora bien, el mencionado obstáculo insalvable duró más de 30 días, por lo que entendemos aplicable a la situación planteada, el Art. 27 Ley 24.452 *Si la fuerza mayor durase más de treinta (30) días de cumplidos los plazos establecidos en el artículo 25, la acción de regreso puede ejercitarse sin necesidad de presentación* y toda vez que dicha acción de regreso, tiene un plazo de prescripción de un año contado desde la *expiración del plazo para la presentación o -en el caso de cheques de pago diferido- desde la fecha del rechazo por el girado, sea a la registración o al pago.* (Art. 61 Ley 24.452), nos preguntamos **¿Desde cuándo se cuenta el plazo de prescripción de un cheque eximido de presentación en virtud del Art. 27 de la Ley 24.452?**

Cheque común: El art. 61 establece que se cuenta el plazo de prescripción desde la expiración del plazo para la misma. Originariamente contábamos con 30 días, que se prorrogaron 30 días más por el obstáculo insalvable, y luego de ello, quedó expedita la acción sin necesidad de presentación.- El cómputo de la prescripción comienza entonces transcurridos los 60 días desde la fecha de creación? Entendemos que sí, ya que



la propia ley exime de presentarlo, por lo que podemos interpretar que el plazo para presentarlo expiró.

En caso de haber sido librado en el extranjero, 60 días desde la creación, 30 días más por el obstáculo insalvable, por lo que a los 90 días de su creación comienza el cómputo de la prescripción de la acción de regreso.

Cheque de Pago Diferido (CPD): en este caso, el art. 61 establece: *el plazo se contará desde la fecha del rechazo por el girado, sea a la registración o al pago*. En el caso en análisis, no tendremos un rechazo. La doctrina coincide en establecer que el art. 25 Ley 24452 es aplicable al CPD por lo que -con la misma lógica- podríamos otorgarle al CPD que no fue presentado al cobro en virtud de configurarse un obstáculo insalvable, la misma solución indicada para el cheque común.

RESPECTO DE LOS AVISOS. Tengamos en cuenta que en ningún momento la ley exime de dar el aviso regulado por el Art. 39 Ley 24.452 *El portador debe dar aviso de la falta de pago a su endosante y al librador, dentro de los dos (2) días hábiles bancarios inmediatos siguientes a la notificación del rechazo del cheque...El aviso puede ser dado en cualquier forma pero quien lo haga deberá probar que lo envió en el término señalado. La falta de aviso no produce la caducidad de las acciones emergentes del cheque pero quien no lo haga será responsable de los perjuicios causados por su negligencia, sin que la reparación pueda exceder el importe del cheque*. A los efectos de tener en cuenta si se podía o no cumplir con estos avisos.

Asimismo, sin perjuicio que en la casuística planteada fueron más de 30 días los transcurridos sin que fuese posible presentar el cheque al cobro, no podemos dejar de destacar que el Art. 26 Ley 24.452, establece que cesada la fuerza mayor el portador debe SIN RETARDO presentar el cheque. ¿Qué significa la expresión “sin retardo”? En este caso debemos establecer específicamente cuándo cesó la fuerza mayor:

- ¿Cuándo el BCRA autorizó abrir las sucursales para operar con los cajeros automáticos y así estaba la oportunidad de depositar el cheque?
- ¿Cuándo el BCRA autorizó la atención al público para el cobro de cheques?
- ¿Cuándo el PJN autorizó a circular por causales de fuerza mayor?

Y luego, precisar qué es SIN RETARDO.

Notamos como en ambos casos (si se pudo presentar como si se prescindió de la misma), vamos a tener que tener en cuenta los DNU más las comunicaciones del BCRA, ya que estamos planteando una situación que se puede dar en la actualidad, y como letrados entendemos aconsejable en el planteo de la demanda ejecutiva de estos cheques, individualizar



las legislaciones vigentes a los efectos de que sean tenidas en cuenta al momento de resolver.

SITUACIÓN PARTICULAR DE LOS ECHEQ: Por supuesto que los cheques emitidos a través de medios electrónicos, no se incluyen en esta ponencia, ya que los mismos no deben ser presentados, por lo que, en este caso puntual, la modalidad electrónica resulta ser -una vez más- una ventaja.

CONCLUSIÓN

El plazo de prescripción de un cheque (común o de pago diferido) cuya presentación fue prescindida por aplicación del Art. 27 Ley 24.452, en virtud de las medidas de restricción dispuestas por el PEN y por el BCRA, debe ser contado a partir de los 60 días de la fecha de su creación (cheque común - o a partir de los 90 días en caso de ser librados en el extranjero) o desde la fecha de su vencimiento (cheque de pago diferido).



Créditos bancarios a un *click* de distancia: ¿facilidad para el cliente o invitación a las ciberestafas?

Por Marcela Fabiana Civallo

Colegio de Abogados de Lomas de Zamora

PONENCIA

Como es de público conocimiento, el uso de la banca electrónica ha crecido exponencialmente en los últimos años, viéndose ello reforzado con la situación de aislamiento provocado por la pandemia. De la mano de la utilización de esta operatoria remota con fines lícitos, se desarrollaron las ciberestafas con la metodología de burlar a los usuarios bancarios, obtener sus claves y conseguir un crédito a nombre de ellos, que por supuesto los bancos pretenden cobrar. El interrogante es si esa facilidad para obtener un crédito bancario en escasos minutos es un servicio útil para los clientes o, si por el contrario, es una invitación a las estafas en la era de la virtualidad.

INTRODUCCIÓN

En el año 2020, junto con el ASPO y en especial ante el cierre físico de las entidades bancarias, los clientes han debido canalizar tanto sus operaciones como sus consultas a través de un medio virtual. Lo que parecía una facilidad, con el correr de los meses, dejó en evidencia la debilidad del sistema de seguridad y la vulnerabilidad de los usuarios de servicios bancarios, en especial, los adultos mayores, quienes fueron el blanco preferido de los nuevos “cuentos del tío”, totalmente adaptados a los nuevos tiempos.

En efecto, mediante engaños tales como la excusa de haber ganado un premio usando el nombre de importantes supermercados, empresas de combustibles y otros, los delincuentes, por teléfono o por medio de correo electrónico, obtenían de los usuarios las claves para ingresar a sus cuentas. Para cuando la gente se enteraba, los estafadores ya habían vaciado sus cuentas, obtenido un crédito en forma virtual y transferido los fondos a distintas cuentas. A partir de eso, el cliente quedaba con un crédito que en una primera interpretación debería pagar y sin el dinero que se le había acreditado.



DESARROLLO

En este marco de situación, pasado el primer impacto, el usuario bancario se comunicaba con su entidad para plantear los hechos de los que había sido objeto, desconociendo el crédito solicitado por los delincuentes. La respuesta de las entidades, sistemáticamente, fue alegar culpa de la víctima. Así, los bancos se escudaban en el hecho de que se le advierte por distintos medios, incluso en las pantallas al ingresar al homebanking, que no se debe divulgar las claves a extraños y que la entidad no se comunicará con los clientes para pedirles ni ese dato ni otros.

Sin embargo, no debemos perder de vista el hecho de la superioridad técnica de las entidades bancarias frente a sus clientes, quienes deben adherir a un sistema diseñado por quien es profesional en la materia y quien obtiene un lucro de ello. Va de suyo que debe proporcionar a los usuarios un medio seguro para navegar y operar, previniendo cualquier tipo de ciberataque a los bienes de los usuarios, pues como tiene dicho la Jurisprudencia en el fallo “Bieniauskas c/Banco la Ciudad de Buenos Aires” (CNACom. Sala D, 15/5/2008 Expte. N° 46.612, Doctores: Vassallo, Heredia y Dieuzeide) cualquier tipo de problema en tal sentido, impacta directamente en el patrimonio de los usuarios. Si el Banco experto en la materia y parte fuerte en la relación contractual, que obtiene un lucro con esa operatoria, pone a mi disposición un medio informático para operar, deberá protegerme y responderá en forma objetiva por el vicio o riesgo de la cosa, entendiéndose por tal al sistema informático en el que debo operar.

Como es pacífica la Jurisprudencia, la responsabilidad del banco es objetiva, ya sea por aplicación del Art. 40 de la Ley 24240, como por aplicación de la Teoría General de la Responsabilidad Civil, por el riesgo o vicio de la cosa o bien por el hecho del dependiente, como quedaría configurado en el caso de un empleado infiel.

Así, el sistema (software y hardware), que permite operar una red de cajeros automáticos, puede ser calificado de cosa riesgosa, tal como se sostuvo en el fallo arriba citado “Bieniauskas, Carlos c/Banco de la Ciudad de Buenos Aires s/Daños y Perjuicios”.

En ese orden de ideas debe tenerse en cuenta, tanto la vulnerabilidad del sistema informático del banco para poder ser hackeado, como la conducta de algún empleado infiel de la entidad bancaria, por el cual deberá responder, todo ello salvo culpa grosera de la víctima, como sostiene desde hace años una pacífica Jurisprudencia.

Ahora bien, en los casos que últimamente nos ocupan, cuando la víctima es objeto de un engaño y revela sus claves; ¿es responsable el Banco?



Para responder a esta pregunta deberíamos remontarnos al Art. 1725 del Código Civil y Comercial de la Nación, que se centra en la valoración de la conducta que consiste en que, cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor es la diligencia exigible al agente. Dicho de otro modo: “A mayor conocimiento, mayor deber de previsión.” Siendo el banco el experto en la materia, dada su estructura especialmente montada para funcionar a través de la cual obtendrá una ganancia, está obligado a actuar con mayor diligencia y previsión. Y es dentro de esa diligencia y previsión, que les es exigible tener métodos de seguridad cada vez más sofisticados, tendientes a prevenir este tipo de operatorias delictivas. Es dada su calidad de experto y profesional en la materia que debe “estar un paso adelante” para prevenir y evitar este tipo de situaciones.

Va de suyo que siempre habrá una primera vez, cuando la estafa resulta novedosa. Pero cuando las mismas se multiplican, es allí donde los bancos deben estar atentos para evitar daños a sus clientes, por ser los profesionales que diseñan el medio virtual en el cual los usuarios realizarán sus operaciones y obtienen grandes ganancias de ello. No debemos olvidar que ese medio virtual no es libremente elegido por la gente, sino que paulatinamente se ha visto obligada a usarlo, que les es hostil y desconocido. Lo que comenzó siendo una opción hace ya varios años, por presión de los bancos y por obligación, desde la pandemia desatada en 2020, terminó siendo una “obligación” para los usuarios de servicios bancarios, pues las entidades no brindaban otro canal de atención diferente a ese ecosistema virtual.

Así las cosas, los ciberdelitos han crecido exponencialmente en el año 2020 en el marco de la pandemia. El resultado es sabido: la gente se encuentra con un crédito que no pidió y que debe pagar, pues las cuotas empiezan a debitarse de sus cuentas cada mes.

Los Tribunales han estado a la altura de las circunstancias y han concedido las medidas cautelares solicitadas por los usuarios estafados. Está clara en este caso la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora, toda vez que esos titulares de cuentas deberán pagar mes a mes las cuotas de un crédito que no solicitaron, debitándose las mismas de sus cuentas, muchas veces cuentas donde cobran sus jubilaciones. Asimismo, los delincuentes, además de pedir el crédito y transferir el importe del mismo a otras cuentas, hacían lo propio con el dinero del titular que encontraban depositado.

Todos y cada uno de los fallos que a continuación mencionaré han hecho especial hincapié en que los afectados habían realizado la denuncia e impulsado la causa penal pertinente, tendiente a la investigación de las cuentas de destino de los fondos y demás datos que pudiere arrojar la



pericia informática.

No cabe duda que el patrimonio de los usuarios estafados se encontraba seriamente afectado y que esa afectación se materializaría mes a mes, mediante el descuento de los créditos obtenidos en forma fraudulenta. En este orden de ideas, nos encontramos con una serie de fallos que han decretado medidas cautelares tendientes a frenar esos descuentos en las cuentas bancarias.

Esas medidas cautelares, consistentes en ordenar a las entidades bancarias a que cesen los descuentos en las cuentas en cuestión, han sido concedidas en algunos casos por sesenta días y en otros por noventa días corridos, con la posibilidad de analizar prórrogas de las mismas conforme el avance de la causa penal.

Así, se han pronunciado los magistrados: *“Corresponde hacer lugar a la medida cautelar innovativa requerida, intimando al banco demandado a que se abstenga de efectuar los descuentos a la actora que se le efectúan en su cuenta, originados por el préstamo obtenido a través del servicio de homebanking de dicha entidad financiera, al haber relatado la actora que fue estafada vía telefónica por autor desconocido que, habiendo obtenido los datos necesarios, solicitó un préstamo sin su consentimiento para luego transferir el dinero a cuentas particulares de otras personas.Es posible adoptar coherente y razonablemente la medida cautelar solicitada, teniendo en cuenta el contexto actual de crisis, que a raíz del COVID-19 ha exacerbado la vulnerabilidad y la discriminación hacia los y las menos protegidos/as de la sociedad, destacando profundas desigualdades económicas y sociales que requieren atención urgente; en especial los consumidores o usuarios, los que resultan ser sujetos pasibles de aprovechamientos y/o estafas como la denunciada, situación ésta que resulta de público y notorio en la realidad diaria y cotidiana. ...La interpretación que hizo el Alto Tribunal sobre el deber de seguridad que se halla incorporado en el art. 42 de la Carta Magna conlleva la obligación del proveedor de la adopción de las medidas razonables de prevención a los fines de evitar el daño del consumidor, cobrando especial relevancia lo establecido en el art. 1710, inc. b) y c) del CCivCom. en lo que respecta la protección de los derechos de los consumidores. Por aplicación de la función preventiva de la jurisdicción, corresponde ordenar en este acto a la entidad financiera demandada que informe cuáles fueron las medidas concretas de seguridad adoptadas en relación al servicio de homebanking para garantizar la identidad del usuario y la fidelidad de la operación que se pretende realizar por dichos carriles, antes y después de los casos denunciados.”* (Suarez Gonzalez Maria Piedad c/ Banco de la Provincia de Buenos Aires s/ nulidad de contrato. Tribunal: Juzgado Civil y Comercial de La Plata N° 18 Fecha: 24-sep-2020. Cita: MJ-JU-M-128086-AR | MJJ128086 | MJJ128086).



“Corresponde confirmar la medida cautelar consistente en que el banco demandado suspenda los descuentos y/o retenciones en la cuenta de titularidad del actor y por un plazo de tres meses dentro de los cuales éste deberá acreditar el avance de la causa penal, porque la medida se adecua razonablemente a las circunstancias del caso en tanto el actor inició demanda de inexistencia o nulidad de los créditos bancarios otorgados a su nombre, sin ninguna intervención o solicitud de su parte y que tuvieron como causa un ilícito, siendo que denuncia haber sido víctima de ‘phishing’ y endilga responsabilidad objetiva al banco en los términos de la Ley 24.240 por el vicio que presentaría el sistema informático que opera para la prestación remota de servicios a través de una red de cajeros automáticos y en el uso del Home banking del cual es el dueño o guardián así como del sistema que permite operar de modo remoto.”
 (P. J. A. c/ Banco de la Provincia de Buenos Aires. Tribunal: Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de La Plata. Sala: I. Magistrados firmantes: SOSA AUBONE Ricardo Daniel y LÓPEZ MURO Jaime Oscar. Fecha: 5-nov-2020. Cita: MJ-JU-M-129015-AR | MJJ129015 | MJJ129015).

Hasta aquí vemos que la Jurisprudencia es pacífica en conceder las medidas cautelares tendientes a evitar agravar el daño causado a los usuarios bancarios, en una clara aplicación del Art. 1710 del Código Civil y Comercial, además de aplicar todo el andamiaje jurídico de protección de los consumidores plasmado en la Ley 24240 y Art. 42 de la Constitución Nacional.

No obstante, son medidas que operan para el futuro. Vale decir, que ordena a los bancos que se abstengan de seguir descontando las cuotas de los créditos cuestionados, pero existe otra situación que es el vaciamiento de las cuentas que sufrió el titular de la cuenta o las cuotas que se les debitó antes de obtener la cautelar. Por ello, también se han pedido cautelares que operaran retroactivamente, para que se le restituya al afectado el dinero que fraudulentamente se le quitó de la cuenta. Este es un tema a profundizar, pero ya hay fallos que ordenan a los bancos restituir las cuotas descontadas del crédito obtenido por medio de una ciberestafa en forma retroactiva.

En ese entendimiento, se concede una medida cautelar con efecto retroactivo y ordena a una entidad bancaria abstenerse de debitar a un cliente las cuotas de un préstamo personal obtenido mediante fraude, y reintegrar provisoriamente algunas de las cuotas debitadas con anterioridad. Refiere que la medida cautelar innovativa, contenida en el art. 230 del CPCC, es apta para producir efectos retroactivos sobre conductas, situaciones o efectos ya agotados o consumados. En consecuencia, puede revertir las cosas a un estado anterior, es decir, tener efecto retroactivo sobre situaciones consumadas, con el objeto de evitar la consumación de un daño mayor, en una operatoria amparada por una legislación de



orden público, como la Ley 24.240 de Defensa del Consumidor, en autos “Corvini, Alfredo Luis c/ BBVA Banco Francés S.A. s/ medida precautoria” de fecha 15 de Marzo de 2021, CNACom, Sala F, Magistrados: Alejandra Noemí Tévez - Rafael Francisco Barreiro - Ernesto Lucchelli.

Vemos que los Tribunales, han actuado rápidamente con el objetivo de detener el perjuicio que sufren los usuarios afectados por el uso del Home Banking, por lo menos hasta tanto se investigue en sede penal la estafa. Han aplicado el remedio rápido que suponen las medidas cautelares. Los bancos, por su parte, ante el reclamo inmediato de los clientes, se han limitado a evadirse de su responsabilidad, imputando a la víctima la culpa por haber revelado sus claves, pero sin intentar siquiera desplegar alguna medida tendiente a detener esas estafas.

Son simples las conductas que las entidades bancarias podían haber desplegado, tales como revisar el historial de conducta de ese titular de cuenta y una más simple aún, es la de establecer un plazo mínimo de permanencia del dinero obtenido por el préstamo en la cuenta del titular, antes de habilitar cualquier transferencia. Ello porque en la modalidad de la estafa, en menos de una hora, los ciberdelincuentes obtienen el crédito y lo transfieren a cuentas de terceros. De ese modo, con una permanencia de al menos de 48 hs. en la cuenta de quien solicitó el crédito, permite al usuario dar de baja ese crédito. Por el contrario, con la rapidez frenética que parece imponer el ecosistema virtual, se impide al usuario, dar de baja ese crédito y aquí aparece una falta de cuidado y protección del banco a los usuarios, que se traducirá en su responsabilidad objetiva.

CONCLUSIÓN

De todo el análisis realizado precedentemente, no me cabe duda que esa inmediatez y rapidez para obtener un crédito en forma virtual está muy lejos de la protección que deben tener los consumidores y usuarios de servicios bancarios y que, por el contrario, favorece las ciberestafas a usuarios particularmente vulnerables, que son cuidadosamente elegidos por los delincuentes.

Ante ello, los Bancos han asumido la conducta de “mirar para otro lado” y limitarse una vez más a culpar a las víctimas, olvidándose de su obligación en la seguridad que deben brindar a los usuarios por el uso del sistema informático del que se sirven con un fin de lucro, dejando de cumplir incluso la Comunicación A 6878 3.8.5 del BCRA que impone a las entidades bancarias contar con mecanismos de seguridad informática que garanticen la confiabilidad de la operatoria. Ni siquiera los usuarios han prendido las alarmas del historial del usuario que tal vez nunca



pidió un crédito y nunca hizo transferencias y en una hora hace todas esas operaciones, o bien como ya expuse, podría hacer algo tan simple como bloquear el dinero del préstamo por 48 horas en la cuenta del peticionante y luego recién permitir transferirlo.

No puede la Justicia cerrar los ojos ante eso y, luego del remedio rápido que supone la medida cautelar, deberá examinarse en la acción de fondo la responsabilidad bancaria y su incumplimiento del deber de seguridad frente a los usuarios.



Responsabilidad bancaria por defraudaciones en sistemas de home banking

Por Marcelo Fabián Boedo

Colegio de Abogados de Morón

Ante el creciente uso de la informatización de la operatoria bancaria, potenciada aún más por las medidas de aislamiento dictadas en virtud del COVID 19, ha existido en los últimos tiempos un crecimiento exponencial de los delitos de defraudación a los usuarios, sea a través de llamados telefónicos que arguyendo el ardid de encontrar estar otorgando un premio, sea por robo de datos a través de las redes informáticas, o por combinación de ambos métodos a la vez, se hacen de las claves bancarias de los usuarios, generando con las mismas la tramitación espuria de crédito bancarios cuyo importe es minutos más tarde fugado a cuentas de terceros, que en complicidad, o siendo a la vez víctimas del fraude, sirven de nexos al hecho delictivo.

La pregunta es: Corresponde entonces asignar responsabilidad a las entidades bancarias por las consecuencias patrimoniales de este tipo de delitos: Desde nuestra perspectiva entendemos que corresponde expedirse por la afirmativa, por tratarse de una responsabilidad de carácter objetivo, a tenor de lo normado por los artículos 1722 y 1757 del CCyC en consonancia con el artículo 40 de la LDC, tutelada la vez por el Art. 42 de nuestra Carta Magna, normativa ésta que no podrá de soslayada por acuerdo de parte, dado el carácter orden público que en su art. 65 impone la ley consumeril⁴⁵.

Por lo que sobre el particular se ha dicho que la sola verificación de la omisión de la conducta impuesta en la norma invocada por la DNDC —según una apreciación objetiva— es motivo suficiente para hacer nacer la responsabilidad. Tampoco se requiere la producción de un daño concreto⁴⁶.

45 Farina Juan M., ya citado, página 452; CNCiv., Sala F, 28.4.2004, Cremasco, Eduardo José c/ Wassington S.A. s/ daños y perjuicios; (Farina Juan, “Defensa del consumidor y del usuario”, página 103; Trigo Represas F. y López Mesa M., “Tratado de la Responsabilidad Civil” T IV, p. 428; Stiglitz R., “Defensa del consumidor, los servicios bancarios y financieros”, LA LEY, 1998-C, 1035 sección doctrina; Mosset Iturraspe, “El cliente de una entidad financiera -de un Banco- es un consumidor tutelado por la ley 24.240”, JA 1999-I, p. 84; entre otros).

46 (Esta sala, causas “Volkswagen Argentina”, “Inc S.A.”, “Falabella S.A.”, “Banco Macro S.A.”, “Telecentro S.A.”, “Fen Group”, “Jumbo RetailArgentina S.A.” y “Banco Santander”,

Ello más allá del deber de prevención del daño especificado en el art. 1710 del ordenamiento de fondo.

En ese orden de cosas, resulte ineludible la circunstancia de la evidente asimetría de conocimientos entre las partes respecto de la utilización de los sistemas informáticos, cuya utilización se ha vuelto casi obligatoria a un ritmo vertiginoso en virtud de las restricciones a la movilidad impuestas por la emergencia sanitaria.

Entonces ante esa disparidad es que, bajo el paraguas protector de la LDC, se ha establecido una suerte de ‘presunción de ignorancia legítima’. A su vez se trata de un deber de rango constitucional que actúa no sólo en la etapa precontractual, por la desigualdad que presupone que sólo una de las partes se encuentra informada sobre los hechos⁴⁷. Atabacado a la vez por la exigencia que en tal sentido impone el Art. 1725 del CCyC.

Adelantamos que nos inclinamos por tesis que abona la indemnizatoria, dada la previsibilidad de por parte del a entidad bancaria de la posibilidad del acaecimiento de este tipo de hechos, a tenor de los que entendemos, son los siguientes factores de responsabilidad:

1-) El otorgamiento de créditos a personas sin historial crediticio, en condiciones en las que normalmente no serían entregados, ello dado que, si bien no se encuentran específicamente tabulados los parámetros matemáticos para la admisibilidad o no de los mismos, lo cierto es que conforme los usos y costumbres del comercio resulta de público y notorio que serían inviables en las condiciones en las que han sido concedidos. Máxime en la confrontación de los ingresos del deudor, contraste con el monto de la cuota a abonar, si se tiene en cuenta que según publicaciones del INDEC, un núcleo familiar precisa asomar la cifra de 58.000 pesos mensuales para no caer bajo la línea de pobreza, resultando al menos 25.000 para no perforar el piso del nivel de indigencia.

2-) Tratándose en su mayoría de cuentas sueldo o de clase pasiva que registran normalmente escasos movimientos, vinculados éstos a la administración de sus haberes, aparecen repentinamente varios movimientos en pocos minutos por cifras totalmente inusuales en su historial bancario, sin que esto habilite algún tipo de alarma del sistema teniendo a inmovilizar los fondos por al menos 48 horas, que harían posible el anoticiamiento por parte del titular, de su condición de víctima de la

entre otros, pronunciamientos del 21 de agosto, del 8 de noviembre y 6 de diciembre de 2012, del 19 de marzo de 2013, 20 de mayo y del 9 de septiembre de 2014, del 11 de octubre de 2018 y del 21 de diciembre de 2020, respectivamente). (CFR - BANCO PATAGONIA SA c/ DNCI s/ DEFENSA DEL CONSUMIDOR - LEY 24240 - ART 45 - CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL- SALA I 17/3/21).

47 (Cfr. “Banco Roela S.A. c/ Provincia de Córdoba s/ plena jurisdicción - recurso de apelación- Tribunal: Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba - Sala/ Juzgado: Contencioso Administrativo”).

maniobra delictiva.

3-) En tal sentido, ha sido el Banco de Galicia y Buenos Aires, el que según informa una publicación del medio Profesional.com, ha decidido retirarse de la red Instagram, en función del reiterado robo de datos que habrían detectado, se producen en la misma⁴⁸.

4-) Encuadrando entonces la cuestión dentro de los parámetros de la teoría del riesgo creado - **Pichon Riviere** -, es la entidad bancaria la que consume la seguridad de los usuarios, en beneficio de la reducción de costos laborales, locaciones de espacios suficientes en virtud de la clientela, movimientos de caudales en billetes físicos, etc. , circunstancia ésta que si bien lo ha potenciado, no puede ser justificada por las medidas de aislamiento preventivo dictadas en virtud del COVID19, dado que nos encontramos en presencia de un fenómeno que venía ya en franco crecimiento desde hace varios años.

5-) Las entidades bancarias no resultan indiferentes los préstamos otorgados, dado que perciben pingües ganancias en función de los intereses generados, factor éste -de intención de ganancia derivado del perfeccionamiento de la operación - que dicho sea de paso resulta justamente el generador de responsabilidad de las plataformas de comercio electrónico en las operaciones de venta efectuadas con la intermediación de éstas.

Adentrándose ya en la normativa específica de la actividad bancaria, es de hacer notar que la entidad Matriz ha emanado la Com A 6878 que en su punto 1.7.3. establece que las entidades deberán tener implementados mecanismos de seguridad informática que garanticen la genuinidad de las operaciones.

Retomando la cuestión atinente a la antigüedad de la evolución de los sistemas de modernización bancaria, no es ocioso destacar que ya en el año 2003 El Comité de Supervisión Bancaria de Basilea año 2003 - (“BCBS”, por sus siglas en inglés) - daba cuenta de la creciente sofisticación de las tecnologías financieras, que han tornado más complejas las actividades de los bancos, en virtud de devenires tales como el uso creciente de tecnologías automatizadas, mayor integración de tecnologías informáticas y servicios compartidos entre entidades, El crecimiento del comercio electrónico⁴⁹, normativa ésta que desde el año 2007 por el propio BCRA ha publicado en su página, - lo que enlaza con la previsibilidad del daños⁵⁰- un estudio del que surgen directivas tales como la obligación de los bancos de identificar y evaluar el riesgo operacional inherente a todos sus productos, actividades, procesos y sistemas relevantes. Vigilar

48 Ver: <https://www.iprofesional.com/finanzas/323493-banco-argentino-se-retira-de-instagram-para-prevenir-estafas>.

49 (Cfr: El Comité de Supervisión Bancaria de Basilea - BCBS - 2003).

50 Ver: <http://www.bcra.gov.ar/Pdfs/>.

periódicamente los perfiles de riesgo operacional, además d la **obligación** contar con políticas, procesos y procedimientos para controlar y cubrir los riesgos operacionales más relevantes, debiendo reexaminar periódicamente sus estrategias de control y reducción de riesgos.

Ahora bien, no siendo este tipo de hechos una consecuencia inmediata del uso de la banca electrónica, corresponden entonces indagar a cerca y si en cuanto a su previsibilidad, encuadra en los parámetros de las mediatas previstas en el 1727 del CCyC, es decir, aquellas que resultan solamente de la conexión de un hecho con un acontecimiento distinto, y no efectúan un desplazamiento hacia las remotas, y por lo tanto exentas de obligación indemnizatoria.

Evaluable el factor de atribución de la responsabilidad deviene entonces necesario abarcar lo atinente a sus eximentes, en cuanto a la atribución de responsabilidad fundadas en la culpa de la víctima, que generan un abanico de situaciones en función de las distintas particularidades propias del caso, que en términos generales suelen ser:

* Olvido la tarjeta en el cajero, en cuyo caso la jurisprudencia se ha expedido liberando de responsabilidad a la entidad bancaria.

* Trasladado a una sucursal bancaria y tramitado un clave token que luego he suministrado, siguiendo las instrucciones de un llamado telefónico que refiere la existencia acreedora de un premio.

* Robo de datos en los sistemas informáticos o en redes sociales.

Tomando en cuenta además que para el caso de intentar apelarse a la más compleja de las eximentes la prueba del caso fortuito está a cargo de quien la invoca y requiere la comprobación fehaciente del carácter imprevisible e inevitable del hecho al que se adjudica la condición de causal exonerante”⁵¹.

Abordando la cuestión desde su aspecto jurisprudencial, es de hacer notar que dado que el crecimiento exponencial de este tipo de maniobras se ha producido en épocas de pandemia, no se cuenta hasta el presente con pronunciamientos publicados al respecto, por lo que corresponden entonces avocarse al estudio de su antecedente por analogía, delito de robo en un cajero automático fuera del horario bancario, resuelto por el Supremo Tribunal Provincial⁵², que sobre el particular ha destacado que en el sublite, resultan de aplicación la Com. “A” 3390/01 sobre “medidas mínimas de seguridad entidades financieras”, que en su Punto 1.1. de la Sección 1 regula a la obligatorias... *quedando al criterio y responsabilidad la adopción de otros recaudos según Estudios de Se-*

51 CSJN Fallos: 321:1117, M.211.XXIII “Martínez”, sent. de 28-IV-1998).

52 SCBA 8/20, causa C. 120.989, “G., M. F. contra Banco de Galicia y Buenos Aires. Daños y perjuicios”.

guridad que efectúen. En tanto que en la Sección 5 se establecen las medidas mínimas.... *quedando al exclusivo criterio y responsabilidad de la adopción de otros recaudos que estimen necesarios, según surjan de los estudios de seguridad* debiéndose evaluar ponderación de los riesgos previsible, “con el objeto de proteger a las personas”, y cuya adopción queda “a exclusivo criterio y responsabilidad de las mismas”, concluyendo en consecuencia que el cumplimiento del contrato de servicios bancarios precisa también la seguridad durante, con motivo o en ocasión de su uso, por cuanto el incumplimiento del deber de seguridad lo hace responsable de todos los daños que se encuentren en relación de CAUSALIDAD ADECUADA con ese incumplimiento, dada la previsibilidad por parte de la entidad bancaria del hecho delictivo, conforme lo normado por el Art. Art. 901 C.C. - hoy 1727 del CCyC.

ENCUADRE PROCESAL

En lo tocante al abordaje procesal de la cuestión, es de hacer notar la conveniencia de efectuar la denuncia penal por el delito de defraudación el Art. 172 del código penal, no solo por una cuestión probatoria, sino al efecto de abonar la verosimilitud que habrá de fundamental el dictado de la medida cautelar- habiendo quedado atrás el obstáculo de procesal de suspensión generado por el 1103 del código Velezano, por la modificación introducida por el art. 1775 inc C del CCyC, por encontrarse la acción fundada en un factor objetivo de responsabilidad - mas allá de la tramitación de actuaciones organismos específicos de aplicación de la ley de defensa del consumidor, o interposición de acción judicial en el fuero comercial o civil y comercial, en función de la jurisdicción interviniente.

La acción principal tendrá como objeto la nulidad de contrato - préstamo otorgado - atento a la causa ilícita del mismo, fundado ello en el Art. 1014 del CCyC, dado que resulta contraria a la moral, al orden público o a las buenas costumbres, en función de haber sido contratado mediante una maniobra de ardid llevada a cabo.

De la propia ley de 24240 surge en su Art 36 la obligación del deber de información previa al perfeccionamiento de la operación de los aspectos centrales tales como importe a desembolsar inicialmente —de existir— y el monto financiado, tasa de interés efectiva anual y El total de los intereses a pagar o el costo financiero total, sistema de amortización del capital y cancelación de los intereses, cantidad, periodicidad y monto de los pagos a realizar, además de los gastos extras, seguros o adicionales, si los hubiere. Omisión que determinará que la obligación del tomador de abonar intereses sea ajustada a la tasa pasiva anual promedio del mercado difundida por el Banco Central de la República Argentina vigente



a la fecha de celebración del contrato.

Extremos éstos que resultan claramente vulnerados en los préstamos asignados en los casos sub examine.

En lo atinente a la firma del contrato es de hacer notar asimismo la carencia en tal sentido de un real sustituto de la firma ológrafa requerida para el perfeccionamiento de la expresión de la voluntad.

En tal sentido vale la pena recordar que el Art. 3 de la ley 25506 dispone que cuando la ley requiera una firma manuscrita, esa exigencia también queda satisfecha por una firma digital, entendiéndose la misma como el 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 que 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.

Es por ello, toda firma que carezca de tales características será considerada firma electrónica, careciendo entonces del a presunción de autoría, pese a lo cual el banco ejecuta a través del débito de las cuotas, el contrato celebrado con una firma que dista mucho de ser a digital precedentemente mencionada. Siendo además que ni siquiera puede hablarse de un supuesto de equidad o enriquecimiento sin causa parte del cliente bancario, ya que jamás ha utilizado el dinero que se ha fugado.

En cuanto al tipo de proceso, sin duda habrá de ser el sumarísimo reglado por el Art. 496 CPCC y su concordancia con el Art. 321 del mismo cuerpo legal, reafirmado a su vez por el art. 53 de la Ley 24.240 en cuando dicta que se aplicarán las normas del proceso de conocimiento más abreviado que rijan en la jurisdicción del tribunal ordinario competente.

En referencia a la gratuidad del trámite es de hacer notar que si bien se tornará aplicable sin siquiera la interposición de un incidente de beneficio de litigar sin gastos normado por los arts. 78 y c.c. del CPCC, debido ello a la aplicación del art. 53 de la LDC, vale la pena poner de manifiesto que tal principio no resulta absoluto, ya que la parte final de la norma mencionada, dispone la facultad de la contraparte de efectuar el planteo de incidente tendiente a la demostración de la solvencia de la parte actora, con la consiguiente asunción de costas para el caso de resultar perdedor en la contienda judicial.

Así las cosas es menester preguntarse si es facultad del poder ejecutivo nacional inmiscuirse en la potestad tributaria que las provincias han resguardado como facultad reservada.



Si bien a primera vista la respuesta parece ser negativa, el ámbito forense de la provincia de Buenos Aires parece ser permeable a la mencionada intromisión, por lo que una eventual respuesta negativa por parte del juzgador, es que a los fines de evitar la irretroactividad de los efectos de la posterior interposición de incidente en sede judicial tendiente lograr la gratuidad del procedimiento, resultará de utilidad la invocación del antecedente expresado por la Suprema corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, que soslaya la normativa procesal en función de la superior jerarquía normativa de las reglas de Brasilia Sobre acceso a la justicia de personas n grado de vulnerabilidad aprobadas en la 14 cumbre judicial iberoamericana que aprobó en 2008⁵³, tras lo que vale la pena recordar que conforme la Resolución 139/2020 define como consumidores hipervulnerables a las personas humanas y que se encuentren en otras situaciones de vulnerabilidad en razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, que provoquen especiales dificultades para ejercer con plenitud sus derechos como consumidores

Otro ítem de especial trascendencia en cuanto a la actividad probatoria, es el de la aplicación de la carga dinámica de la prueba, ya que conforme Art. 53 de la ley 24.240 los proveedores deberán aportar al proceso todos los elementos de prueba que obren en su poder, en consonancia con el Art. 1735 del CCyC, mas la asimetría que caracteriza a la relación proveedor.

En cuanto a la medida cautelar, vale la pena recordar que en el ámbito provincial existe la posibilidad de la solicitud de cautelar administrativa, al abrigo del Art. 71 de la ley provincial 13133 defensa del consumidor, que se sume a la vez a los designios de su par nacional.

Ya en el ámbito tribunalíceo, la protección tuitiva habra de completarse mediante el dictado de dos medidas, la de prohibición de innovar, a los efectos de evitar que se debiten de la cuenta los importes de las cuotas a vencer del préstamo en cuestión y a la vez un cautelar innovativa, con la finalidad de que se restituyan los importes de los importes ya debitados por tal concepto.- “Así entonces, la versión «innovativa» que registra la norma antedicha, es apta para producir efectos retroactivos sobre conductas, situaciones o efectos ya agotados o consumados. Dicho de otro modo, puede revertir las cosas a un estado anterior, es decir, tener efecto retroactivo sobre situaciones consumadas⁵⁴.

En lo referente a la verosimilitud del derecho invocado es de hacer notar que la temática en estudio escapa de la generalidad que tutela el

53 (Conf. Peyrano, Jorge W. La palpitante actualidad de la medida cautelar innovativa, en Peyrano-Bacarat, Edgard Medida Innovativa, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2003, ps.19 y ss).

54 (Conf. Peyrano, Jorge W. La palpitante actualidad de la medida cautelar innovativa, en Peyrano-Bacarat, Edgard Medida Innovativa, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2003, ps.19 y ss).



peligro de que el demandado se insolvente tornándose en consecuencia ilusoria la sentencia, sino que deberá apuntarse a evitar que el descuento de las mismas deje en condiciones de precariedad económica la accionante, por lo que el argumento apunta a comparar sus ingresos en función del descuento mensual que halla su raíz en la cancelación de cuotas el préstamo concedido, sin perjuicio de lo cual numerosos son los antecedentes jurisprudenciales que han hecho lugar a la solicitud de de cautelar de prohibición de innovar⁵⁵.

Por último, no habrá de perderse de vista que virtud de la gratuidad que caracteriza a este tipo de procesos - Art. 53 in fine la ley 24240.-, la contracautela deberá ser por caución juratoria.

55 (Cfr. Corvini Alfredo Luis c/ BBVA Banco Francés S.A. s/ medida precautoria - Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial Sala F 15/3/21 Cita: MJ-JU-M-131158-AR | MJJ131158 | MJJ131158EI)

“González, Ana Ester c/ Banco Provincia de la provincia de Buenos Aires s/ medidas cautelares (traba/levantamiento) Sala 3 - Cám.Ap. Civ y Com de La Plata 10-12-2020”

“ PEDERNEIRA JUAN ALBERTO C/ BANCO DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES S/ ACCION DECLARATIVA (TRAM. SUMARISIMO) J Civ y Com. Nro. 10 de La Plata 27/8/20

“BERNASCONI, LAURA PATRICIA c/ BANCO DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES Y OTRA S/ ACCION DE PREVENCIÓN DEL DAÑO” Juzgado de 1º Inst. Civ y Com. 2 de San Nicolás 20/8/20

“GONZALEZ ANA ESTER C/ BANCO PROVINCIA DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES S/ MEDIDAS CAUTELARES (TRABA/LEVANTAMIENTO) (DIGITAL) - Sala 3 Cam 2da de La Plata 10/12/20.



La solidaridad entre la tarjetera y la entidad financiera que provee el servicio al consumidor

Sebastián Scocia

Colegio de Abogados de Bahía Blanca

PONENCIA:

Es indudable la responsabilidad solidaria entre la tarjetera y la entidad financiera en los daños generados a consumidores por el hecho de cualquiera de ellas en el sistema de tarjeta de crédito, aunque sigan intentando diferenciarse en su funcionamiento.

DESARROLLO

En otra reciente ponencia hemos tratado este tema que venimos a reflotar debido a algunos nuevos antecedentes jurisprudenciales que han surgido.

Un reciente fallo de fecha 28 de agosto de 2019, de la Cámara Nacional en lo Comercial Sala C, caratulado “PADEC Prevención, Asesoramiento y Defensa del Consumidor y otro c/ Bank Nazionale del Lavoro S.A. (hoy HSBC Bank Argentina SA) y otro”, resolvió, entre otras cuestiones lo siguiente: *“Si la relación entre las codemandadas era indispensable para la prestación del servicio involucrado, dado que sin tal relación, el banco no hubiera podido ofrecer a los usuarios de la tarjeta ‘Mastercard’ los servicios implícitos en tal uso, en tales condiciones, y siendo que la codemandada no sólo puso la marca respecto de la cual era licenciataria, sino que también protagonizó la utilización del servicio que generó el daño reclamado en este juicio, forzoso es concluir que ella debe considerarse solidariamente responsable en los términos del art. 40 de la Ley 24.240 y ello con mayor razón, si se atiende a que los presupuestos fácticos de la posibilidad de admitir su liberación según tal norma -esto es, la demostración por ella de que la causa del daño le había sido ajena- no pueden entenderse configurados, dado que, como es obvio, a su parte le hubiera bastado con un mínimo control de aquello que cobraba el banco del que ella se había valido para expandir su marca, para arbitrar los medios tendientes a evitar el resultado que hoy la agravia”*.

El fallo traído a colación se refiere a un reclamo para no cobrar la confección y remisión de resúmenes de tarjeta. Estos resúmenes cuyo

contenido está marcado por lo que estipulan los artículos 22 y 23 de la Ley 25.065, entiende el juzgado que es la información mínima a la que obliga el proveedor hacer llegar en forma gratuita al consumidor. Y en el proceso en cuestión, la tarjetera quiso evadir su responsabilidad alegando que las disposiciones del cobro por el envío de los resúmenes no les competían a ella, sino que era una facultad y decisión del banco.

Más allá del objeto del presente sobre la responsabilidad conjunta o no de las entidades financieras y las tarjeteras, cabe hacer mención a lo previsto en los artículos 4° de la Ley 24.240 y 1.100 del CCCN, que fue la base que el Tribunal tomó -entre otros argumentos- para fallar: *ARTICULO 4°— Información. El proveedor está obligado a suministrar al consumidor en forma cierta, clara y detallada todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes y servicios que provee, y las condiciones de su comercialización. La información debe ser siempre gratuita para el consumidor y proporcionada en soporte físico, con claridad necesaria que permita su comprensión. Solo se podrá suplantar la comunicación en soporte físico si el consumidor o usuario optase de forma expresa por utilizar cualquier otro medio alternativo de comunicación que el proveedor ponga a disposición.*

ARTÍCULO 1100.- Información. El proveedor está obligado a suministrar información al consumidor en forma cierta y detallada, respecto de todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes y servicios que provee, las condiciones de su comercialización y toda otra circunstancia relevante para el contrato. La información debe ser siempre gratuita para el consumidor y proporcionada con la claridad necesaria que permita su comprensión.

Yendo al punto en cuestión, nuestra ley de tarjeta de crédito, tiene como particularidad no aclarar debidamente las funciones de la tarjetera y de las entidades financieras dentro del sistema. Puede ser que la intención para no separar las funciones de uno y otro sea la de unificar en ellos la responsabilidad y obligaciones más allá de los diferentes roles que ellos tengan.

Y es que cada una de ellas, tiene tareas muy distintas. Una -la entidad financiera- es la emisora propiamente dicha y la otra -la tarjetera- quien tiene el control del sistema.

La tarjeta la emite el banco, bajo supervisión y autorización de la tarjetera. Esta tiene el control del sistema -el pago a los comerciantes, las denuncias por robo, resúmenes, etcétera-. Y la entidad bancaria es la que se ocupa de los pagos propiamente dichos. La recepción del dinero por parte de los usuarios, la “venta” del sistema a los consumidores, el pago a los proveedores y especialmente, el financiamiento a los clientes que no desean pagar el total de lo adeudado.



Como se deduce, la tarjetera no puede llevar adelante el negocio sin el banco, y éste tampoco sin aquélla.

La apariencia que la tarjetera no es parte de la relación con el consumidor, es lisa y llanamente eso: una apariencia. Que la tarjetera se valga de la infraestructura del banco para utilizar su llegada a las comunidades, gestión de cobro, etcétera, no hace más que fortalecer la circunstancia que ambas entidades se benefician y potencian sus rentabilidades apoyándose unas a otras.

Por tal motivo, ambas deben responder por las falencias de una y otra. La falta de claridad de la función que compete a cada una, más allá de sus contratos que seguramente delimitarán sus obligaciones, no hace más que ratificar esto. Eventualmente y como reza el fallo en cuestión, deberán en el marco de su acuerdo contractual, deslindar sus responsabilidades y repetir una de otra llegado el caso.

El uso de una tarjeta de crédito supone la puesta en marcha de un sistema complejo de engranajes, e implica un conjunto complejo de contratos individuales (entre empresa organizadora y agente, entre éstos y los proveedores, entre aquellos y el titular de la tarjeta, entre el proveedor y este último) que tiene los caracteres propios de los contratos conexos.

La operatoria de tarjeta de crédito puede conceptuarse como un sistema integrado por distintos contratos bilaterales, individuales y autónomos jurídicamente entre sí, celebrados entre partes diversas, que forman una unidad al estar ligados por su finalidad, siendo la propia complementación y coordinación necesarias para su funcionamiento

Como se ha dicho, se verifica en la especie un entramado contractual complejo, en el que la incorporación del consumidor al sistema de tarjetas deriva en la apertura de una cuenta corriente en el banco comercial, en la entrega de la tarjeta por parte del mismo banco, en una relación creditoria entre el banco y el comercio adherido, en la constante emisión de resúmenes de cuenta corriente por parte del banco, etc.

Ya como intermediario, ya como facilitador o ya como contratante directo, se impone a todas las partes que operan en el sistema de tarjetas de crédito una coadyuvancia y colaboración que permita el desenvolvimiento armónico de la vida contractual.

Sobre este punto cabe reiterar lo dicho supra en relación al carácter conexo que tienen las vinculaciones contractuales que conforman el sistema de tarjeta de crédito. Dicha conexidad impone una coadyuvancia entre los distintos integrantes del sistema, que permita un sano desenvolvimiento de la vida del contrato.



En la causa “Malcorra Ricardo c/ Nuevo Banco de Santa Fe S.A. s/ demanda sumaria” (CApelRosario, 25-oct-2019, MJ-JU-M-122834-AR), el banco demandado alegó una falta de legitimación alegando que existía una identidad entre esa entidad y la tarjetera VISA razón por la cual debía haberse codemandado a esta última para que el fallo pueda ser oponible a todas las partes. Indicaba que como entidad bancaria, sólo implementaba las políticas que VISA le impartía.

Bajo este esquema, el Tribunal indicó que *“La imputación de responsabilidad que se formule sobre uno de los componentes del sistema de tarjeta de crédito no supone inevitablemente la responsabilidad del otro, ni la participación de este último en la causa emerge como presupuesto de validez del pronunciamiento, ni -bajo ningún punto de vista- la sentencia que se dicte contra uno de los componentes del sistema carece de utilidad sin la citación del resto, siendo que no se advierte un supuesto de legitimación inescindible que se traduzca en una imposibilidad jurídica de juzgar separadamente al banco y a la empresa de tarjetas de crédito por no advertirse la presencia de un litisconsorcio pasivo necesario”*.

Bajo este aspecto, es ya un lugar común de la doctrina procesalista reconocer que existe un litisconsorcio necesario cuando por disposición legal o por la propia naturaleza de la relación jurídica debatida, la pretensión que se hace valer en juicio sólo es proponible por todos los legitimados, o contra todos los legitimados, o por ambos a la vez (Martínez, Hernán, “Procesos con sujetos múltiples”, tomo I, pág.89, Ediciones La Rocca, Buenos Aires, 1994).

Y continua diciendo la Cámara rosarina que *“...esta vinculación o conexidad que se reconoce en el ‘sistema’ de tarjeta de crédito no cabe en el acotado molde del litisconsorcio necesario, puesto que el rol que asume cada parte en esta compleja trama de vinculaciones puede identificarse con precisión, y es -por tanto esencialmente escindible y diferenciable del rol que le toca cumplir al resto de las partes del sistema”*.

En la faz práctica, conocemos que el banco efectivamente recibe órdenes de la administradora del sistema que debe cumplir no porque quiera, sino porque generalmente carece de las herramientas o datos para conocer si son correctos o no.

Sin embargo, esto no lo exime de responsabilidad por lo actuado por cualquiera de esas dos partes -entidad financiera o tarjetera-.

Si bien el suscripto no comparte los fundamentos dados en “Malcorra”, sí compartimos su decisión final. Y es que no puede el Nuevo Banco de Santa Fe, escudarse en una supuesta ajenidad en relación al procedimiento de desconocimiento de una transacción, cuando ha participado activamente

en dicho procedimiento. Ha requerido los comprobantes, ha recibido los mismos, y ha efectivizado finalmente el débito en la cuenta del actor. Es inadmisibile, en el marco de profesionalidad exigible a la entidad financiera demandada, que tal proceder no halle debido fundamento más allá de la orden que sobre el particular pudiera haber dado el administrador del sistema.

Es que debe hacer un análisis de la documentación que recibe en pos de colaborar con la tarjetera para descubrir la veracidad del reclamo. El Banco no es un mero “buzón” de documentación e información que deberá enviar a la administradora. Y ante la menor duda entre lo recibido y lo resuelto, debe indagar e incluso puede oponerse a la decisión tomada por aquélla.

Decíamos que si bien compartíamos el fondo de la decisión tomada por la Cámara de Rosario, creemos que el argumento a utilizar era otro.

Entendemos que las funciones de la tarjetera y la entidad financiera pueden ser perfectamente identificables en el marco de su relación contractual. Y de esa manera, poder llegar a saber quién fue la real responsable del daño causado.

Pero si nos atenemos a la normativa vigente, decíamos más arriba que la ley no ha diferenciado entre estos dos entes, y ha marcado como parte generador del sistema el “emisor”. Entendemos, por lo tanto, que si una de ellas es demandada y se le encuentra culpable, debe hacerse cargo de esa sentencia aunque no haya sido la directa responsable.

Luego, con su “socia” del sistema, fijar cada una sus responsabilidades y reclamarse lo que tengan que reclamarse. Pero esa “discusión” es ajena tanto para el consumidor del servicio, como para el comerciante adherido.

Y en caso que ambas se presentaran, y se pudiera dilucidar por el accionar de cada una, qué parte de responsabilidad le cabe a cada una de ellas, creemos que también se aplica la regla de la solidaridad por lo dicho poco más arriba: la ley vigente unifica en una sola parte al administrador, gerenciador, cobrador, emisor, etcétera, del sistema. Y por lo tanto, son ambos quienes deben hacerse cargo de reparar el daño generado por el sistema, en forma solidaria. Luego, como todo obligado solidario, entre ellos podrán dirimir la proporcionalidad de las culpas.

Esto fue ratificado recientemente en el fallo “*Moraes de Sousa, Elizete c. First Data Cono Sur S.R.L. y otro s/ Sumarísimo*” por ante la CNCom Sala D de fecha 6/5/2021, al decir que “*„si la codemandada es la que organiza y administra el sistema de tarjetas de crédito, cuya supervisión y control mantiene, mal puede pretender exonerarse de responsabilidad bajo el argumento de no encontrarse vinculada contractualmente con la*



actora, pues es claro que tanto aquella como la entidad emisora formaron parte de la relación contractual, siendo imposible que el sistema se desarrollara sin la participación de la primera, la que naturalmente se ha beneficiado con ello...”

Y si esto no alcanza, nos queda la aplicación de la norma del art. 40 de la Ley 24.240, por el cual corresponde extender la responsabilidad a otros sujetos que, aun cuando no hayan contratado directamente con el consumidor agraviado, sí han participado de la actividad generadora del daño, compartiendo un mismo interés económico. Este mismo concepto fue expuesto por la Sala de la Cámara mencionada en el párrafo precedente.

En resumen, tanto tarjetera como entidad financiera forman una sola parte en lo que a responsabilidad se refiere. Es tanta la interrelación que hay entre ellas, que no concibo un ejemplo donde una de ellas pueda eximirse de responsabilidad.

La burocratización de los préstamos personales, ¿beneficia a los consumidores?

Sebastián Scoccia

Colegio de Abogados de Bahía Blanca

PONENCIA:

La creciente demanda de crédito por parte de consumidores en el mercado informal, en desmedro del otorgado en la banca oficial, nos plantea la necesidad de regular mejor ese sistema informal o facilitar el acceso a las entidades financieras.

Antecedentes normativos

Hasta 2019, al BCRA no le parecía importante regular el acceso al crédito por medio de sistemas informales. Recién en el pasado 9 de enero de 2019, aparece la regulación específica a los proveedores de servicios de pago (PSP) que fueron alcanzados por la com. A 6859 (primera comunicación sobre PSP). Tras el dictado de esta norma, el BCRA ajustó la regulación y amplió la misma mediante la com. A 6885 (segunda comunicación sobre PSP), dando un texto ordenado de ambas normas (regulación sobre PSP).

La medida constituye un quiebre en la posición que había adoptado el BCRA desde el año 2015 de permitir el desarrollo de la industria sin nueva regulación mientras el ecosistema fintech permaneciera pequeño y sin representar un riesgo al sistema financiero. Y de hecho, hasta muy poco tiempo antes, la misma entidad reguladora sostenía que este mundo de las Fintech no era necesario regularlo de manera alguna y sólo bastaba con observarlo. Indudablemente algo pasó en ese verano de 2019 que los hizo cambiar rápidamente de opinión.

La norma define a las PSP como las personas jurídicas que, sin ser entidades financieras, cumplan al menos una función dentro de un esquema de pago minorista, en el marco global del sistema de pagos. Los pagos minoristas incluyen las transferencias de fondos o pagos entre otros.

Pero no sólo se han regulado a las PSP. También -y es dónde apuntamos con esta ponencia- ha regulado a los dadores de crédito informal.



Todas estas empresas, tanto las PSP como las dadoras de crédito extrabancario, se encuentran determinadas dentro de lo que el BCRA llama OPNFC (Otros Proveedores NO Financieros de Crédito).

Y las definió en la Com A 7156 de noviembre de 2020 al decir que *“Son considerados proveedores no financieros de crédito aquellas personas jurídicas que, sin ser entidades financieras de conformidad con la Ley de Entidades Financieras, realicen -como actividad principal o accesoria- oferta de crédito al público en general, otorgando de manera habitual financiaciones alcanzadas. También quedan incluidas en este concepto las asociaciones mutuales, las cooperativas y las empresas no financieras emisoras de tarjetas de crédito y/o compra -cualquiera sea su naturaleza jurídica-...”*

La COM A 7146 modificada por la Com A 7156 dispone que la inscripción en el “Registro de otros proveedores no financieros de crédito” sea obligatoria para los otros proveedores no financieros de crédito y para las empresas no financieras emisoras de tarjetas de crédito y/o compra -por las financiaciones no incluidas en la Ley 25.065 de Tarjetas de Crédito-, en ambos casos, cuando hayan otorgado financiaciones alcanzadas por un importe superior a \$ 10 millones, reciban o no asistencia de entidades financieras, ya sea que la oferta de crédito la realicen de manera presencial y/o mediante medios electrónicos o remotos. En particular, la regulación establece que estos proveedores se rijan también por normativas existentes para las entidades financieras respecto de la expresión de las tasas de interés y su publicidad, las normas sobre “Protección de los usuarios de servicios financieros” y “Comunicación por medios electrónicos para el cuidado del medio ambiente” y cumplan con los regímenes informativos vigentes de “Transparencia” y “Reclamos”, entre otras disposiciones.

En el caso de las asociaciones mutuales y cooperativas, ese límite asciende a \$ 20 millones de financiamiento a terceros en el ejercicio. Sin embargo, la aplicación de estas normativas que mencionábamos antes y que se aplican a entidades financieras, no serán de aplicación para ellas, excepto por lo dispuesto respecto de la Sección “Transparencia”. Esto obviamente para aquellas que se encuentren inscriptas o deban inscribirse en el “Registro de otros proveedores no financieros de crédito”.

La inscripción de estas entidades no les dará derecho a intermediar entre la oferta y demanda de recursos financieros.

Sin embargo la inscripción si bien es obligatoria, su incumplimiento sólo genera erradicarlas del financiamiento por parte del sistema financiero formal. Esto lo deducimos por las sanciones que la misma norma impone.



También se las reguló indirectamente mediante la Com A 6909 del 19/2/2020. La misma trata del sistema de pagos, débitos directos y débitos inmediatos entre otras cosas. Se definen los roles de ordenante del débito, de la entidad originante, la entidad receptora y el cliente receptor.

Como punto importante, en lo que aquí interesa, se refiere a que el sistema de débitos directo no podrá ser utilizado para el cobro de cualquier concepto vinculado a préstamos.

Similar razonamiento hace cuando trata al sistema nacional de débitos inmediatos donde genera dos sistemas: el ocasional que debe ser ratificado ante cada operación, y el recurrente que depende de una única orden inicial del cliente para luego repetirse. Y agrega que el débito de préstamos sólo puede ser utilizado con el débito ocasional (o spot).

Nuestra realidad.

Habiendo conocido a grandes rasgos la regulación, y retomando el objeto de la ponencia, veamos lo que pasa en la realidad cotidiana.

Las OPNFC declaradas cuaduplican la cantidad de entidades financieras. Hace un año, la triplicaban, lo que da muestras de su crecimiento. Esto sin tener en cuenta que de la totalidad de mutuales y cooperativas de crédito existentes (casi 4000 según INAES), sólo una parte menor se inscribe (75) ya que no es obligatorio para ellas (sólo se inscriben las que reciben asistencia crediticia de las entidades financieras).

A octubre de 2020, más de 6 millones de personas tomaron crédito de estas entidades. Casi en su totalidad personas físicas. De ellos, la mitad ya registrada deudas en el sistema financiero formal, lo que hace suponer que habiendo sido excluidas de éste, se volcaron al informal.

Por otro lado, casi 13,5 millones son deudoras de entidades financieras. Lo que quiere decir que de un total de 16,5 millones de personas (recordemos que 3 millones son compartidas), una tercera parte busca estas alternativas de crédito.

De acuerdo a los estudios que publica el mismo BCRA, la clientela de estas OPNFC suele estar en los estratos económicos más bajos en comparación con el sistema bancario que atiende mayormente el sector opuesto.

Y sin embargo, las tasas entre las OPNFC varían entre un 90% TNA y 160% TNA. Contra un promedio del 55% en el sistema bancario para préstamos personales según las estadísticas del BCRA (podemos fijarlo en 65% si sacamos a los bancos públicos que siempre tienen tasas menores que el sistema debido a su objetivo de fomento crediticio).



Estado de situación actual.

Conociendo entonces este panorama legislativo, nos preguntamos ahora por qué razón un individuo concurre a una OPNFC a sacar un préstamo a una tasa mucho mayor que la bancaria, y por qué razón los bancos que van perdiendo rápidamente clientela, no buscan retenerlos.

Vayamos a analizar por partes:

1) Cuando una persona saca un préstamo, tiene que llevar un sinnúmero de papeles si es persona jurídica. Si es persona física, no. Luego el banco le hace firmar varios documentos (formularios). Esa carpeta viaja a casa central para que finalmente sea autorizada. Y luego de varios días -a veces hasta más de un mes-, la persona se hace del crédito en su cuenta.

En cambio, cuando se saca un préstamo en una OPNFC, entre las 24/48 hs ya tiene el dinero disponible, sin tener que firmar más que un simple contrato de mutuo y un pagaré. Es decir que podríamos pensar que el individuo prefiere tiempo y mayor tasa de interés por sobre seguridad jurídica. Tasa que no sólo es la nominal que más arriba mencionábamos, sino que le agregan comisiones, y además por la forma de descontar esas comisiones o gastos (interés directo sobre el préstamo), generan que el CFT (costo financiero total) sea aún mucho más abultado que lo que decíamos más arriba.

Ahora bien. ¿Por qué razón los bancos se han tornado tan burocráticos y lentos? A mi entender nosotros somos los culpables. Hace un tiempo decíamos que el exceso de celo en la defensa del consumidor iba a generar encarecer el sistema financiero. Nos equivocamos. No lo encareció. Lo burocratizó y excluyó a los tomadores de préstamos personales que fueron a buscar otras alternativas. Más caras, pero más rápidas. Menos controladas en lo que hace a defensa del consumidor pero más efectivas.

Y estas personas están totalmente desprotegidas en lo que a las normas consumeriles se refiere. Y proporcionalmente, son muy pocos los que llegan a la justicia para que ponga las cosas en su lugar.

Notemos que 1/3 de la población que requiere préstamos ya lo hace en las OPNFC. Y eso que no estamos contando a las casi 4.000 mutuales y cooperativas del país que otorgar también préstamos y no están registradas en el BCRA y ni hablar de las financieras totalmente irregulares que le prestan a los trabajadores informales.

Porque no olvidemos que las OPNFC sólo le prestan a los trabajadores formales. Generalmente empleados públicos mediante códigos de descuento, y trabajadores registrados mediante barrido de CBU.

2) ¿Por qué los bancos no se preocuparon en retener esta clientela? Creo que por dos razones:



a) Los bancos están cómodos prestándole al Estado. El año pasado generaron \$ 3.000 millones de Pesos en letras entre capital e interés. Y con un solo cliente. Sin problemas de información, consumidor, sin personal bancario, etc.

b) Con tanta exigencia de protección al consumidor, muchas veces lo único que le preocupa es el otorgamiento de las tarjetas de crédito. Que al fin y al cabo, funcionan como préstamos -porque la mayoría de la gente financia-, las tasa son más altas, el manejo es simple, y salvo excepciones, ya están más que acostumbrados los consumidores al manejo del sistema. Poner una estructura para préstamos personales, es más tedioso y peligroso.

Sin embargo no queda claro a quién beneficio la normativa de la Com A 6909 mencionada más arriba. Porque a partir de ella, los OPNFC sólo pueden ofrecer préstamos contra barridos de CBU a clientes que cobren su sueldo en la misma entidad bancaria donde ellos tienen su cuenta recaudadora. Y como no es fácil abrir estas cuentas -casi imposible-, las Fintech -las más perjudicadas- están limitadas a otorgar créditos a poca gente. Por supuesto que se encontró la solución por fuera de la norma: se alquilan las cuentas recaudadores a las Fintech para que puedan ellas otorgar préstamos a individuos que cobran sueldos en el banco donde opera dicha cuenta. Y el titular de dicha cuenta -locador de la misma- recibe una comisión por administrarla.

Conclusión.

Finalmente, arribamos a este estadio con una duda más que con una conclusión. La realidad es que nos hemos puesto más estrictos con las normas consumeriles para abarcar cada vez más situaciones en pos de proteger al tomador de créditos. Y también es cierto, que cada vez más gente huye de ese sistema para refugiarse en los dadores de dinero que carecen de toda protección jurídica. La prueba está en el incremento de esa masa de personas. Y la prueba de su desprotección está primeramente en la tasa exorbitante que pagan.

Ahora bien, el BCRA está haciendo sus primeras armas en pos de controlar este sistema. Ya ha ordenado su registración y arrastra a estas empresas a tener la informes contables y controles similares en algunos casos al de las entidades financieras. Obviamente esto genera una estructura mucho mayor de ésta, así como incremento de costos. La verdad es que no se han registrado. Y esto es porque la sanción a no hacerlo, es dejar de financiarse en el sistema financiero. Y no les preocupa, porque lo hacen vía fideicomisos privados, fideicomisos financieros, particulares, etc.

Y más allá de esta realidad, ¿es conveniente que el BCRA se arrogue esas facultades? ¿Es ese el mejor camino? ¿Es la regulación cada vez



más extrema la forma de cuidar los intereses de los consumidores? ¿O resultaría una teoría y los consumidores escaparían a otro lado? Sabemos que es imposible regular todo.

Quizás sea el momento de cambiar de dirección y flexibilizar los controles. Y tener controles que sirvan. ¿A alguien le parece que firmar un sinfín de formularios en un banco es suficiente en la realidad para informar a los consumidores? Porque mientras más papeleo, más tarda el banco en aprobar el crédito. No porque tarde más en analizar (porque seamos sinceros, poco se mira de esos documentos). Sino por el mismo trajin que conlleva armar carpetas, llenar formularios, cargarlos al sistema, etcétera.

Estamos convencidos que estos controles no sirven. Así como también creemos que dejar todo sin control como hoy son la mayoría de las OPNFC tampoco es una buena alternativa. Habrá que buscar un punto intermedio de regulación que sea efectiva y útil. Tanto para bancos como para OPNFC.



Dinero digital y medida cautelar

Por Lidia Estela Di Masullo

Colegio de Abogados de Lomas de Zamora

PONENCIA:

Si bien se conoce que el dinero digital o electrónico “es un mecanismo para transferir digitalmente monedas fiduciarias⁵⁶”, una de las inquietudes que planteó el tema es la viabilidad de aplicarle o no una medida cautelar a la billetera digital donde se almacenan los fondos. Las siguientes líneas ofrecen una breve reseña de lo resuelto al respecto por la Sala I de la Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de Lomas de Zamora.

INTRODUCCIÓN

El inmenso avance tecnológico en el campo de las comunicaciones y en informática produjo cambios fundamentales en todos los aspectos de la sociedad, ejerciendo una influencia tal que ha desplazado formas que eran tradicionales a la hora de negociar.

Un claro ejemplo de ello es el surgimiento de la “billetera digital” o “billetera electrónica”⁵⁷ que ha pasado a ocupar el lugar del “dinero efectivo”, y competir con éste por ganar espacio en el terreno financiero.

A este nuevo panorama –financiero-digital– se sumó en el 2020 la pandemia por Covid-19 que, por razones sanitarias, limitó el tránsito de las personas obligándolas a refugiarse en sus domicilios y generó un masivo vuelco hacia esta nueva modalidad de manejar el dinero.

56 Concepto de “dinero electrónico” brindado por la Unidad de Información Financiera (UIF), que en el **segundo párrafo del art. 2** de la **Resolución 300/2014** determina: “... dinero electrónico, ... es un mecanismo para transferir digitalmente monedas fiduciarias, es decir, mediante el cual se transfieren electrónicamente monedas que tienen curso legal en algún país o jurisdicción”.

57 La “billetera digital” es una modalidad de pago que utiliza un programa informático, que por medio de operaciones encriptadas posibilita el envío de dinero entre personas a través de la web.



Sin embargo, a pesar del auge de este medio de pago no existe una regulación específica, si bien el tema ha sido objeto de varias Comunicaciones del BCRA⁵⁸. Por otra parte los autores aún no se han puesto de acuerdo sobre la naturaleza jurídica del dinero electrónico; estos motivos suscitaban la duda acerca de la posibilidad de aplicar una medida cautelar.

Para esclarecer la inquietud nada mejor que recurrir a lo resuelto en los autos : **“M. R. E. c/ M. L. A. s/ COBRO DE HONORARIOS”**, dictado por la Sala I de la Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de Lomas de Zamora, con fecha 17/09/2020.

EL EXPEDIENTE

En Primera Instancia intervino el Juzgado de Familia n° 2 de Lomas de Zamora; allí el letrado de la actora solicitó como medida cautelar, para asegurar la percepción de sus honorarios, que se trabase embargo sobre la billetera digital del ejecutado que correspondía a una cuenta en la reconocida compañía MercadoPago. La Jueza de Primera Instancia no hizo lugar a lo solicitado por el ejecutado, fundando su negativa en el hecho de que la firma “MercadoPago S.A.” no era una entidad bancaria.

El rechazo de la cautelar peticionada motivó la apelación, cuyo tratamiento correspondió a la Sala I de la Cámara de Apelaciones del distrito.

LOS FUNDAMENTOS DE LA APELACIÓN

Entre los aspectos sustanciales del recurso cabe destacar la mención al hecho de que el avance tecnológico ha “...revolucionado el concepto de banca tradicional...” y que hoy en día la prestación de los servicios bancarios y financieros ha adoptado novedosas formas de ejecución “...que escapa(n) actualmente a las regulaciones que posea la banca argentina a través del contralor del Banco Central de la República Argentina”⁵⁹.

Con claridad conceptual, el recurrente explica que las billeteras digitales pueden almacenar fondos que luego son utilizados para llevar a cabo pagos de diversa índole, así como recibir y enviar transferencias de dinero o bien obtener préstamos.

Señala asimismo que la billetera electrónica guarda los fondos que capta, “...mediante la apertura de una cuenta personal”. Aclara que el caudal dinerario puede provenir de las propias cuentas bancarias

⁵⁸ Así las Comunicaciones “A 6859” del 9/01/2020 y “A 6929” del 13/03/2020 entre otras.

⁵⁹ Considerando “ii” del fallo.



(transferencia desde una CBU —clave bancaria uniforme—) o virtuales del titular (transferencia desde una CVU —clave virtual uniforme—), o bien de terceros, e inclusive que puede proceder de depósitos en dinero efectivo realizados por el titular o terceros. De tal modo, una vez que el usuario cuenta con fondos disponibles en su “billetera digital”⁶⁰ tiene una amplia gama de alternativas, que van desde efectuar el pago de productos y/o servicios, hasta la posibilidad de ubicar los fondos a plazo fijo percibiendo una tasa de interés.

Por último, refiere que no pueden ignorarse los cambios aparejados por la tecnología, ni tampoco la utilización malintencionada que puede hacerse de los mismos, procurando una maniobra evasiva para burlar así la posibilidad de efectivizar medidas cautelares.

EL FALLO DE CÁMARA

Al inicio, el fallo resalta la finalidad y procedencia del instituto cautelar para luego centrarse en el tema principal.

Comienza entonces destacando que “...el patrimonio del deudor constituye la prenda común de los acreedores”⁶¹ y que todos los bienes que lo integran pueden “ser afectados al cobro de los créditos”⁶² con expresa cita del art. 743 del Código Civil y Comercial⁶³.

Coincide con el apelante en cuanto a la existencia de nuevos “...paradigmas, tendencias y cambios...”⁶⁴, generados a raíz de los avances tecnológicos, a los cuales “la justicia y sus operadores deben adaptarse”⁶⁵.

Hace luego una referencia a las “Fintech”, para exponer que “...son las que nuclean esta magnífica innovación, y si bien su actividad aún no se encuentra formalmente regulada por el Estado, no hay dudas acerca de su incidencia en diversos sectores de la economía (servicios financieros, de consumo, inmobiliarios, de pagos y transferencias, inversiones”⁶⁶.

Más adelante señala que desde diversas publicaciones, e inclusive publicidades, se hace referencia a todos los servicios que brindan estas billeteras digitales y cómo permiten el acceso al crédito:

60 En este caso se trataba de una billetera correspondiente a la firma “MercadoPago”

61 Considerando “iii”, párrafo tercero.

62 Ídem anterior.

63 Art.743 CCyC. -“Bienes que constituyen la garantía. Los bienes presentes y futuros del deudor constituyen la garantía común de sus acreedores. El acreedor puede exigir la venta judicial de los bienes del deudor, pero sólo en la medida necesaria para satisfacer su crédito. Todos los acreedores pueden ejecutar estos bienes en posición igualitaria, excepto que exista una causa legal de preferencia.”

64 “iv”, párrafo primero.

65 Ídem ant. Considerando erior.

66 Considerando “iv”, párrafo cuarto.



“... mediante tarjetas prepagas no bancarizadas —denominadas *contactless*— que, [...], si bien actúan en modo similar a las tarjetas de crédito o débito tradicionales, en realidad no lo son en tanto se les carga el dinero previamente para poder luego utilizarlo de manera online, o en comercios; sin que hayan pasado por el sistema financiero regulado por el Estado”(Párr. 6 del Considerando “iv”).

Prosigue en el análisis y sostiene, sin hesitación alguna, que gracias a las nuevas tecnologías las Fintech : “ ...pueden administrar, intervenir, participar y/o intermediar en la transacción de cosas en sentido jurídico, bienes, créditos, valores o activos de terceros; por lo que corresponde entonces deducir que los mismos resultan claramente embargables por los acreedores de aquéllos”⁶⁷.

Sustenta lo afirmado con base en concebir la naturaleza jurídica del dinero electrónico como un “bien inmaterial” a tenor de lo establecido por los arts. 15 y 16 de Código Civil y Comercial⁶⁸, por cuanto “...lo que caracteriza al dinero electrónico es ser la representación de un valor monetario —dinero de curso legal— que constituye un crédito contra su emisor” (Eraso Lomaquíz, 2016, p.29).

Concluye entonces por entender que no existe ninguna restricción, para la procedencia de la cautelar solicitada por el apelante — embargo — “...sobre las acreencias que el ejecutado pudiere tener en la entidad denunciada.”⁶⁹ y resuelve

dejar sin efecto lo resuelto en la instancia anterior, admitiendo que se trabé el embargo peticionado.

COLOFÓN

Lo interesante del fallo, no es solo la admisión de la medida cautelar, sino más bien la postura que adoptan los Camaristas respecto a la naturaleza jurídica del dinero electrónico.

⁶⁷ Considerando “iv”, párrafo séptimo.

⁶⁸ Art 15 del CCyC.: “Titularidad de derechos. Las personas son titulares de los derechos individuales sobre los bienes que integran su patrimonio conforme con lo que se establece en este Código.” Art 16 CCyC.: “Bienes y cosas. Los derechos referidos en el primer párrafo del art. 15 pueden recaer sobre bienes susceptibles de valor económico. Los bienes materiales se llaman cosas. Las disposiciones referentes a las cosas son aplicables a la energía y a las fuerzas naturales susceptibles de ser puestas al servicio del hombre”.

⁶⁹ Considerando “iv”, párrafo octavo.



Criptoactivos. Urgente Necesidad de su Regulación. Factibilidad y Efectividad de la misma

Por Martinez, Marisol

Colegio de Abogados de Morón

PONENCIA

Los criptoactivos constituyen fenómenos de la economía disruptiva, magnificados por la pandemia, de necesaria y urgente, aunque compleja y ¿paradójica? regulación.

Más allá de sus aparentes bondades y potencial generador de cambios, más temprano que tarde debe ser prevenido su potencial lesivo actual y no futuro ni sorpresivo.

INTRODUCCIÓN

Fenómenos de la economía disruptiva, surgidos con clara intención de operar en lo supraestatal, la onda expansiva de la pandemia los catapultó a un espacio central en el terreno tecnológico y digital.

Los entornos electrónicos y digitales como realidad fáctica, ofrecen el campo idóneo para el desarrollo de actividades que trascienden límites tradicionales, geográficos, políticos, jurídicos para irrumpir desde un rol protagónico en la escena cotidiana.

Estos instrumentos contrarios a la tradición jurídica, han sido efectivamente utilizados a efectos de financiar diversos tipos de mega emprendimientos y surgen en una versión virtual sofisticada.

Debe atenderse detenidamente a la real naturaleza de actividades que bajo el políticamente correcto rótulo de industrias “sustentables, energías limpias”⁷⁰, remedio a economías deficitarias e inflacionarias, escapan

70 Franchin, Fernanda R. El régimen jurídico de la criptomoneda. Revista de Derecho Bancario y Financiero - Número 52 - Febrero 2021, cita la postura del G20 luego de la Cumbre realizada en Osaka del 29/06/2019, en el sentido de no constituir las criptomonedas una actual amenaza a la estabilidad monetaria, y que la innovación tecnológica, posee la potencialidad de provocar cambios beneficiosos en la economía. Si bien aclararon encontrarse atento a los riesgos relacionados con la protección de los consumidores y los inversores, la lucha contra el blanqueo de capitales (AML) y la lucha contra la financiación del terrorismo (CFT).

a controles y estándares conforme los cuales se encuentra organizada la vida en sociedad actualmente.

Los criptoactivos surgieron en 2008, registrando un amplio desarrollo en los últimos años, y con una rentabilidad incrementada en un 500% durante el 2020.⁷¹ Del mismo modo se expusieron a abruptas caídas durante la reiterada pandemia que vive la humanidad.

Asistimos en el presente contexto, al repentino protagonismo y monopolio fáctico del expediente digital, el paso de una dubitativa firma electrónica a la firma digital, de las infinitas faltas de confianza en la presentación de documentación digitalizada al definitivo reemplazo sin dudas por archivos digitales, etc. lo que removiera muchas incertezas, inseguridades, sesgos, prejuicios, miedos para terminar comprobando la realidad fáctica de la existencia del criptoactivo y su omni presencia sucesiva para imponernos su consideración y operación desde lo jurídico.

DESARROLLO

Estos resultantes tecnológicos actualmente se encuentran regulados en varios países.

Las criptomonedas han sido definidas como unidades digitales creadas mediante un cálculo matemático cuyo sistema está basado en internet y se utiliza como medio de cambio o forma de valor digitalmente almacenado.

La criptomoneda, suele ser presentada como presunta solución a la carga económica que representa la necesidad de un tercero confiable que, certifique las transacciones o la autenticidad de la moneda, proponiendo sustituir la garantía estatal, bancaria o de cualquier tercero, por un conjunto de pruebas criptográficas que constituyen la Blockchain” o “Cadena de Bloques”.

Asimismo se alude a su potencial elusivo de los procesos inflacionarios, ya que el criterio de emisión de nuevas unidades monetarias, se encontraría prefijado. Así, Bitcoin, por ejemplo, promete generar 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.

Se sustituiría la “confianza” o la “autoridad tradicional” por una verificación de información pretendidamente inmutable y ordenada que en ella se registra (tecnología criptográfica -Blockchain).

⁷¹ Frers, Juan. Cómo están reguladas las criptomonedas en distintas partes del mundo. El Cronista.com, 03/04/2021

A su vez esta condición determina una mayor dependencia de la confianza en la criptomoneda, atenta la carencia de curso legal.

Dentro del desconcierto y la imperiosa necesidad de encuadre jurídico por la comunidad, advertimos distintas perspectivas de conceptualización, regulación y fiscalización de estas nuevas y disruptivas unidades.

Pretensión de conceptualización

Son diversos los enfoques:

1) Sistema monetario. Moneda.

Un sistema monetario sería el conjunto de normas conforme el cual una “moneda representativa” circula como medio de pago.

La introducción del concepto de moneda como medio de cambio, permitió superar el trueque, instalándose como común denominador para establecer las relaciones de cambio.

A su vez, el concepto jurídico del dinero tampoco es unívoco, sino que varía de acuerdo se ponga el acento en la circulación forzosa, la emisión monopolizada por el Estado, ampliándose para incluir títulos valores en tanto cancelatorios de obligaciones, o la moneda extranjera.

Desde este punto de vista, corrientes económicas de corte liberal con relación al concepto de centralización bancaria de la emisión y curso legal monetarios, entienden al fenómeno del cripto activo como activos monetarios optables por los ciudadanos.

La facultad de emisión tradicional pone en manos del Estado la posibilidad de emisión sin respaldo, determinación de precios y posibilidad de su distorsión.

El criptoactivo, goza de aptitud de atesoramiento, de capitalización, de poderoso instrumento de financiación y movilización de la economía.

Nuestro sistema constitucional prevé la facultad del Congreso de la Nación de hacer sellar la moneda (art. 75 inc. 11 y art. 126 de la Constitución Nacional), encontrándose prohibida expresamente la delegación de esta potestad (art. 76 CN) relacionada con la garantía de propiedad (art. 17 CN).

La propia delegación en el BCRA, se encuentra reñida con tal garantía estricta.

En nuestro país no pueden ser consideradas monedas strictu sensu ni desde el punto de vista de su emisión, ni tampoco desde su carencia de curso legal.



2) Divisa Extranjera

Parte de la doctrina entiende no existir impedimento alguno a fin que, el ordenamiento jurídico argentino, le otorgue a las criptomonedas la categoría de divisas extranjeras, aplicándole en consecuencia su normativa⁷².

3) Títulos valores

La oferta inicial al público (ICO: Initial Coin Offering) para recaudar fondos destinados a invertirlos en tokens para la emisión de criptomoneda, ha dado oportunidad a la Comisión Nacional de Valores para expedirse acerca de su carencia de regulación específica por el organismo, y a manifestar “bajo el marco de lo dispuesto por el cap. 6, tit. V, del Libro tercero del Código Civil y Comercial de la Nación y el art. 2º de la ley de Mercado de Capitales 26.831, dependiendo de las particularidades de cada caso y de cómo cada ICO es estructurado, podríamos encontrarnos ante valores negociables cuya emisión por oferta pública en la República Argentina debe ser materia de autorización por parte de esta Comisión...En tales casos, de no solicitarse y no obtenerse autorización previa... podría generar responsabilidades tanto administrativas como penales para los sujetos involucrados”. El Código Civil y Comercial de la Nación, en su Libro Tercero, Derechos Personales, dentro del Título V: Otras fuentes de las obligaciones, contiene un capítulo 6º.: Títulos Valores, dentro de cuya regulación se atiende a la libertad de creación, y condiciones relativas a la emisión, oferta, registro, depósito y circulación.⁷³

Con la habilitación de los artículos 1820 y 1850 del CCCN, sería factible llevar un “Registro Especial de Activos Digitales”, a fin de registrar la creación de las criptomonedas, sus circunstancias, sus características, valoración inicial y cualquier otra circunstancia que sea de utilidad para su utilización en contratos cuyo objeto sea la transferencia de bienes inmuebles⁷⁴.

72 Franchin, Fernanda Regina. El régimen jurídico de la criptomoneda. Revista de Derecho Bancario y Financiero - Número 52 - Febrero 2021, 17-02-2021.

73 Rapoport, Diego A.- Morrone, María de los A.- Civallo, Marcela F. Las criptomonedas y el dilema de su naturaleza jurídica: ¿Valores negociables? ¿Bienes? ¿Reserva de valor? ¿Puede calificarse como oferta pública? Algunas cuestiones tributarias. LXXIII Encuentro de Institutos de Derecho Comercial de Colegios de Abogados de la Provincia de Buenos Aires.

74 Bordicelli, A.D.- Lopez, M.C.- Segovia, M.C.; La Utilización de Criptomonedas en el Mercado Inmobiliario ...La Creación De Un Registro Especial De Activos Digitales. Tema 3: Tokenización de Inmuebles y la Teoría General De Los Títulos, Valores y De Crédito. Jornada Notarial Bonaerense, Tandil 2019. Por Delegación Morón. La expansión tecnológica implicará grandes cambios en el negocio inmobiliario tradicional, por ello debemos afianzarnos en nuevos conceptos que llevará a este negocio a su apertura a nivel global y no regional como estamos acostumbrados.

Las autoras refieren a la “tokenización de inmuebles” a través de las anotaciones inmutables



4) Bienes. Bienes inmateriales. Cosas.

De acuerdo la nomenclatura del Código Civil y Comercial de la Nación, que sigue los lineamientos del Código Civil de Vélez Sarsfield en este punto, las criptomonedas constituirían bienes, no encontrándose conteste la doctrina si cosas o bienes inmateriales, conforme artículo 16 CCCN.

De características electrónicas, individualizable en el ciberespacio mediante una gráfica con un símbolo, nombre, y tipografía determinada, estos criptoactivos se almacenan en cadenas de bloques con existencia exclusivamente digital, y donde se lleva el registro de pertenencia de cada dirección pública o persona.

Inclusive su circulación se realiza a través de “billeteras”, “monederos” o wallets, especie de pantalla o navegador.

Se ha expresado que respecto del “Bitcoin” o el “Solarcoin”⁷⁵, si bien se puede afirmar que no son cosas, por cuanto no son bienes materiales, se les aplicaría su régimen, al ser equiparables a la energía de acuerdo a lo normado por el artículo 16 CCCN.

Como bienes constituidos por “bits” obtenidos mediante la resolución de algoritmos informáticos, asimilándose la informática a la energía, desde este punto de vista también se sostiene que es una cosa, ya que esas disposiciones se aplican a la energía⁷⁶. Esta definición tendría consecuencias en el ámbito de las disposiciones del Código Penal.

Por otra parte las implicancias se extienden al contrato del que pudieran considerares objeto.

Si se la considerara cosa podría ser objeto del contrato de compraventa (art. 1123 CCCN). De no considerarse cosa, procederían las normas del contrato de cesión (art. 1614 CCCN), amén de la remisión a las reglas de la compraventa, la permuta o la donación contenidas en el mismo cuerpo codificado.

5) Patrón de medida y contratación

Las criptomonedas, constituyen un sistema de signos fundados en una unidad fundamental, a través de la cual resultarían cuantificables bienes y servicios en el mercado.

en “Blockchain” y en el caso de una transacción inmobiliaria con criptomoneda, consideran, teniendo en cuenta la asimilación actual de la criptomoneda con la naturaleza jurídica de BIENES INMATERIALES, a la permuta como el contrato pertinente.

⁷⁵ Franchin, Fernanda Regina, obra citada, quien sostiene que 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.

⁷⁶ Stiglitz, Gabriel y Stiglitz, Rosana, “Responsabilidad civil por daños derivados de la informática”, La Ley, 1985-E, 995.



A su vez son medidas en relación a monedas fiduciarias, tales como el dólar estadounidense o euro, no existiendo un ente oficial que haga públicas estas “cotizaciones”, sino promedios basados en datos de precios publicados por exchangers globales.

6) Medio de pago

A tenor de las disposiciones sobre el pago, artículos 865 y concordantes del Código Civil y Comercial de la Nación se las ha considerado como instrumentos de pago, tomando la entrega de la criptomoneda como cumplimiento del objeto de la obligación.

Si bien voluntariamente el acreedor puede aceptar criptomonedas en reemplazo de lo que le fue prometido en pago (arts. 942 y 943 CCyC), dado el principio de identidad del objeto e integridad del pago en nuestro derecho, no se tratará del pago propiamente dicho, sin perjuicio de la función cancelatoria de la operación.⁷⁷

7) Opción de inversión.

Dentro de las múltiples conceptualizaciones de estos instrumentos también se expresa: “en su esencia económica, no difiere de un fondo de inversión”⁷⁸. En tanto su valor está determinado por el precio individual ponderado de los activos que posee y que conforman su respaldo, creado, para que las fracciones o partes de ese “fondo de inversión” sean negociables y tengan poder cancelatorio de obligaciones, en caso de ser aceptadas por las partes.

La oferta inicial de criptomonedas (ICO), como método para recaudar fondos mediante el uso de criptomonedas, parangonada con una IPO (oferta pública inicial), induce, empero, confusiones.

Así la oferta pública tradicional en un Mercado de Valores aplica en general a negocios establecidos que venden acciones de propiedad parcial de la empresa como una forma de recaudar fondos. Las ICO son utilizadas principalmente como un mecanismo de recaudación de fondos que permite recaudar fondos para proyectos en etapas muy tempranas. Los inversionistas adquieren tokens sin ningún correspondencia con propiedad de la compañía⁷⁹.

⁷⁷ Rubín, Miguel E. Las criptomonedas.... quien asimismo considera a tenor de lo normado por el art. 765 CCCN, en tanto los “criptoactivos, para nuestro Derecho, no son moneda (ni argentina ni extranjera) la obligación de pagar en criptomoneda sólo puede cumplirse pagando con criptomoneda de la misma especie (arts. 865 siguientes y concordantes CCyC)”

⁷⁸ Loprete, Marcelo. Bitcoin, Libra, Activo Marcos Paz, y... ¿más allá la inundación?. Abogados.com, 01/08/2019.

⁷⁹ <https://academy.binance.com/es/articles/what-is-an-ico>

En general se trata de proyectos que aún no han desarrollado completamente su plataforma, producto o servicio blockchain. El pago generalmente se realiza con Bitcoin o Ethereum, pero en algunos casos, también se acepta la moneda fiduciaria.

Si bien los inversores participan en las ICO con la expectativa de que la compañía tendrá éxito, impulsando la demanda y haciendo que los tokens subyacentes aumenten de valor.

Para la CNV, entre los riesgos que enfrentan “todos aquellos que en nuestro país optan por invertir en ICO” están la “falta de regulación específica, volatilidad de precios y falta de liquidez, fraude potencial, inadecuado acceso a información relevante, proyectos en etapa inicial, fallas tecnológicas y de infraestructura y carácter transnacional de las negociaciones con ICO”. Asimismo el organismo ofreció un sitio de Internet⁸⁰, una dirección de correo electrónico de la Oficina de Atención al Inversor⁸¹ y una línea telefónica de acceso gratuito (0800-333-2683).

Pretensión de regulación

Las Criptomonedas, poseen protocolos que regulan su creación, su circulación, los métodos de validación etc.

Quien pretenda operar en el sistema adhiere y debe comprometerse con las reglas impuestas.

Sin perjuicio de ello, se ha estudiado la aplicación al fenómeno de las normas de los diversos sistemas jurídicos, se ha predicado la necesidad de una regulación especial, y, efectivamente, diversas normas nacionales e internacionales se han encargado del fenómeno.

Se ha llegado, desde la ponderación de las criptomonedas como herramienta contra la inflación a priori atribuida, a sostener que “toda reglamentación que, en el futuro, pretenda inhibir su uso u obligar a los particulares a posicionarse en monedas inflacionarias, podría ser considerada inconstitucional por infringir el art. 42 CN”⁸².

En Estados Unidos, si bien no a nivel federal, se encuentra regulado en algunos estados. Así el Estado de Nueva York en 2015 a través de la reglamentación de las agencias estatales habría sido el iniciador, y serían más de una treintena los estados que han impulsado legislación que acepta o promueve el uso de Bitcoin y la tecnología de contabilidad distribuida (DLT) blockchain, aprobada en algunos de ellos⁸³.

80 <http://www.cnv.gob.ar/web/secciones/denuncias.aspx> (Rubín, Miguel E. Las criptomonedas ...)

81 inversor@cnv.gov.ar (citado por Rubín, Miguel E. artículo citado)

82 Díaz Cisneros, Adriano P., “Bitcoin: El poder del consumidor”, citado por Rubín, Miguel E. Las criptomonedas... citado.

83 Rubín, Miguel E. artículo citado, autor del que se toma la información sobre legislación



La Directiva de la Unión Europea contra el blanqueo de capitales (5AMLD), del 10/01/2020 sería la primera regulación de las criptomonedas y los proveedores de servicios de criptografía, de acuerdo lo reporta Miguel E. Rubín.

Los mercados asiáticos han intensificado las regulaciones sobre criptoactivos a medida que buscan fortalecer el mercado comercial y atraer inversores institucionales⁸⁴.

Respecto de América Latina, México ha regulado los criptoactivos a través de su Ley Fintech (activos virtuales, asesoría financiera, crowdfunding y los pagos electrónicos).

Colombia, ya ha presentado proyectos y trabaja en un Registro Único de Plataformas de Intercambio de Criptoactivos (RUPIC).

En Alemania, en línea con esa preocupación, la Autoridad Federal de Supervisión Financiera (Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht o “BaFin”) emitió un informe para asesorar al público respecto de los criptoactivos, recordando que carecen de curso legal. Si bien dijo que la mera utilización de criptomonedas como sustituto del dinero en efectivo o dinero electrónico, o como objeto de las operaciones de cambio no está prohibida, aclaró que no es una actividad sujeta a autorización gubernamental.

El autor que seguimos en esta revisión del derecho comparado, sugiere reflexionar sobre la necesidad de reformar nuestra ley 25246 de Encubrimiento y Lavado de Activos de Origen Delictivo (y Código Penal), para incluir las maniobras ilícitas con criptoactivos y, además, procurar que se incorpore a quienes negocien con criptomonedas a la lista de personas humanas y jurídicas obligados a informar a la Unidad de Información Financiera (UIF) los hechos enlistados en el art. 21 de la misma ley.

Asimismo en imperdible artículo relata cantidad de desavenencias que resultaron en sendos fraudes e ilícitos, de acuerdo a la práctica judicial internacional ya registrados en el derecho comparado, y en particular en relación con la insolvencia⁸⁵.

En nuestro medio, por su parte, el 11/11/2020 fue presentado bajo el

extranjera.

84 Se tomaron medidas como: evaluación de las tecnologías que se están utilizando, vigilancia del mercado para la detección del comportamiento de abuso de mercado, directivas Conozca a su cliente (KYC), Lucha contra el lavado de dinero (AML) y Lucha contra el financiamiento del terrorismo (CFT) soluciones de detección que son típicas para la incorporación de clientes institucionales (citado por Rubín, Miguel E.).

85 Rubín, Miguel E. “Volviendo al futuro: las criptomonedas frente a la insolvencia en el Derecho Comparado (revista de casos)”. Las nuevas tecnologías en el derecho comercial. IADC libro anual 2019.



expediente 6055- D- 2020 un proyecto sobre “Marco regulatorio integral aplicable a las transacciones y operaciones civiles y comerciales de cryptoactivos. Creación”, ante la Cámara de Diputados.

Asimismo, en la Cámara de Diputados de la provincia de Misiones se presentó un proyecto de ley para regular el “ecosistema de criptomonedas” en octubre de 2020.

Se apunta como característica fuerte de algunas criptomonedas, la “*resistencia a la censura*”, y la premisa de que determinadas tecnologías no podrían ser reguladas en la práctica. Se trata de un rasgo que acompañó el surgimiento y desarrollo del fenómeno, el que no es per se aceptable⁸⁶.

El proyecto de ley 6055- D- 2020, de regulación de cryptoactivos, delimita en su artículo 1°. Su objeto y ámbito de aplicación a “las transacciones y operaciones civiles y comerciales de cryptoactivos, como medio de pago, ahorro o inversión, incluyendo a todo el ecosistema fintech, llevadas a cabo entre personas humanas, jurídicas privadas o públicas, sean residentes en el país o en el exterior, así como las disposiciones referidas a la protección, vigilancia, inspección y control de dichas transacciones y operaciones como también a todos los que participan en procesos de tecnología Blockchain, y los sujetos considerados por la presente Ley como entes operadores, dentro del territorio nacional”.

Su artículo 2° enuncia los principios con que se regiría el sistema: “principios de confiabilidad, inviolabilidad y reserva de la información, inclusión e innovación tecnológica y financiera, conforme a los usos y costumbres propios de la actividad, la promoción de la competencia privada y la cooperación internacional, la protección al consumidor, al medioambiente, la prevención del lavado de activos y el financiamiento del terrorismo, el derecho a la información, y otras actividades ilícitas”.

Luego su art. 3°. Incluye definiciones, entre la cuales interesa al presente la definición de:

“Cryptoactivos: Representación digital de valor en tanto activo financiero encriptado, definido por un protocolo computacional que puede ser objeto de comercio digital y cuya funciones son las de constituir un medio de intercambio y/ o pago, y/o una unidad de cuenta, y/o una reserva de valor, y/o herramienta de inversión financiera, y/o medio de financiación, que no posee curso legal y es de carácter descentralizado, estando su valor sujeto a la variación de precios dependiendo de la oferta y demanda en los mercados”.

86 iProUP | Economía Digital | Criptomonedas y leyes Ya hay tres proyectos para regular las criptomonedas en Argentina: ¿quiénes están detrás y qué buscan?, 27.11.2020.

Pretensión de tributación

Por su parte se han registrado iniciativas de la autoridad tendientes a la fiscalización de actividades con criptomonedas.

Así el Banco Central de la República Argentina (BCRA) requirió a las entidades financieras que nuclea información sobre clientes que hayan adquirido criptomonedas.

El endurecimiento de los controles cambiarios registrado en nuestro país en largos últimos años, habría provocado un refugio contra la inflación en el “cripto ahorro”.

Las asociaciones bancarias habrían solicitado al BCRA la postergación del plazo inicial para la entrega de información.

Asimismo, con fundamento en la ley 25326 de Protección de Datos Personales tramita un recurso de hábeas data colectivo ante el Juzgado Nacional en lo Contencioso Administrativo No. 10 a fin de que la autoridad monetaria elimine la información recolectada y/o, disocie los datos solicitados⁸⁷.

La ONG Bitcoin Argentina, entidad que valida el dato de las cuentas cripto abiertas en el país, sostiene que cuando se compran criptoactivos a través de un exchange se opera en blanco y el exchange pide información sobre el origen de los fondos aún cuando no se encontraría regulado. Los precios relativos del servicio de energía eléctrica en Argentina hacen al país atractivo para la minería de Bitcoins (BTC).

Sin embargo, no todo es principio de autonomía y libertad de contratación entre los criptoactivos, así la operatoria no escapa a normas del Código Civil y Comercial de la Nación; del Código Penal de la Nación; regulaciones emitidas por la Unidad de Información Financiera (UIF), la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP) y el BCRA, registrándose numerosas disposiciones de tales organismos aplicables.

El impuesto a las ganancias alcanzaría el rendimiento de la enajenación de las monedas digitales, y respecto del impuesto sobre los bienes personales, la ley No. 23.966 exime a los bienes inmateriales, encontrándose discutida esta entidad para los criptoactivos.

Las transferencias de criptomonedas, en principio, no se encontrarían alcanzadas por el Impuesto de Sellos, en tanto no se encontraren vinculadas a actos o contratos previstos por los Códigos Fiscales respectivos como hecho tributario.

⁸⁷ Macome, Valentina. ¿Ley de Criptoactivos en el horizonte?. Abogados.com, 30/04/2021.

CONCLUSIONES

Hallamos en la figura un centro de imputación de posiciones extremas, entre quienes ven la realización de la utopía de Adam Smith, y el meteorito que pudo terminar con los dinosaurios, y quienes no ven más que una sofisticada e ingeniosa nueva forma de fraude, una herramienta necesaria a actividades ilícitas.

Hitos como el trueque, la aparición de la moneda, la irrupción de los títulos de créditos que en su desarrollo compitieron en funciones con la moneda inclusive, nos recuerdan algunas de las características con que se presenta el fenómeno de los cripto activos.

Aún es temprano para determinar el papel que la historia le depara.

Lo que debe evitarse es llegar tarde para prever el fraude, la delincuencia, la desprotección del consumo.

Así a quienes el derecho impone el deber de previsión, incumbe la revisión de la regulación de nuestros tipos penales a fin de evitar su inaplicabilidad por notas de su presentación.

La dificultad en aprehender el fenómeno no debe conducir a equívocos acerca de la primacía del principio de la realidad jurídica perfectamente procedente en cuanto a la normativa tutelar del consumidor, la que no se encuentra excluida por ninguna otra norma.

Así como se han impuesto en la realidad virtual, la inexistencia de normas que las encuadren no permite concluir sobre su total falta de regulación.



**Los consumidores hipervulnerables en época de pandemia.
Incumplimiento contractual: frustración de la finalidad del contrato.
Cuestiones de capacidad: protección de personas incapaces y
vulnerables**

Por Dra. Ángela Williams⁸⁸

Dra. Vanesa Verónica Dedico⁸⁹

Colegio de Abogados de San Martín

PONENCIA:

La aplicación del instituto de la frustración de la causa del contrato, para solucionar cuestiones con consumidores hipervulnerables en época de pandemia, surte los siguientes efectos: se produce la resolución del vínculo contractual; y dado que, el evento frustrante es técnicamente ajeno a la conducta de las partes, no da lugar a resarcimiento. Las prestaciones cumplidas, quedarán firmes. Las prestaciones pendientes, son exigibles. Las partes podrán acordar la compensación de gastos.

Es importante que, tanto los árbitros en su caso, como los jueces, contemplen en sus decisiones criterios pragmáticos, teniendo en cuenta la buena fe, el valor de las prestaciones en juego, y la necesidad de mantener el equilibrio intrínseco del sinalagma.

En cuanto a las reglas de interpretación propias del Derecho del Consumidor, cabe agregar que, el art. 3 de la LDC sienta una de las reglas más importantes del derecho del consumidor y el mismo principio aparece reforzado en el art. 1094 del CCyC. Esto se aparta de los principios generales sobre la interpretación de los contratos prevista en los arts. 1061 a 1068 CCyC. En lo esencial, se deja de lado lo dispuesto en el art. 1061 del CCyC) que dispone que los acuerdos deben interpretarse conforme la voluntad de las partes

I) Introducción

El Derecho del Consumo adquirió rango constitucional en nuestro país

⁸⁸ Secretaria Juzgado Civil y Comercial N° 6 de Morón

⁸⁹ Secretaria Asesoría de Incapaces de Morón

a partir del año 1994, en el que se adicionó a la Primera Parte de la Constitución Nacional, el art. 42 que reza: “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...”.

Por ende, el art. 42 pone como eje a la noción de relación de consumo en torno a la cual se especifican ciertos derechos sustanciales e instrumentales de los consumidores y usuarios, a saber: a) Trato digno y equitativo; b) Protección de la salud, seguridad e intereses económicos; c) Información adecuada y veraz; d) Libertad de elección.

Por otra parte; las consecuencias fundamentales de este nuevo status constitucional, son: a) que la Constitución Nacional es la fuente principal del derecho del consumidor; b) que los derechos reconocidos en el art. 42, CN son operativos, por lo que no requieren de una ley que los instrumente; c) que en el caso de colisión de esta norma con otras reglas legales corresponderá aplicar las soluciones que la rigen; y d) que la protección del consumidor a partir de su recepción en el art. 42, CN ha sido elevada a la categoría de principio general del derecho.

La ley Nacional que regula las relaciones de consumo es la ley 24.240 modificada por las leyes 24.787, 24.999, 26.361, 26.994, 27.250 y 27.077, y decr. Nac. 270/97 y 2089/93.

Conforme a la letra del actual artículo 1º de la ley 24.240: “Se considera consumidor a la persona física o jurídica que adquiere o utiliza, en forma gratuita u onerosa, bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social.

Queda equiparado al consumidor quien, sin ser parte de una relación de consumo como consecuencia o en ocasión de ella, adquiere o utiliza bienes o servicios, en forma gratuita u onerosa, como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social”.

A su vez, el art. 2º, LDC, cuando define al proveedor:

“Es la persona física o jurídica de naturaleza pública o privada, que desarrolla de manera profesional, aun ocasionalmente, actividades de producción, montaje, creación, construcción, transformación, importación, concesión de marca, distribución y comercialización de bienes y servicios, destinados a consumidores o usuarios. Todo proveedor está obligado al cumplimiento de la presente ley.

No están comprendidos en esta ley los servicios de profesionales liberales que requieran para su ejercicio título universitario y matrícula otorgada por colegios profesionales reconocidos oficialmente o autoridad faculta-



da para ello, pero sí la publicidad que se haga de su ofrecimiento. Ante la presentación de denuncias, que no se vincularen con la publicidad de los servicios, presentadas por los usuarios y consumidores, la autoridad de aplicación de esta ley informará al denunciante sobre el ente que controle la respectiva matrícula a los efectos de su tramitación”.

De lo expuesto, y lo que subyace en las normas de protección y defensa de los consumidores, se han extraído diversos elementos que valorados de manera desigual por la doctrina, han motivado diferentes enfoques. Ellos son:

- 1) Destino final. Hace referencia al hecho objetivo que supone retirar al producto del mercado, lo que es igual al fin de la vida económica del bien o su salida de la cadena de valor (destinatario final fáctico).
- 2) Beneficio propio. Pone el acento en lo subjetivo: el uso privado, doméstico o no profesional del bien (destinatario final económico).
- 3) Vulnerabilidad. Se identifica con la debilidad o hiposuficiencia del consumidor, que puede ser económica, técnica, jurídica, informativa o material; e implica un desequilibrio entre las partes de la relación de consumo que merece ser atendido (favor debilis).

Al respecto, el jurista Dante Rusconi expresa que, no solo se deberá demostrar que la cosa no se encuentra destinada a ser incorporada a la actividad comercial o productiva del empresario, sino también que la adquisición del bien se realizó fuera de la esfera de la actividad profesional de aquél. Agrega que, de lo contrario, se puede desvirtuar el sistema legal, extendiéndose el amparo a supuestos que choquen contra la protección que se le debe brindar al débil.

Desde otra perspectiva, la jurisprudencia tiene dicho que se puede admitir el carácter de usuario o consumidor de la persona jurídica, cuando pese a que los bienes o servicios son adquiridos dentro del ámbito de la actividad de la empresa, ellos no se relacionan ni directa ni indirectamente con el objeto propio de aquella (CNCom, sala C, autos “Tacco Calpini S.A. c. Renault Argentina S.A. y otro”, 06.03.2009).

Por su parte, el jurista Luis Covi, si bien coincide en general con la posición de Rusconi, manifiesta que normativamente sería aconsejable proteger al “débil”, independientemente de que este sea empresa o persona física. Expresa que “la pequeña empresa debería verse beneficiada por la aplicación de normas sobre cláusulas abusivas cuando se ve obligada a ceder a las imposiciones de grandes corporaciones”.

Esta tesis no es compartida por todos. Se ha dicho, en sentido contrario, que el espíritu de la LDC es proteger a las personas físicas y no a las jurídicas (CNCom., sala D, autos “Sierra Gas SA c. EG3 SA”, 18/12/2006).



La Sala F de la Cámara Nacional en lo Comercial rechazó la invocación de la protección consumeril por parte de una sociedad comercial contra la cual se había iniciado ejecución prendaria, puesto que los fondos de la operación iban destinados a completar el precio de compra de maquinaria agrícola (que se integraba al proceso de producción de la demandada) y que, sumado a su carácter de sociedad comercial, conducía inevitablemente a considerar excluida la invocación del Estatuto del Consumidor. En otras palabras, el préstamo de dinero no tenía como finalidad el consumo, sino que fue integrado a un proceso productivo. Concretamente la demandada había invocado el art. 36 LDC buscando contrarrestar el pacto de prórroga de la jurisdicción que se había celebrado a favor del acreedor, CNCom., sala F, autos “Fideicomiso de Recuperación Crediticia Ley 12.726 c. Rodi Jorge y otro, s/ejecución prendaria”, 07/06/2011.

Decisión similar tomó la misma Sala en varios casos, entre ellos los autos “Provincia Leasing SA c. Comercializadora Interprovincial SRL” (17/02/2011), donde los bienes dados en leasing fueron destinados a un proceso productivo por parte del demandado, lo que le impedía la invocación de la LDC.

Juristas tales como el Dr. Demetrio Chamatropulos y la Dra. María Agustina Nager, sostiene que, aun cuando la LDC se orienta a nivelar un estado de desequilibrio entre los polos de la relación de consumo (consumidores - profesionales), y que esta condición puede darse también entre proveedores, sería exceso extender su aplicación a los supuestos del empresario débil, aunque reconocen que éste merece una tutela diferenciada.

II) Análisis de la cuestión

La Resolución N° 139/20 de la Secretaría de Comercio Interior, establece que:

“Se consideran consumidores hipervulnerables a las y los consumidores que se encuentren en otras situaciones de vulnerabilidad en razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, que provoquen especiales dificultades para ejercer con plenitud sus derechos como consumidores

Asimismo, podrán ser considerados consumidores hipervulnerables las personas jurídicas sin fines de lucro que orienten sus objetos sociales a los colectivos comprendidos en el presente artículo”.

Esto a los fines de lo prescripto en el art. 1° de la ley de Defensa del Consumidor.



Además, esta nueva normativa indica que “podrán ser considerados consumidores hipervulnerables las personas jurídicas sin fines de lucro que orienten sus objetos sociales a los colectivos comprendidos en el presente artículo”.

A la vulnerabilidad de ser consumidor se le adiciona otra vulnerabilidad, por caso ser niño, niña o adolescente, persona con discapacidad o enfermedades, turista, migrante o por cuestiones de género, entre muchas otras. Estos serían los considerados hipervulnerables.

A este punto, cabe aclarar que, con relación a los menores, el nuevo Código Civil y Comercial, establece un régimen de capacidad progresivo, refiriéndose ahora a menores de edad para aquellos que no hubieren cumplido los 18 años, y adolescentes, para aquellos ubicados entre los 13 y los 18 años (quienes ahora pueden incluso decidir a partir de los 16 años sobre tratamientos a realizarse sobre su propio cuerpo, siempre que no afecten gravemente su salud), ello conforme la distinción ya establecida en la ley 26.061 de Protección integral de niños, niñas y adolescentes, y basándose en instrumentos internacionales tales como, la Convención sobre los Derechos del Niño con jerarquía constitucional, los Principios de Naciones Unidas para la Protección de los Enfermos Mentales y para el Mejoramiento de la Atención de Salud Mental, la Declaración de Caracas de la Organización Panamericana de la Salud y de la Organización Mundial de la Salud, para la Reestructuración de la Atención Psiquiátrica dentro de los Sistemas Locales de Salud, y los Principios de Brasilia Rectores; para el Desarrollo de la Atención en Salud Mental en las Américas.

Asimismo, los adolescentes de entre 13 y 17 años podrán iniciar denuncias contra las empresas de productos y servicios si están disconformes con alguna prestación. La medida fue dispuesta por la Secretaría de Comercio Interior a través de la resolución 236/21 publicada en el Boletín Oficial. La norma contempla un dispositivo de actuación específico, por su calidad de consumidores hipervulnerables, frente a los reclamos presentados ante la Ventanilla Única Federal (VUF), el Servicio de Conciliación Previa en las Relaciones de Consumo (COPREC) y el Sistema Nacional de Arbitraje de Consumo (SNAC); y también brinda la posibilidad de que participen en las audiencias con un abogado de la niñez.

Y para las personas con discapacidad mental, el citado Código ha adoptado el paradigma de autonomía personal y capacidad progresiva; partiendo de la afirmación que, a capacidad es la regla, y su limitación es excepcional, por lo que la presunción de capacidad se mantiene, aún en supuestos de internación (Conf. Art. 22, 23 y 31 C.C.). La declaración de incapacidad supone ahora una absoluta ineptitud para relacionarse con el medio y expresar la voluntad. A las personas con capacidad restringida (Conf. Art. 32 CC) tales como, mayores de trece (13) años que sufren



de adicciones y/o alteraciones mentales permanentes de gravedad suficiente como para poder dañarse a sí mismas o a sus bienes, se les designa un curador o un sistema de apoyos multidisciplinario, al igual que a los inhabilitados, o sea a los pródigos (arts. 48 a 50 CC), y para los incapaces de ejercicio, se elimina la distinción entre incapaces absolutos y relativos, disponiendo el artículo 24 que son incapaces de ejercicio: “a) las personas por nacer; b) la persona que no cuente con la edad y grado de madurez suficiente; c) la persona declarada incapaz por sentencia judicial, en la extensión dispuesta en esa decisión”, ellos actúan a través de sus representantes, tutores o curadores.

Es así que, hipervulnerabilidad estaría asociada a una situación social, fáctica y objetiva, que agrava la vulnerabilidad de la persona física consumidora, por circunstancias personales aparentes o conocidas por el proveedor. Además, sería especial esta situación de hipervulnerabilidad si, condicionada a una situación personal del consumidor, sea permanente, como por ejemplo una incapacidad, o temporaria, como una enfermedad, la edad, el embarazo o el analfabetismo. O en los supuestos de las mujeres o personas de identidad transgénero.

En otro orden, la protección del consumidor abarca la garantía de una norma mínima de seguridad y adecuación de los servicios y productos, nacionales o importados, comercializados en los mercados abiertos del presente. Ante estos escenarios, las respuestas jurídicas para las relaciones de consumo transfronterizas deben provenir de los ámbitos regionales e internacionales, propendiendo a la protección del llamado consumidor transfronterizo, que bien puede ser tenido como hipervulnerable.

Quedarían entonces comprendidos dentro de esta categoría los adultos mayores, migrantes, ex combatientes, las personas en situación de vulnerabilidad socioeconómica, los turistas, miembros de comunidades indígenas, del colectivo LGBT+, habitantes de barrios populares o zonas rurales, y desde luego las personas con discapacidad, cuya situación hubiese sido especialmente vulnerada en la relación de consumo.

Y, uno de los modos en que puede llevarse a cabo la resolución de dicha contratación, teniendo en especial consideración la actual situación de pandemia, es mediante la aplicación del art. 1090 del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, que introduce en nuestra legislación el instituto de la frustración de la causa-fin del contrato, y que reza:

“La frustración definitiva de la finalidad del contrato autoriza a la parte perjudicada a declarar su resolución, si tiene su causa en una alteración de carácter extraordinario de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración, ajena a las partes y que supera el riesgo asumido por la que es afectada. La resolución es operativa cuando esta parte comunica su declaración extintiva a la otra. Si la frustración de la finalidad es



temporaria, hay derecho a resolución sólo si se impide el cumplimiento oportuno de una obligación cuyo tiempo de ejecución es esencial”.

Este instituto nace en Europa a fines del siglo XX, en Francia junto con el surgimiento del abuso del derecho, en Alemania, España e Inglaterra. En el derecho anglosajón con los llamados “casos de la Coronación”, acontecidos en 1902, cuando numerosos súbditos británicos alquilaron habitaciones, ventanas y balcones, en edificios con vista a la calle en la que había de realizarse el desfile de la Coronación de Eduardo VII, y que fue cancelado a causa de la enfermedad del rey. En dichos casos, aparecía nítidamente operada la frustración del fin del contrato, porque el acreedor al uso de la habitación, ventanal o balcón ya no tenía interés en usarlo. En los supuestos en que el derecho del locador al precio pactado no se hubiese perfeccionado antes de que el desfile se cancelara, los tribunales ingleses hicieron lugar a la liberación del locatario, respecto al pago del alquiler.

En nuestro derecho, la causa-fin frustada es la pauta esencial en que se basa este singular modo de extinción, entendida como el motivo concreto del acto en cuestión, y como elemento diferente al objeto del contrato (es decir, la obligación en él originada); supone ciertamente, un contrato válido, con prestaciones equilibradas, de cumplimiento posible, pero afectado en su finalidad por un evento sobreviniente, imprevisible y ajeno a la conducta de las partes.

Siendo cinco los elementos constitutivos contrato: capacidad, consentimiento, objeto, causa y forma. Al estar afectada la causa, elemento esencial, éste se torna ineficaz.

La figura de la frustración de la causa del acuerdo contractual, se refiere a la afectación del rol de cooperación debida entre las partes por no poder alcanzarse el motivo determinante de la celebración. No existe imposibilidad de cumplimiento sino afectación del interés de una de las partes por una causa que le es ajena, aunque se cumpliera para esa parte ha perdido su utilidad, pues no puede satisfacer el interés que perseguía

La doctrina y la jurisprudencia argentinas la han reconocido y diferenciado de los institutos del caso fortuito y de la imprevisión.

En el caso de la Pandemia existen cuantiosos supuestos de aplicación de este instituto, que fue muy discutido en la Doctrina Argentina, y hoy en día cuenta con una norma positiva para su aplicación.

La Pandemia y su despliegue sobre el contrato afecta el interés de la parte en la continuidad del negocio jurídico, no obstante ello, los contratantes pueden, de común acuerdo, optar por continuarlo o reajustar sus prestaciones ya que este hecho extraordinario que afecta la base del negocio jurídico y la previsibilidad contractual, por lo que según



las circunstancias del caso concreto se podrá renegociar en buena fe o bien extinguir el contrato.

Más allá de lo expuesto, en el segundo párrafo del Art 1° de la citada Resolución 139/20, encontramos la aparición de la persona jurídica como sujeto hipervulnerable; empero para la doctrina más aceptada, ello comprende una limitación, que hace a la esencia del objeto de dicha persona, el cual debe responder a la búsqueda de una meta “sin fines de lucro que orienten sus objetos sociales a los colectivos comprendidos en el presente artículo”. Desde este punto de vista, podrían ser incorporadas las Asociaciones, que a diferencia de las sociedades comerciales, tienen un fin altruista, persiguiendo de forma desinteresada la búsqueda del bienestar general social, y las Fundaciones, pues su patrimonio se halla afectado a un objetivo de bien común o a una determinada finalidad social benefactora.

III) Conclusiones

Como corolario, cabe destacar que, la aplicación del instituto de la frustración de la causa del contrato, para solucionar cuestiones con consumidores hipervulnerables -cuyas características ya han sido detalladas supra- en época de pandemia, surte los siguientes efectos: se produce la resolución del vínculo contractual; y dado que, el evento frustrante es técnicamente ajeno a la conducta de las partes, no da lugar a resarcimiento. Las prestaciones cumplidas, quedarán firmes. Las prestaciones pendientes en cambio, son exigibles, de modo que deberán efectuarse los pagos que correspondan por lo devengado y aún no saldado antes de la citada frustración; y si se hubiere entregado un adelanto en razón de una prestación que ya no podrá ser cumplida, corresponderá su restitución. Las partes podrán acordar la compensación de gastos.

Es importante que, tanto los árbitros en su caso, como los jueces, contemplen en sus decisiones criterios pragmáticos, teniendo en cuenta la buena fe, el valor de las prestaciones en juego, y la necesidad de mantener el equilibrio intrínseco del sinalagma.

Con relación a las empresas pueden ser tenidas por consumidoras, por el momento, sólo en caso de utilización los bienes adquiridos para uso propio -distinto del de su incorporación a la cadena de producción-, con lo que a futuro, dada la diversidad de casos que se presentan entorno a esto, posiblemente se deba estudiar la situación con mayor detenimiento, y dictarse nuevas normas que permitan hacer las distinciones necesarias para evitar posiciones dominantes de empresas de mayor envergadura sobre las más pequeñas.



Asimismo, con respecto a la consideración de la empresa como un consumidor hipervulnerable, obrando como límite la finalidad de la misma, según la doctrina más autorizada, estaría dada, no por el hecho de ser persona jurídica ni tampoco por el tipo social adoptado, sino por el colectivo de sujetos que representan y por el objeto social que las enmarca: representan, protegen y promocionan derechos de consumidores hipervulnerables; lo cual parece razonable ya que de este modo se ve facilitada su actuación en pos de la protección de los grupos sociales menos aventajados.

Las empresas tienen la responsabilidad de respetar los derechos humanos reconocidos en los pactos, tratados y declaraciones internacionales: la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y sus dos protocolos facultativos, y los principios relativos a los derechos fundamentales establecidos en la Declaración de la Organización Internacional del Trabajo relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajador.

Por último, y en cuanto a las reglas de interpretación propias del Derecho del Consumidor, cabe agregar que, el art. 3 de la LDC sienta una de las reglas más importantes del derecho del consumidor. Esta norma establece que las situaciones dudosas deben resolverse aplicando el criterio más favorable al consumidor o usuario. El mismo principio aparece reforzado en el art. 1094 del CCyC.

Estos textos se apartan de los principios generales sobre la interpretación de los contratos prevista en los arts. 1061 a 1068 CCyC. En lo esencial, se deja de lado lo dispuesto en el art. 1061 del CCyC) que dispone que los acuerdos deben interpretarse conforme la voluntad de las partes.

Cuando se trata de relaciones de consumo, prevalece la conveniencia del usuario consumidor sobre la intención real o presunta de la parte.

A esta cuestión, se vincula la inclusión en nuestro ordenamiento de los tratados y convenciones internacionales en el art. 75 Bis, que llevaron a que algunos autores, tales como Néstor Sagües comiencen a pensar que nuestra CN es una Constitución ‘convencionalizada’, es decir, a un texto que es permanentemente reformulado y actualizado por las modificaciones que a su vez tienen los tratados y convenciones que están incluidos en ella, y que fluctúa en función de los tratados internacionales que suscriba el Estado y la jurisprudencia de la Corte IDH, que generalmente está ampliando los cupos de derechos de la CADH, lo que supone una constante actualización normativa y jurisprudencial.

Sin embargo, el principio pro homine, resulta ser el gran moderador, que fija una clara regla hermenéutica en favor de los derechos humanos,



receptado en los arts. 1 y 2 del CCyC, a partir de agosto de 2015.

Para el jurista Manili, el principio pro homine puede ser definido, entonces, como aquel por el cual, ante una pluralidad de normas aplicables a una misma situación jurídica, el intérprete debe elegir aquella que brinde una protección más favorable para la persona humana, en el sentido de darle la mayor extensión posible las que consagran derechos y el menor alcance posible a las que posibilitan restricciones.

La Corte IDH, en igual sentido, ha señalado que, si en una misma situación son aplicables la Convención Americana y otro tratado internacional, debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana.

La regla pro homine supera la discusión doctrinaria acerca de la inclusión, los alcances y los efectos que los tratados internacionales DDHH tienen en nuestro sistema legal. Es una regla autónoma que no requiere apoyos normativos exteriores porque ha sido incorporado en nuestro sistema legal (arts. 1 y 2 del CCyC) como otro de los principios generales del Derecho que, a partir de su inclusión en el Título Preliminar del Código propaga sus efectos hacia todo el ordenamiento jurídico; es decir, es una regla que se aplica indistintamente a las relaciones de familia, las obligaciones en general, los contratos de consumo, los contratos paritarios y para todos los actos y negocios jurídicos que se concreten, cualquiera sea su naturaleza.

Además de lo dicho, debe señalarse que el principio pro homine tiene una doble función jerárquica en nuestro sistema normativo. En primer lugar, determina una jerarquía de aplicabilidad en cuanto determina que en caso de eventuales colisiones normativas será aplicable la ley que resulte más conveniente para la víctima y sus derechos. En segundo lugar, la regla pro homine determina una jerarquía interpretativa. Así, en caso de dudas o inconsistencias o incertidumbres, siempre prevalecerá el criterio más favorable para la persona y para la validez de su derecho.

IV) Bibliografía

1.- Código Civil y Comercial de la Nación comentado. Tomo I al VI. Gustavo Carmelo, Sebastián Picasso, Marisa Herrera. 1° Edición, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, INFOJUS 2015, Edit. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

2.- Los contratos frente a la pandemia, ¿existen otros remedios además de la extinción por caso fortuito o fuerza mayor y la imprevisión en el Derecho Argentino? por LIDIA M. ROSA GARRIDO CORDOBERA, Mayo de 2020. IJ Editores, Revista Iberoamericana de Derecho Privado, Número Especial de Pandemia. Id SAIJ: DACF200088.-

- 3.- La frustración del fin del contrato, por José María Gastaldi. Estudios de Derecho Privado: Comentarios al Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Liliana Abreut de Begher... Compilado por Graciela C. Wüst. 1° Ed. Adaptada. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 2016.-
- 4.- Ineficacia y frustración del contrato. 2° Ed. Autor: Augusto Morello. Librería Editora Platense, 2006.-
- 5.- Gianfelici, Mario César, La frustración del fin del contrato., citado por Piñón, Benjamín P., La Ley 2005-D, 1496.-
- 6.- Rusconi, Dante D., “La noción de “consumidor” en la nueva ley de defensa del consumidor”, JA, 2008-II-1225.-
- 7.- Covi, Luis D., “La protección al empresario consumidor en el contrato de leasing”, SJA, 5/8/2009.-
- 8.- La empresa como consumidora, por Demetrio Alejandro Chamatropulos y María Agustina Nager. Sitio Web: Portal del Consumidor. Protectora. Publicado en Derecho Comercial, del consumidor y de la Empresa 2012 (abril), 02/04/2012, 117. 27/6/12 Fuente: ThompsonReuters.-
- 9.- Texto Ley 24.240 y sus modificatorias. InfoLeg. Información Legislativa. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos Presidencia de la Nación.
- 10.- La recepción de los consumidores hipervulnerables en la Resolución 139/2020 de la Secretaría de Comercio Interior, por JORGE C. RESQUI PIZARRO. Publicación web Directorio de Servicios Legales, viernes 05 de junio de 2020.-
- 11.- DPI DIARIO, Sitio Web: Dpicuatico.com, La capacidad en el nuevo Código Civil y Comercial, por Hernán Gonzalo Galvez, 04/2015.-
- 12.- Chaco Día por Día, La noticia en toda su dimensión. Sitio Web: chacodiapordia.com, martes 16 de marzo 2021. Director: Pedro Cáceres. Jefe de redacción: Rodolfo Mancuello.-
- 13.- SAIJ. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos Argentina. Estudio exegético de la Resolución 139/2020 de la Secretaría de Comercio Interior del Ministerio de Desarrollo Productivo de la Nación: Consumidores Hipervulnerables, por JUAN IGNACIO CRUZ MATTERI, 20 de Julio de 2020, Sitio Web: legister.com, Id SAIJ: DACF200157.-
- 14.- SAIJ. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos Argentina, Los Derechos Humanos y los derechos del consumidor. Entre el realismo mágico y el populismo jurídico, por FERNANDO E. SHINA, 23 de Octubre de 2018, Sitio Web: saij.gob.ar. SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA, Id SAIJ: DACF180227.-

Defensa del consumidor. El estado como asegurador

Por Horacio P. Garaguso, Guillermo Horacio F. Garaguso y Andrés A. Garaguso

Colegio de Abogados de Mar del Plata, de Dolores y de graduados de la Universidad de la Atlántida Argentina, Partido de la Costa.

PONENCIA

Los derechos del Consumidor no se ven alterados por la circunstancia que el ASEGURADOR sea el propio estado sea este municipal, provincial o nacional.

FALLO: “Es que no caben dudas que el Estado como asegurador, se desempeñó profesionalmente en el mercado, conforme al marco legal específico de la actividad y con indiscutible destino de consumo. Esto así a punto tal que, en los hechos, compite con las empresas privadas que desarrollan ese mismo quehacer. Una conclusión distinta - esto es negar que, en este caso, el Estado sea “proveedor” de un servicio- importa no solo desconocer el principio constitucional de protección al consumidor conforme el artículo 42 de la Constitución Nacional, sino dejar este librado a su suerte cuando contrata con el estado, o lo que es lo mismo, colocar al estado al margen de las normas que protegen al consumidor”.

“Arenas Susana c/ Instituto de Seguros de Jujuy s/ Acción emergente de la ley del consumidor, Recurso de Inconstitucionalidad” - Superior Tribunal de Justicia de Jujuy, 24-2-2021, RCJ 1099/21.

FUNDAMENTACION:

El precedente del Superior Tribunal de Jujuy ha resuelto la cuestión de una manera completa, desde que el alcance de la calificación de PROVEEDOR DE SERVICIOS DE SEGUROS, se realiza sin distinguir la actividad pública de la privada y del modo que emerge de los artículos 1092 y 1093 del Código Civil y Comercial. A mayor abundamiento el propio artículo 2 de la ley 24240 alcanza de manera expresa a las personas de derecho público, como lo es el INSTITUTO DE SEGUROS DE JUJUY.



La solución es además la que mejor se compadece con la defensa del consumidor, desde que el consumo en todas sus formas resulta tutelado por el artículo 42 de la Constitución Nacional. Dispone, al efecto norma citada: “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”.

El fallo además se construye conforme con la norma general del Código Civil y Comercial, pues se ajusta a la definición de la Relación de consumo, la que conforme el artículo 1092 del C.C. y C. “es el vínculo jurídico entre un proveedor y un consumidor. Se considera consumidor a la persona humana o jurídica que adquiere o utiliza, en forma gratuita u onerosa, bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social”.

Cuando el estado provee un sistema de seguros en el mercado es proveedor en una relación de consumo y no puede pretender soslayar la responsabilidad que su conducta trae aparejada. En el caso se determina que el estado “es pasible de la multa civil prevista para el caso de incumplimiento de las obligaciones legales o contractuales como lo establece el artículo 52 bis de la ley 24240.

A su tiempo el artículo 1093 al definir al contrato de consumo aborda la cuestión y comprende tanto al prestador público como privado. Legisla, en efecto que:

“Contrato de consumo es el celebrado entre un consumidor o usuario final con una persona humana o jurídica que actúe profesional u ocasionalmente o con una empresa productora de bienes o prestadora de servicios, pública o privada, que tenga por objeto la adquisición, uso o goce de los bienes o servicios por parte de los consumidores o usuarios, para su uso privado, familiar o social”.

Del fallo no resultan los detalles de la situación planteada pero una simple lectura de los considerandos demuestra que el instituto oficial actuó como si estuviera amparado por un bill de indemnidad, lo que es contrario no solo al sistema de defensa del consumidor sino además del sistema republicano que hemos adoptado como estado.

La aplicación al caso de manera conjunta de los artículos 2,52 bis de la ley 24240 y los artículos 7, 1092 y 1093 del Código Civil y Comercial constituyen una sólida defensa de los derechos instituidos por el artículo 42 de la Constitución Nacional.

Es saludable para la República estos fallos y no los que nos tienen acostumbrados nuestros tribunales protegiendo más allá de lo razonable los intereses de las agencias de recaudación y de los bancos oficiales.



Derecho del consumidor - daño moral por la inclusión en una lista de deudores morosos

Por Horacio P. Garaguso, Guillermo Horacio F. Garaguso y Andrés A. Garaguso

Colegio de Abogados de Mar del Plata, de Dolores y de graduados de la Universidad de la Atlántida Argentina, Partido de la Costa.

PONENCIA

La inclusión errónea de un cliente bancario en una lista de deudores morosos supone para la víctima una situación de zozobra y de frustración espiritual que tipifica un daño moral severo, sobre todo en una economía fuertemente bancarizada.

FALLO

“ZALTZMAN SANDRA JUDITH C/BANCO PATAGONIA SA S/ DAÑOS Y PERJUICIOS”. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, Sala II fallo del 30/11/2020 RCJ 867/21.-

“Se confirma la sentencia de primera instancia en cuanto condenó a la entidad bancaria demandada a abonar a la actora la suma de veinticinco mil pesos en concepto de daño moral, toda vez que la diversidad de alternativas que tuvo que transitar la reclamante para lograr el reconocimiento de sus derechos, sumado a la pérdida de valioso tiempo de su vida insumido para rectificar la situación y la zozobra y frustración espiritual que debió causarle el hecho de que durante un período de seis meses se encontró erróneamente registrada como deudora morosa - situación 4- en la Central de Deudores perteneciente al Banco Central de la República Argentina, en el que no debió verse involucrada, justifican la procedencia del ítem resarcitorio aquí tratado”.

DESARROLLO

El fallo que da lugar a la presente es impecable en cuanto al razonamiento y justificación. En efecto, ser incluido en una lista de deudores en situación 4, implica para quien lo padece quedar fuera del mercado en cuanto al uso de tarjetas de crédito y débito, de perder la posibilidad

de acceder a planes de financiación subsidiados por el estado, etc. Es evidente que quien es colocado en esta situación pierde un conjunto de posibilidades para su desenvolvimiento en la sociedad actual.

Si es difícil para quien mercedamente es registrado en dicha situación, mucho más difícil y angustiante es para quien ha sido víctima de un error -poco importa el grado de descuido del agente responsable- y debe soportar las consecuencias. Aquí se advierte un claro desinterés de la entidad financiera por las angustias y problemas del cliente, el cual tuvo un duro peregrinar de medio año para recuperar su situación crediticia y ser excluido del registro de deudores morosos del B.C.R.A.

Además de los daños materiales que sufre el cliente por la actitud equivocada de la entidad financiera, es cierto que sufre una angustia que se refleja en una perturbación del equilibrio vital, a la que el fallo denomina “frustración espiritual”. La **frustración** es un profundo sentimiento de desagrado generalmente provocado por expectativas insatisfechas. Es la amargura que manifestamos cuando fracasamos en obtener algo o cuando las cosas no salen como deseamos. Es una situación que afecta el equilibrio emocional de las personas en distinta medida según la resiliencia que tenga cada uno.

Pero la frustración va acompañada de zozobra, acompañamiento que agrava la condición psicológica de la víctima. “La palabra **zozobra** es un sustantivo, que hace referencia a la **acción y efecto de zozobrar**, es decir, puede ser utilizado para denotar la acción que realiza una persona al momento de zozobrar o alterar su estado psicológico por causa de alguna razón o motivo, y a su vez para hacer ver el efecto que puede estar sufriendo la persona que se encuentra bajo el estado de ansiedad o miedo producto de la zozobra” (Voz zozobra, Diccionario de Psicología).

Resaltamos uno de los conceptos utilizados para la zozobra y uno de los más comunes para definir ese sentimiento de tristeza, angustia o la propia inquietud de quien teme que algo suceda, que puede sufrir una persona. Dicho sentimiento también es un estado de ánimo producto de ese miedo, de esa angustia que puede sufrir una persona por temor a que ocurra un suceso sin saber si este va a ocurrir o no.

Aclarado entonces los alcances de los términos empleados, aparece el contrasentido: ¿TAN POCO VALE NUESTRO EQUILIBRIO EMOCIONAL?

Evidentemente la suma fijada como reparación moral importa una burla ante la gravedad del padecimiento moral de la demandante. Se le asigna una suma de veinticinco mil pesos por haber atravesado un semestre luchando para volver a la situación real, período en el cual tuvo zozobra y frustración espiritual. Si seis meses son ciento ochenta días y si cada día tiene 24 horas ¿el daño se “repara” con la suma de dos pesos la hora?

No coincidimos con la mensura del daño moral que efectúa la cámara, para la cual ¡NO VALEMOS más que CUARENTA Y OCHO PESOS DIARIOS!

Dice el poeta (Fontana) “poca cosa soy, poca cosa tengo”

¡Estimamos que ha llegado la hora en que los padecimientos emocionales sean resarcidos de una manera real y no con una limosna que no paga ni diez sesiones con el psicólogo!





50
años

DERECHO SOCIETARIO



Convenios de accionistas de SA y SAS en la legislación uruguaya

*Por Dra. Esc. Jenifer Alfaro Borges
República Oriental del Uruguay*

*Dra. Esc. Rosa Poziomek
República Oriental del Uruguay*

La ponencia refiere a la regulación en el Derecho Uruguayo de los Convenios de Sindicación de Accionistas en sociedades anónimas y en sociedades por acciones simplificadas, analizando su oponibilidad frente a la sociedad y terceros. En tal sentido comentaremos la conducta que debe adoptar la sociedad (específicamente el presidente de la asamblea) frente al incumplimiento de los accionistas sindicados en los referidos tipos sociales: ausencia de previsiones claras respecto de la sociedad anónima *versus* una normativa con mayor claridad, pero aún incompleta, para sociedades por acciones simplificadas.

1. Introducción

Cuando todos o una parte de los accionistas partícipes de una sociedad comercial advierten la conveniencia de concertar con antelación y de modo organizado, la forma en que ejercerán sus derechos, pueden recurrir a herramientas contractuales que son denominadas: “Convenio de sindicación de acciones” o “Convenio de sindicación de accionistas”. En caso de cumplirse los requisitos legales de oponibilidad o cuando la sociedad es parte otorgante del mismo, puede ser asimilable al estatuto o a un reglamento -en función de las diferentes posiciones doctrinarias- con las consecuencias tanto en el ámbito interno (en el funcionamiento de la sociedad) como respecto a terceros.

Los empresarios los tienen en cuenta y todo proyecto empresarial en donde se proponga aunar esfuerzos entre distintos inversores (locales o extranjeros) encuentra en este tipo de pactos el complemento idóneo del estatuto, siendo su ductilidad su mayor fortaleza.



El convenio de sindicación es el instrumento que mejor se adecua a este fin, es el negocio firmado por algunos o todos los accionistas de una sociedad anónima y por el cual las partes se obligan a asumir determinado comportamiento en el ejercicio de sus derechos, siendo además idóneo para la organización empresarial que permite planificar políticas a mediano y largo plazo.

El legislador uruguayo en el año 1989 decidió reglamentarlos para las sociedades anónimas (SA), dando un paso fundamental al admitir cualquier contenido dentro de la licitud y disponiendo -de forma insuficiente- el camino para obtener su eficacia frente a terceros. Con posterioridad, la Ley N° 19.820 regulatoria de las sociedades por acciones simplificadas (SAS), dispuso una normativa diferente en lo referido a la oponibilidad del mismo frente a la sociedad. Parte mayoritaria de la doctrina uruguaya entiende que estos convenios se encuadran dentro de la categoría de contratos plurilaterales de organización, en que las partes no intercambian prestaciones entre sí, sino que éstas son convergentes con un objetivo común. De esta manera sus participantes, podrán adherirse o egresar, sin que por ello se modifique la estructura contractual conformada, rigiendo las consecuencias y efectos propios de un contrato plurilateral, entre las cuales se destaca que la nulidad del vínculo que afecte a uno de los miembros, no ocasiona la nulidad, anulación o resolución del convenio.

2. Los convenios de sindicación de accionistas en las SA.

La ley uruguaya N° 16.060 (en adelante LSCU) en su artículo 331⁹⁰ (con la redacción dada por las leyes 17.243 y 17.904), tomando como fuente la ley brasilera, regula el convenio de sindicación de accionistas, admitiendo

90 “(Convenios de sindicación de accionistas). Serán legítimos los convenios de accionistas sobre compra y venta de sus acciones, ejercicio de los derechos de preferencia y de voto o cualquier otro objeto lícito.

Los accionistas contratantes podrán ejercer todos sus derechos y acciones legales para el cumplimiento debido de las obligaciones asumidas y frente a quienes resulten comprometidos para la debida ejecución del convenio.

Estos convenios no tendrán efecto frente a terceros excepto cuando:

- A) Se entregue a la sociedad un ejemplar con las firmas certificadas notarialmente.
- B) Se inscriba un ejemplar en el Registro Nacional de Comercio (Redacción dada por Art 15 Ley 17904).
- C) Se anote en los títulos accionarios o se haga constar en el libro de Registro de Acciones Escriturales.

Cumplidos estos requisitos, las acciones respectivas no podrán ser negociadas en Bolsa.

Tratándose de sociedades abiertas, el órgano de administración informará a cada asamblea ordinaria sobre la política de capitalización de ganancias y distribución de dividendos que resulte de los convenios depositados en la sociedad. En ningún caso los convenios de sindicación de acciones podrán ser invocados para eximir a los accionistas de sus responsabilidades en el ejercicio del derecho de voto.

Los convenios de sindicación de acciones tendrán una vigencia máxima de quince años, sin perjuicio de que las partes acuerden la prórroga tácita o automática de su plazo”.

su licitud y atribuyéndole plena eficacia entre los firmantes, disponiendo en determinados supuestos, su eficacia frente a la sociedad y los demás terceros.

Son contratos parasociales por cuanto la sociedad no interviene, es ajena a su desenvolvimiento y no lo controla⁹¹. En principio el pacto obliga solamente a quienes fueron parte del mismo, su celebración no significa formación de la voluntad social, ni conforma por sí mismo, la expresión de la voluntad social en asamblea. Esto es, no es un instrumento societario sino más bien un instrumento idóneo de organización empresarial y por tanto al servicio de la empresa que encarna la sociedad. Es accesorio a la sociedad, por tanto, sigue las vicisitudes del contrato de sociedad y es de naturaleza organizativa o asociativa por contraposición a los contratos conmutativos: los intereses de los pactantes son convergentes y no contrapuestos como sucede en los contratos conmutativos.

La normativa uruguaya establece para éstos un plazo máximo de 15 años con la posibilidad de pactar la prórroga automática y ningún límite para su contenido más que la licitud. Respecto a esto último las dudas han girado en torno a los pactos que son contrarios a las previsiones de LSCU.

Dentro del límite de la licitud, podemos reconocer la utilidad de estos acuerdos tanto para las mayorías como a las minorías accionarias, permitiendo que minoritarios sin control de la sociedad puedan aglutinar sus votos influyendo en las decisiones societarias y ejercer un contralor sobre la gestión social. En otros supuestos de conflictos entre accionistas, logran encauzar los negocios con políticas estables que impulsan el desarrollo del emprendimiento societario en provecho de las mayorías y de las minorías, siendo también una solución para el ausentismo de los accionistas a las asambleas.

Es también un instrumento idóneo en las empresas familiares para contener lo que se denominan protocolos de familia, a través de los cuales se acuerdan aspectos relacionados con la continuidad de la empresa, estableciendo criterios y formas en que los sucesores accederán a la misma, intentando evitar que los problemas sucesorios repercutan sobre la empresa. Un gran número de empresas uruguayas son de base personal⁹² y entre ellas lo que se conoce como empresas familiares, con peculiaridades que las someten a una mayor vulnerabilidad y las enfrentan a una problemática diferente. El protocolo de familia incluido en un convenio de accionistas puede considerarse como elemento de

91 Esto sería así en el momento inicial pero luego puede devenir oponible a terceros (incluido la sociedad) pasando, para parte de la doctrina, a formar parte del plexo normativo de la sociedad.

92 Más allá de adoptar el tipo sociedad anónima destinada y regulada minuciosamente por el legislador a través de normas imperativas con poco margen a la autonomía de la voluntad.



prevención: si además es suscrito en forma temprana, previene conflictos regulando situaciones de posible enfrentamiento e intenta armonizar empresa y familia haciendo posible un equilibrio. En definitiva, tienden a contribuir a alcanzar un fin que excede lo societario: la armonía familiar. Contenidos en un convenio de sindicación de acciones, y cumplidos los requisitos de la LSCU, pueda ser oponible no solo a los firmantes, sino a terceros (incluida la sociedad).

Por ultimo, cabe mencionar su utilidad para reglamentar diferentes instrumentos de financiamiento a través de la regulación del voto en asuntos como: fijación de políticas de dividendos, financiamiento y obtención de recursos a través de aportes de capital o préstamos de los sindicados o terceros, fijando las pautas de ese endeudamiento, plan de negocios, entre otros.

2.1 Oponibilidad del convenio.

La LSCU prevé la posibilidad de hacer el convenio oponible frente a terceros, ampliando sus efectos desde los pactantes hacia los no pactantes (accionistas no sindicados) y hasta la sociedad, y abarcando en general a todos los terceros (incluyendo los acreedores de los accionistas sindicados).

Para la validez no se establece ningún otro requisito o formalidad, no obstante, la ley autoriza la oponibilidad cuando se cumplan determinados requisitos formales previstos en el artículo 331 que dispone: “Estos convenios no tendrán efecto frente a terceros excepto cuando:

- A) Se entregue a la sociedad un ejemplar con las firmas certificadas notarialmente.
- B) Se inscriba un ejemplar en el Registro Nacional de Comercio.
- C) Se anote en los títulos accionarios o se haga constar en el libro de Registros de Acciones Escriturales”.

En doctrina se discute si los requisitos deben cumplirse en forma acumulativa o en forma parcial (dependiendo de qué tercero se trate). Para los primeros, corresponde aplicar una tesis textual en la interpretación por lo que consideran que, si la ley no ha calificado como indistintos los requerimientos publicitarios y solamente se ha limitado a enunciarlos, el intérprete no puede declararlos indistintos cuando la ley no los ha calificado como tales. Los que entienden que los requerimientos no son acumulativos lo fundamentan en que lo que se busca es la publicidad, que el convenio sea cognoscible y para ello se reputa conocido por cualesquiera de las tres alternativas indicadas. Y nos encontramos con una posición intermedia que sostiene que aun



cuando los elementos han de operar indistintamente, sus efectos tendrán un alcance diferente de acuerdo al camino publicitario que se siga.

Asimismo, se ha debatido en cuanto a la naturaleza jurídica del pacto oponible. Ciertamente, el sector de la doctrina entiende que el pacto publicitado adquiere un nuevo grado de fijeza y exigibilidad en sus disposiciones: cuando el pacto es oponible genera un efecto real que afecta las acciones con independencia de su titular asimilando el convenio a un reglamento. Para otros el pacto pasa a ocupar la misma jerarquía que el estatuto.

En lo que refiere a la oponibilidad frente a la sociedad, la ley uruguaya a diferencia de la fuente brasileña, no establece claramente ninguna obligación a cargo de la misma. La doctrina se ha cuestionado el rol que debe adoptar la sociedad frente a un pacto oponible. En general se entiende que debería tener una activa participación en el fiel cumplimiento del pacto sindical denunciado o registrado. Con esa finalidad, deberían tomarse medidas para que el pacto se cumpla, evitando que, con la infracción al mismo, se generen daños para la sociedad y las decisiones que adopte. Se llega a sostener que en este caso hay una obligación por parte de la sociedad de evitar nulidades en la toma de decisiones en la asamblea: no registrando ni reconociendo las transferencias de acciones sindicadas en contradicción con las normas del pacto denunciado o registrado; o bien desconociendo a través del presidente en la asamblea el voto rebelde contrario a lo pre acordado en el pacto de mando. Aunque en este último caso, puede entenderse vulnerado el derecho de voto y consecuentemente fundamentar una acción de impugnación. En definitiva, la LSCU en este sentido, deja abiertas incertidumbres difíciles de resolver.

3. Acuerdo de accionistas en sociedades por acciones simplificadas (SAS).

La Ley N° 19.820 (en adelante Ley SASU) de promoción del emprendedurismo, regula un nuevo tipo de sociedad comercial como vehículo asociativo con personería y limitación de responsabilidad, que brinda mayor flexibilidad y simplicidad para su constitución y funcionamiento. Se trata de una sociedad que puede ser constituida por una persona física, una persona jurídica (que no sea sociedad anónima) a través de una declaración unilateral de voluntad (un solo fundador), o varias personas físicas o jurídicas (cualquiera sea su tipo social) mediante un contrato con un contenido en el cual prima la autonomía de la voluntad salvo algunas normas imperativas de la propia Ley y algunas expresamente recogidas de la LSCU. Su iter constitutivo consiste únicamente en la formulación del estatuto por escrito más la inscripción registral.



En el artículo 19 in fine de la Ley se establece que “Los accionistas podrán además celebrar convenios de sindicación de acciones, en los términos del artículo 28 de la presente ley”. El artículo 28⁹³ al igual que el 335 de la LSCU, regula los “Acuerdos de accionistas” con clara alusión a que refiere a las personas las que pactan y no las acciones. Aunque en apariencia es una diferencia terminológica, tiene implicancias: se trata de obligaciones de carácter personal y tanto la LSC como la Ley SAS, con muy diferente éxito, les da a las partes mecanismos para que se torne oponibles.

Al igual a lo analizado ut supra para los convenios regulados en la LSCU, el contenido puede ser muy variado pudiendo incluirse cualquier objeto lícito, con lo que deja abierta la posibilidad de pactar pluralidad de objetos con la sola limitación de su licitud. El artículo 28 mencionado expresa: “son aquellos entre los accionistas sobre la compra o venta de sus acciones, la preferencia para adquirirlas, las restricciones para negociarlas o transferirlas, el ejercicio del derecho de voto o con cualquier otro objeto lícito, serán oponibles y deberán ser acatados por la sociedad cuando hubieren sido depositados en las oficinas donde funcione la administración social”.

El artículo 28 inciso primero in fine repite la fórmula de la LSCU respecto del plazo del convenio de sindicación de acciones: “Su término no podrá ser superior a quince años, sin perjuicio de la prórroga tácita o automática de este plazo que las partes hubieran pactado”.

3.1 Oponibilidad del convenio de sindicación de accionistas de SAS.

En cuanto al requisito de oponibilidad y su alcance, la Ley SAS da un paso muy importante: el artículo 28 dispone que es suficiente depositar un ejemplar en la administración de la SAS (es decir que la SAS va a ser notificada con entrega de un ejemplar que deberá allí mantener) y la eficacia del acuerdo a su respecto implica que debe “acatar” lo allí

93 “(Acuerdos de accionistas).- Los convenios de sindicación de acciones celebrados entre los accionistas sobre la compra o venta de sus acciones, la preferencia para adquirirlas, las restricciones para negociarlas o transferirlas, el ejercicio del derecho de voto o con cualquier otro objeto lícito, serán oponibles y deberán ser acatados por la sociedad cuando hubieren sido depositados en las oficinas donde funcione la administración social. Su término no podrá ser superior a quince años, sin perjuicio de la prórroga tácita o automática de este plazo que las partes hubieran pactado.

Cuando el convenio de sindicación de acciones y, si correspondiere, las resoluciones adoptadas por los accionistas sindicados hubieran sido debidamente depositados en la sociedad, el Presidente de la asamblea de accionistas o del órgano colegiado de deliberación de la sociedad estará obligado a no computar el voto emitido en contravención a dicho convenio. En caso de abstención o de ausencia del accionista, el Presidente de la asamblea de accionistas votará en representación del accionista omiso o ausente en el sentido del convenio de sindicación de acciones y de la resolución debidamente depositada”.



acordado.

Pero luego de esta fórmula genérica se centra en el acuerdo de voto y olvida otros posibles contenidos, incluyendo el bloqueo.

En tal sentido, la citada norma abunda sobre el alcance de tal acatamiento, disponiendo que “el presidente de la asamblea de accionistas o del órgano colegiado de deliberación de la sociedad estará obligado a no computar el voto emitido en contravención a dicho convenio. En caso de abstención o de ausencia del accionista, el presidente de la asamblea de accionistas votará en representación del accionista omiso o ausente en el sentido del convenio de sindicación de acciones y de la resolución debidamente depositada”.

Es decir que, comunicada a la sociedad la decisión adoptada en ejecución de un convenio de sindicación de acciones oponible a ésta:

a. Si el accionista rebelde vota en sentido diverso al resuelto en el sindicato de voto, quien presida el órgano de gobierno (asamblea o equivalente) deberá “no computarlo”.

b. Si el accionista se abstiene o no asiste, quien presida el órgano de gobierno (asamblea o equivalente) deberá votar en su representación según lo resuelto en el convenio. Es decir que en el supuesto a. (si el accionista incumplidor vota en sentido diverso), el presidente de la asamblea no podrá emitir en su nombre voto en el sentido resuelto en el sindicato. Véase más adelante el análisis que efectuamos de la situación de conflicto de interés entre el accionista sindicado y la sociedad.

La Ley SASU no es clara en cuanto al alcance del no cómputo del voto del accionista que asiste y vota en sentido diverso a lo resuelto en el Sindicato. Sin duda su voto no suma a la posición que pretendía el socio (a favor o en contra del punto sometido a votación) pero la norma deja otros aspectos sin regular: sobre todo para aquellos supuestos en que se requiere mayoría de capital o incluso unanimidad, la norma no es contundente en dar instrucciones al presidente de la asamblea de partir de una base de cálculo que no lo tenga en cuenta.

Surge de lo anterior que la Ley establece obligaciones a cargo de la sociedad cuando el acuerdo es oponible -si éste es depositado en las oficinas de la administración- con lo que el alcance de la expresión “acatar” implica una activa participación en el fiel cumplimiento del pacto depositado y siempre que del mismo surja o se le comunique antes de la asamblea correspondiente, el sentido en que los socios acordaron emitir su voto. Con esa finalidad, la sociedad, utilizando las herramientas que le otorga la ley, debe ser diligente en la toma de medidas para que el pacto se cumpla, evitando que, con la infracción al mismo, se generen daños.



Frente a la teoría en la cual se presentan las señaladas dudas, en la práctica es aún más complejo de resolver ya que no siempre podrá el presidente de la asamblea con facilidad diferenciar cuando se ha incumplido lo resuelto por el sindicato. No está prevista la consecuencia de que el presidente de la asamblea no actúe conforme lo dispone la norma: es un supuesto de responsabilidad de la sociedad y/o del presidente de la asamblea (que podrá o no ser administrador o director de la misma) o afecta la validez de la decisión adoptada: corresponde a la doctrina responder si es fundamento para una acción de impugnación de las resoluciones asamblearias adoptadas.

Por otra parte, cabe preguntarse cuáles son las reglas para que el Convenio de sindicación de accionistas de SAS sea oponible frente a terceros diferentes de la sociedad. Entendemos que, salvo pacto en contrario atento a que no se trata de una norma de aplicación preceptiva a la SAS, será regulado por lo dispuesto sobre dicho tema por la LSCU. En tal sentido, al Convenio de sindicación de accionistas de SAS se le aplica el artículo 331 de la LSC y que, por ello, cumplidos los requisitos de oponibilidad que la norma societaria impone, el mismo tendrá efectos frente a los demás terceros. Es decir que, a nuestro juicio, la Ley SASU únicamente introduce una regulación especial sobre un aspecto de la eficacia del acuerdo de accionistas que es el alcance de la oponibilidad frente a la sociedad, pero no excluye la aplicación del artículo 331 de la LSC en otros aspectos en los cuales no ingresa. En tal sentido resulta fundamental que las restricciones a las transferencias accionarias sean anotadas en el título y en el libro de títulos nominativos o en su caso, en el libro de títulos escriturales (además la Ley SASU así lo exige para restricciones estatutarias, lo cual entendemos aplicable a restricciones de otra fuente).

El régimen de oponibilidad antes analizado rige sin perjuicio de las sanciones acordadas en el mismo Convenio para el incumplimiento de las obligaciones pactadas por parte de los accionistas, pudiendo incluso prever multas independientemente al daño que la actitud del socio rebelde pudiera ocasionar al resto de los socios (multas acumulables o no a los daños y perjuicios que se generen).

CONCLUSIONES

- La regulación del Convenio de Sindicación de accionistas regulado por la Ley uruguaya de sociedades comerciales constituyó en su momento un avance a favor de la licitud del instrumento, pero rápidamente dejó en evidencia su insuficiencia: el alcance de la oponibilidad deja a sindicatos y la sociedad en un limbo entre los discutibles derechos y obligaciones. En tal sentido la



sociedad notificada del Convenio no tendrá explicitado en la norma si deberá o incluso si está habilitada para hacer cumplir lo acordado (expresamente o por la vía de una decisión en ejecución del acuerdo) sin vulnerar derechos esenciales de los accionistas incumplidores.

- La normativa uruguaya de SAS avanza, pero de forma incompleta, hablando de obligación de la sociedad de acatar el convenio para luego centrarse en el pacto de voto, atribuyendo competencias al presidente de la asamblea que permiten frenar la acción de los sindicados incumplidores: no computarles el voto en un caso o votar por ellos en otro. Sin embargo, genera numerosos espacios sin cubrir que en la práctica dejan mal posicionados a los intervinientes.
- Por otra parte, la LSASU no declara aplicables al Convenio de sindicación de accionistas los demás requisitos de oponibilidad previstos por la LSCU, dejando aspectos que requieren necesariamente ser cubiertos: publicidad de las restricciones a la transferencia de acciones en uno de los más relevantes. Entendemos que es exigible la anotación de las mismas en el título accionario y en el libro de títulos nominativos (o directamente en el libro de títulos escriturales, según corresponda).



La SAS y el análisis económico del derecho desde una perspectiva económica diferente

Por Ana Paula G. Malianni

Colegio de Abogados de Mar del Plata

PONENCIA

La SAS como estructura jurídica, independientemente de su origen vinculado a la teoría económica liberal, resulta ser una herramienta de utilidad práctica a diversas perspectivas económicas. El sistema legal debiera enfocarse en brindar herramientas adecuadas para el progreso económico y no definir la forma de los negocios y su estructura permitida de forma preventiva. La SAS, al dejar en la autonomía de la voluntad la definición de empresa, negocio y valor económico, permite su adaptación a teorías económicas modernas.

DESARROLLO

La SAS y la modernización de las estructuras jurídica.

No podemos negar que la economía mundial está cambiando. Las empresas, la forma de generar riquezas y las formas de asociarse se ven atravesados por una realidad mutable y acelerada.

Las nuevas necesidades de la economía mundial han motivado la flexibilización de los tipos societarios en diferentes países, en la búsqueda de una herramienta ágil, que se adapte a las nuevas dinámicas comerciales, y que resulte de utilidad a una nueva generación de emprendedores/empresarios.

En nuestro país, la SAS es la mayor representante de la innovación de las estructuras jurídicas. Esta nueva figura, que tiene como epicentro la autonomía de la voluntad y la flexibilidad en sus formas, combinada con un sistema de registración proyectado para ser ágil, se aleja del sistema tradicional de la LGS.

En palabras de Sebastian Balbin la SAS representa un nuevo paradigma del derecho societario “...Se trata de un tipo de entramado abierto, que erige a la regla de la autonomía de la voluntad como eje del sistema. En este sentido, el propio Mensaje de Elevación de la LACE destaca que el nuevo



tipo societario se asienta en la autodeterminación de asociación como derecho natural subjetivo y fundamental del hombre, y se organiza a través de un régimen normativo que “valora muy especialmente la libertad de creación de sociedades, su constitución y regulación contractual, sustentado ello en el principio de la autonomía de la voluntad y dejando librado a las partes la configuración de sus estipulaciones”. Esta libertad para disponer de las normas que la LGS establece para los tipos que regula, tiene como límite en los principios generales dispuestos en el Código para el ejercicio de los derechos, y que sujetan la conducta de las partes a la buena fe y a su protección frente al abuso del derecho (arts. 9, 10, 11, 12 13 y 14 CCCN)...”⁹⁴.

1. El análisis económico del Derecho. Mirando la Teoría Económica de Base.

La SAS y sus múltiples posibilidades, representan un cambio de paradigma del derecho societario, que, sin embargo, no ha internalizado el cambio de paradigma de la ciencia económica, que debiera acompañar este proceso.

La vinculación entre la ciencia económica y el derecho comercial es explicada por Reyes Villamizar. El análisis económico del derecho se ha convertido en una de las herramientas de estudio y desarrollo del derecho comercial. “El éxito de la teoría económica en varios ámbitos del conocimiento jurídico obedece a que esta disciplina suministra una base científica para predecir las consecuencias que una sanción jurídica habrá de tener en el comportamiento de sus destinatarios”.⁹⁵

Lejos de cuestionar la eficacia de la ciencia económica para predecir el comportamiento de los sujetos, cuestión que excede el tratamiento de este trabajo⁹⁶, no podemos dejar de advertir que el derecho comercial se cimienta en un paradigma económico que estructura la sociedad toda.

Cuando hablamos de cambio de paradigma del derecho societario debemos advertir que el mismo debe ir de la mano con un cambio de paradigma de lo que conocemos como economía. De lo contrario estaremos forzando nuevas estructuras a encajar en un sistema macro obsoleto, empezando

94 BALBIN SEBASTIAN, “SAS -Segunda Edición Corregida y Ampliada”, Editorial Cathedra Universitaria, 2020.

95 FRANCISCO REYES VILLAMIZAR, “Análisis Económico del Derecho Societario / Francisco Reyes Villamizar” Astrea, 2019, Pag 3.

96 KATE RAWORTH. “Economía Rosquilla”, PAIDOS, 2018. Explica la autora que el desarrollo evolutivo de la ciencia económica ha abandonado el estudio de las conductas humanas, enfocándose en la definición de leyes abstractas cuyos objetivos se enfocan en explicar la gestión de los recursos, pero desentendiéndose de fines u objetivos.

por la definición misma de la ciencia económica⁹⁷.

El análisis económico del derecho (en este caso el societario) parte de premisas económicas básicas:

- Que el ser humano tiende racionalmente a maximizar su propio interés y su utilidad.
- Los sujetos responden a los incentivos de los precios de mercado y a los incentivos legales, que se asimilan a precios.
- El sistema jurídico y el impacto del derecho deben analizarse en base a un criterio de eficiencia⁹⁸.

Otra de las premisas básicas de la ciencia económica (que sirve de fundamento al estudio económico del derecho) es el concepto de *homo economicus*. Este individuo, dotado de característica “superhumanas” constituye el núcleo de la teoría económica, y determina el rumbo de las decisiones políticas.

Esta representación de “hombre” es la porción más pequeña del estudio de la ciencia económica, y en gran medida ha definido el comportamiento del hombre en sociedad, como un ser solitario, calculador, competitivo, insaciable, ávido de riquezas, con una profunda aversión al trabajo y enfocado en la utilidad.

Estas definiciones y preconceptos delimitan el desarrollo del derecho comercial, aunque no seamos conscientes de ello. La suposición de que como seres humanos tendemos racionalmente a maximizar nuestro interés es la que justifica preceptos legales como el art. 13 LGS, que

⁹⁷ El termino economía fue acuñado en Grecia por Jenofonte, combinando las palabras *Oikos* “casa” y *nomos* “reglas o normas”, era el arte de administrar la casa o economía doméstica. Aristóteles diferencio la economía de la crematística, definiendo esta última como el arte de adquirir riqueza. James Steuart fue el primero en definir a la economía como una ciencia, definiendo la economía política como la ciencia de la política interior de las naciones libres. Adam Smith definió la economía como una ciencia con dos objetivos 1. Permitir a la gente generar su renta o subsistencia y 2. Proporcionar al estado renta suficiente para los servicios públicos. Stuart Mill fue el primero en definirlo como una ciencia que estudia los fenómenos de la sociedad que surgen de operaciones combinadas de la humanidad para obtener riquezas. George Mankiw la definió como el estudio de como la sociedad gestiona sus escasos recursos. Richard Posner la definió como la ciencia que se ocupa de estudiar las elecciones racionales de los hombres en un mundo en que los recursos son limitados. Otras escuelas económicas, como la Economía Humanista, han definido la economía centrándose en el comportamiento humano y en la satisfacción de sus necesidades, y no tanto en la gestión de los recursos o la obtención de riqueza. Véase KATE RAWORTH. Obra cit.

⁹⁸ Reyes Villamizar explica en nota al pie que POLINSKY menciona varios supuestos de análisis económico del derecho: primero asume que todos los beneficios y costos se pueden medir en términos monetizados, segundo, que los agentes determinan el valor monetario de sus beneficios y costos, tercero, supone que los valores que se asignan a costos y beneficios son estables y cuarto, se supone que los individuos maximizan sus beneficios. Obra cit. Pag. 3.

declara nulo “Que alguno o algunos de los socios reciban todos los beneficios o se les excluya de ellos, o que sean liberados de contribuir a las pérdidas; Que al socio o socios capitalistas se les restituyan los aportes con un premio designado o con sus frutos, o con una cantidad adicional, haya o no ganancias; Que aseguren al socio su capital o las ganancias eventuales; Que la totalidad de las ganancias y aun en las prestaciones a la sociedad, pertenezcan al socio o socios sobrevivientes; Que permitan la determinación de un precio para la adquisición de la parte de un socio por otro, que se aparte notablemente de su valor real al tiempo de hacerla efectiva...”.

Así, cuando analizamos la eficiencia del derecho, en términos económicos, partimos de los preconceptos de la teoría económica clásica, en donde solo se considera aquello que se encuentra en el mercado. Y en el mercado solo encontramos aquello que esta monetizado, o sea, aquello cuyo valor puede ser cuantificado en dinero y por un precio.

Partiendo de la base, que solo tiene valor aquello que podemos medir en dinero, es lógico que nuestro derecho comercial, en particular nuestro derecho societario, se estructure en torno a la protección de aquello que, como sociedad y desde una perspectiva económica, hemos acordado tiene valor. Las normas imperativas de la LGS responden a esta teoría económica de base⁹⁹.

Y este es el primer vallado invisible que debe superar el nuevo paradigma que trae de la mano la LACE, y en particular la SAS.

2. La SAS y su articulación en el sistema societario preexistente.

Cuando intentamos analizar la SAS desde la perspectiva clásica de la LGS, lo que estamos haciendo es analizar el reflejo jurídico de un nuevo paradigma económico (la SAS) desde la perspectiva de una teoría económica clásica que esta en crisis y desactualizada (la LGS). Y claro, no existe una forma orgánica de armonizar una estructura jurídica nueva desde el marco teórico de una teoría anterior.

Cabe aclarar que no soy ajena al fundamento ideológico que dio origen a la SAS, que nace de una ideología liberal manifestada en la “autonomía de la libertad”. Sin embargo, entiendo que esta estructura jurídica,

⁹⁹ A modo de ejemplo: Artículos 1 LGS “...Habrà sociedad si una o más personas en forma organizada conforme a uno de los tipos previstos en esta ley, se obligan a realizar aportes para aplicarlos a la producción o intercambio de bienes o servicios, participando de los beneficios y soportando las pérdidas...” Art. 50 LGS “...Puede pactarse que los socios efectúen prestaciones accesorias. Estas prestaciones no integran el capital...”, Art. 59 “... Los administradores y los representantes de la sociedad deben obrar con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios...”.



con independencia de su origen ideológico, resulta una herramienta extraordinaria y adaptable a los principios de un nuevo paradigma económico.

Cuando interpretamos la SAS desde la mirada teórica de la LGS, estamos forzando la nueva estructura para intentar que encaje en un sistema jurídico que responde a una teoría económica que estamos abandonando, aunque sin darnos cuenta. Creemos que avanzamos, pero nos estamos limitando a nosotros mismos en nuestros preconceptos.

Entonces caemos en la discusión de si resulta disponible o no para los socios de una SAS las premisas del art. 13 LGS, y claro, afirmar que los postulados imperativos de la LGS son disponibles colisiona contra todo lo que, jurídicamente, hemos entendido debemos proteger.

¿Cuál es el nuevo paradigma económico desde el cual deberíamos analizar nuestro derecho societario si buscamos una actualización?

Lejos de intentar encontrar una respuesta a esta pregunta, solo pretendo aproximar la idea de que existen otras formas de hacer un análisis económico de nuestro derecho. No creo que exista una única respuesta. Teorías hay muchas, algunas son mas o menos útiles, pero ninguna es verdadera.

Sin embargo, existe una corriente teórica en la ciencia económica que está captando la atención de las naciones mas avanzadas del mundo, y que redefine la noción de valor, de mercado y de hombre (en un sentido económico) que posee una perspectiva mas compatible con el nuevo paradigma que la SAS puede canalizar¹⁰⁰.

3. Las estructuras de la economía del siglo XXI. La economía de la Rosquilla.

La Económica de la Rosquilla o *Doughnut Economics* esencialmente plantea un fundamento social de bienestar que no debería faltarle a nadie y un techo ecológico de presión planetaria que no deberíamos superar, creando en medio un espacio seguro y justo para todos. Asegurar un mínimo a la humanidad (relacionado a los derechos fundamentales del hombre) y poner un límite común (la protección del entorno en el que vivimos y es común a la humanidad).

¹⁰⁰ La vicealcaldesa de Ámsterdam Marieke van Doorninck, anunció en abril de 2020, la presentación del plan de la ciudad pensado para superar el embate económico: la ciudad adoptará el modelo de 'Economía del donut' propuesto por Kate Raworth, basado en un consumo más consciente, con una reducción drástica en el uso de recursos y materiales, y adoptando una brújula indicadora del progreso distinta a la que se venía usando. <https://www.revistagq.com/noticias/articulo/teoria-del-donut-economia-rosquilla-que-es>

Este cambio de paradigma, supera la idea de hombre económico tal como la conocemos, y redefine al hombre como un humano social adaptable, socialmente propenso a la reciprocidad, recordado que el hombre es la especie más cooperativa del planeta y que esta cooperación es la que aumenta nuestras posibilidades de supervivencia¹⁰¹.

Lejos de ser racional el hombre es heurístico. Recibimos las “indirectas” del entorno, y actuamos por aproximación y respuesta. Nuestros sesgos cognitivos son los que nos permiten tomar decisiones rápidas, por intuición y de forma inconsciente o no racional, que básicamente ha permitido nuestra supervivencia.

Esta teoría económica deja de lado la búsqueda del crecimiento económico para pasar a la búsqueda del progreso y bienestar, planteando una estructura redistributiva de la riqueza (no solo de la renta) por diseño, analizando la economía no de una forma aislada, sino incardinada en el mundo en el que se plantea.

101 Las nuevas empresas responden mas a este concepto de hombre colaborativo que al tradicional de homo economicus. (Mercado Libre, OLX, Globant, Despegar). En igual sentido la idea de la Cuarta Revolución Industrial definido en Davos, Suiza, en el Foro Económico Mundial realizado a comienzos del 2016, según lo recoge Brigit Helms, Gerente General de FOMIN, en el informe realizado en colaboración con el BID y El Gobierno de España en abril de 2016, en donde desarrolla los puntos fundamentales de la Economía Colaborativa (EC), explicando que emprendedores y MiPymes juegan un rol fundamental en el desarrollo y crecimiento de América Latina, en la generación de empleo y en el abordaje de problemáticas sociales, ambientales, de salud, económicas, entre otras. BRIGIT HAELMS, “La Economía Colaborativa y su capacidad para transformar el desarrollo en América Latina”, en Economía Colaborativa en América Latina Radiografía de la situación, IE BUSINESS SCHOOL, Departamento de Comunicación, Dirección editorial Igor Galo. Director Comunicación IE BUSINESS SCHOOL para América Latina C/ de María de Molina, 11. 28006 Madrid. www.ie.edu. Copyright © 2016 “Fondo Multilateral de Inversiones, miembro del Grupo Banco Interamericano de Desarrollo” (CCIGOBY-NC-ND 3.0 IGO) licencia (<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/igo/legalcode>). Pag. 3. RICARDO PEREZ GARRIDO, “Caracterizando la Economía Colaborativa: la visión de los fundadores”, en Economía Colaborativa en América Latina Radiografía de la situación, IE BUSINESS SCHOOL, Departamento de Comunicación, Dirección editorial Igor Galo. Director Comunicación IE BUSINESS SCHOOL para América Latina C/ de María de Molina, 11. 28006 Madrid. www.ie.edu. Copyright © 2016 “Fondo Multilateral de Inversiones, miembro del Grupo Banco Interamericano de Desarrollo” (CCIGOBY-NC-ND 3.0 IGO) licencia (<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/igo/legalcode>). La EC se cimienta en las posibilidades infinitas que la innovación tecnológica, la mayor conectividad, el uso masivo de los smarth phones y la agilidad en el intercambio comercial habilitan. Impacta directamente en el desarrollo de las sociedades, no solo en la generación de empleo y riqueza, sino en especial en la atención de necesidades latentes de un mercado que no habían sido satisfechas en gran medida, por su excesiva regulación. “Las instituciones tienen un papel crucial en este momento de desarrollo de la Economía Colaborativa. Su posible impacto en la creación de redes de pequeñas empresas, en la colaboración y mejora de condiciones económicas de pequeñas comunidades, en el desarrollo de capacidades relacionadas con internet y tecnologías móviles, convierten a este tipo de iniciativas en una herramienta de transformación social.” Ejemplos de sistemas desarrollados de EC son Airbnb, Uber, Workana.

Además, esta nueva teoría económica toma en cuenta aquellos elementos no monetizados del mercado, reconociendo que, aunque no responda a la ley de oferta y demanda o a la estructura de precios, no dejan de tener valor y mucho menos, dejan de incidir en el mercado. Solo a modo de ejemplo, el agua potable, el aire limpio, la seguridad, la estructura familiar y de cuidado interpersonal, son elementos que inciden directamente en el mercado, aunque se encuentren lejos de tener un valor monetizado.

Y va más allá, advirtiendo que el uso de incentivos monetarios en las políticas destinadas a mejorar la calidad de vida humana o la degradación ecológica, han sido contraproducentes. Al parecer, ponerle “precio” a cuestiones que responden a los valores, la reciprocidad las redes humanas o la heurística ha hecho peligrar la estructura social, haciéndola depender de un precio. Esto ha demostrado que poner precio no siempre es la respuesta para incentivar una conducta humana y que las leyes del mercado no pueden resolverlo todo¹⁰².

Si volvemos sobre las palabras de Reyes Villamizar, que reconoce como base del análisis económico del derecho supuestos tales como que los individuos son racionales (buscan maximizar sus beneficios) y que responden a los incentivos del mercado y a los incentivos legales, tendríamos que analizar si dentro de las conductas que buscamos estimular con la sanción de normas no podemos identificar efectos no deseados¹⁰³, recordando que no todas las conductas humanas responden

102 La autora pone como ejemplo los experimentos realizados en Colombia con planes educativos que ofrecen transferencias monetarias condicionadas a las familias de alumnos de secundaria. En 2005 se eligió de manera aleatoria a un grupo de adolescentes hijos de familias de renta baja en Bogotá para formar parte de un plan piloto que consistía en transferir treinta mil pesos (unos US\$. 15) a los padres si ellos asistían a la escuela el menos el 80% del ciclo lectivo. Los economistas del Banco Mundial hicieron el seguimiento, demostrando que los estudiantes seleccionados tenían 3% más de probabilidad de asistir a la escuela que el resto de los estudiantes. Pero descubrieron un efecto negativo, los hermanos no seleccionados de los estudiantes beneficiados la probabilidad de asistir a la escuela era mucho menor que la de los estudiantes de familias que no tenían ningún hijo participando en el plan. En caso de hermanas mujeres de niños beneficiados la deserción era aún mayor, siendo la probabilidad de abandonar los estudios un 10% mayor que el de niñas que no tenían ningún hermano beneficiado en el plan. Esto demostró, de forma accidental, el papel que puede desempeñar el dinero en la erosión de normas sociales al ser reemplazadas por normas mercantiles. Los pagos en dinero pueden desplazar las normas intrínsecas y los valores que las sustentan. KATE RAWORTH. Pag. 128. Obra cit.

103 La imperatividad legal de la LGS intenta proteger a los actores económicos de aquellas consecuencias no deseadas, analizadas desde la perspectiva de lo que creemos necesario e indispensable para propiciar el desarrollo de los negocios (en un sentido amplio). La búsqueda de beneficio es el fin último del sujeto, por lo que no podemos aceptar una estructura negocial en que una de las partes renuncie a ese fin común. Aceptarlo implicaría desconocer la esencia misma del sistema económico. La herramienta legislativa se ha usado (de forma intensiva) para intentar prevenir el efecto no deseado (fraude, por ejemplo). Esta rigidez y excesiva normativa lejos de conseguir su objetivo se ha convertido en un freno para el desarrollo de nuevos negocios y unidades productivas. En un paralelismo

a las leyes del mercado.

Pero más aún, deberíamos analizar si estas normas no intentan proteger, dentro de sus postulados imperativos, aquellos bienes jurídicos que se consideraban valiosos en un esquema económico que ya no responde a la realidad del Siglo XXI.

Si nos alejamos de la idea de *homo economicus*, y reconocemos un hombre socialmente adaptable, colaborativo e inserto en su medio, que no tiene por única finalidad egoísta la búsqueda de su propio beneficio, la disponibilidad estatutaria de los postulados imperativos del art. 13 de la LGS por parte de los socios de la SAS no contradice al sistema. Y esto no tiene que alejarse de la idea de progreso económico, aunque tal vez se desprenda de la referencia monetaria para medir ese progreso.

Si pensamos en la idea de valor, no solo desde el valor de mercado de los factores (monetizado), sino que reconocemos otras fuentes de valor no monetizadas que inciden en el desarrollo, en el crecimiento y en la prosperidad de la empresa (y de los socios), renunciar a las ganancias, o evitar que un socio participe en las pérdidas parecieran no contradecir la causa fin del contrato de sociedad.

La teoría económica actual reconoce el valor económico solo a través de la monetización y las reglas del mercado. La empresa solo puede obtener valor como ingresos y beneficios cuando dicho valor se ha monetizado en forma de ventas, y eso es porque la idea misma de empresa esta estructurada para esperar y depender del ingreso monetario¹⁰⁴. De igual forma pensamos la idea de socios y sus beneficios.

En este punto es donde la autonomía de la voluntad de la SAS permite canalizar un paradigma económico que se aleja no solo de los principios y bases teóricas de la LGS, sino de las propias teorías económicas (Liberal) que le dieron origen como estructura jurídica. Se constituye en una estructura jurídica que permite redefinir la idea de empresa, de ganancias, de fin social y de búsqueda de beneficio, dándole a los sujetos la libertad de acción suficiente para crear todo aquello que su imaginación ofrezca.

4. Una nueva estructura de Derecho como herramienta de nuevos paradigmas económicos.

Este cambio de paradigma económico nos invita a pensar la estructura jurídica de la economía del siglo XXI como una rosquilla, en donde la

con el ejemplo antes dado respecto de los efectos no deseados conseguidos al aplicar las leyes del mercado a estructuras que responde a otras leyes, merece el análisis evaluar si el objetivo buscado no responde a reglas diferentes a las del estímulo de precios o normas.
104 KATE RAWORTH. Pag. 272. Obra cit.



función del derecho debiera ser garantizar un piso mínimo regulatorio sin el cual ningún sujeto puede operar dentro del sistema (la autonomía de la voluntad y la autodeterminación de asociación como derecho natural subjetivo y fundamental del hombre, en palabras de Sebastian Balbin) y un techo como límite superior, que busca proteger aquello que nos es común como sociedad, aquello que en base a nuestro “Pacto Social” creemos indispensable para la supervivencia común (por ejemplo: El medio ambiente, los derechos del acreedor involuntario, el deber legal de prevención del daño, los principios generales del derecho).

Y la definición de lo común no encuentra un límite en el hecho de que estemos regulando relaciones de derecho privado. Debemos aceptar que como sociedad tenemos un interés mayor en la protección de ciertos principios sin los cuales, la noción misma de seguridad jurídica se vería en peligro. Esto es, lo que en la teoría de la economía de las Rosquilla se denominan los comunes.

Las bases de nuestro pacto social¹⁰⁵ se encuentran plasmadas en nuestra estructura legal imperativa, y está claro que el mundo de los “negocios” no se puede quedar fuera. Hasta ahora, en nuestro derecho societario ese límite se encontraba en las normas imperativas de la LGS, que en un intento de tutelar aquello que creíamos valioso proteger (como sociedad), terminaron ahogando la autonomía de la voluntad, con un claro efecto no deseado. La mayor parte de los negocios del siglo XXI funcionan fuera del sistema societario o fuera del país.

Un nuevo límite, respetuoso de la autonomía de la voluntad, maleable y adaptable a la velocidad del mundo negocia, podría estar dado por los principios del derecho (arts. 9, 10, 11, 12 13 y 14 CCCN).

El límite surge de aquello que definimos como común, aquello sin lo cual la individualidad (del sujeto o de los negocios) no puede desarrollarse, y como tal posee un valor intrínseco que merece ser protegido.

Pareciera que el desarrollo de los negocios se ve tan afectado por el extremo rigorismo y “sobrelegislación” como por la ausencia total de parámetro normativo. En este punto, mi planteo pareciera chocar con el fundamento esencial de la SAS, aunque solo en apariencia.

La libertad de los sujetos en definir su propio esquema de negocio, de empresa y delimitar sin restricciones los vínculos que los unen, debe

105 THOMAS HOBBS, “Leviantan 1”, Editorial Losada, 2003. “Se dice que una república es instituida cuando una multitud de hombres se ponen efectivamente de acuerdo, y pactan cada uno con cada uno, que un cierto hombre o asamblea de hombres se le concederá por mayoría el derecho de representar la persona de todos ellos (es decir el derecho de ser su representante). Todos ellos, tanto quienes votaron a favor como quienes votaron en contra, autorizarán en lo sucesivo todas las acciones y juicios de ese hombre o asamblea de hombres como si fueran los suyos propios hasta el final, a fin de vivir pacíficamente entre ellos y estar protegidos frente a otros hombres.



desprenderse de cualquier norma imperativa que califique sus conductas a priori y de forma general. No cabe dudas, en mi entendimiento, que la LGS ha perdido vigencia y utilidad en su esquema estructural.

Sin embargo, así como debimos redefinir la noción económica de hombre, no podemos dejar de advertir que la noción de “libertad” también posee una carga ideológica, y diversos significados. No es idéntica la definición e “Libertad de asociación” que la de “Libertad de comercio”, ni es absoluta la libertad de los sujetos, al menos en términos constitucionales “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública” (art. 19 CN).

Si bien fijar un nuevo límite es en extremo complejo, no pareciera prudente partir del supuesto que el hombre de negocios es un ser todo poderoso sabedor de todas las variables, que decide siempre de forma racional y pondera todas las consecuencias. En cambio, podemos afirmar que, como seres heurísticos, tomamos decisiones por aproximación, y en este nuevo esquema, los principios del derecho parecieran representar adecuadamente la conducta ideal del sujeto.

No debemos proteger a los sujetos capaces de sus propias decisiones. Esto ha demostrado ser contraproducente en la dinámica negocial actual. Sin embargo, no deberíamos dejar a los sujetos a su suerte frente a circunstancias que como sociedad no estamos dispuestos a legitimar.

Tan nociva resulta el exceso de norma, como la ausencia total de ella, puesto que los hombres (en el nuevo entendimiento de sujeto de estudio de la ciencia económica) no puede prever todas las variables. Desconocer esto atenta contra la seguridad jurídica, que es un pilar fundamental para el desarrollo de cualquier actividad económica humana.

Si pretender llegar a una conclusión, si puedo mencionar que el límite tan buscado no debe estar dentro de las normas imperativas de la LGS. No debiéramos “decirle” a los operadores como deben ser sus negocios. Si, el límite podría encontrarse en el límite general del sistema legal a la conducta humana, que no busca defender una “idea de negocios” sino una “idea de conducta esperable de los sujetos en general”.

5. La autonomía de la voluntad y su límite. ¿Existe un interés general en la suerte de los negocios particulares?

Cuando se trata de definir qué tanta libertad tiene los socios para disponer en una SAS, encontramos teorías enfrentadas, que sobrevuelan el límite de la autonomía de la voluntad intentando demarcar hasta donde los contratantes se pueden apartarse de las normas imperativas de la LGS.

Esta colisión surge de la contraposición de las teorías económicas que



sustentan uno y otro modelo jurídico. Como mencioné anteriormente, se intenta “encastrar” una figura jurídica nueva (la SAS), en un sistema que postula una teoría contradictoria.

Las perspectivas doctrinarias respecto del análisis de la autonomía de la voluntad en la SAS quedan encerradas en esta dicotomía, sin advertir, en la mayoría de los casos, que lo que existe es un choque de paradigmas económicos. Así van desde una amplitud total y libre determinación por parte de los socios¹⁰⁶, pasando por una postura más moderada, que admite la autonomía de la voluntad, pero entiende no disponibles las normas de la LGS que hacen a la causa fin del contrato social¹⁰⁷, cuya inobservancia importaría la desnaturalización del negocio¹⁰⁸, hasta llegar a las posturas más extremas que anuncian a la SAS y su reconocimiento a la autonomía de la voluntad, como el camino al fraude.

Las justificaciones de la mayoría de estas afirmaciones doctrinarias se siguen buscando en la teoría económica clásica, lo que parecería demostrar que nos estamos haciendo las preguntas equivocadas.

En lugar de intentar justificar por qué un sujeto (en el ejercicio de su autonomía) puede renunciar a sus beneficios económicos, deberíamos preguntarnos si ese actor económico no busca beneficios diferentes a los tradicionalmente protegidos. Deberíamos intentar ver, si no existe detrás de su libre accionar, un valor no monetizado, pero no por eso menos valioso en términos económicos.

Esto nos hace avanzar más allá de las “reglamentaciones del interés social”¹⁰⁹, previstas para regular conflictos de intereses y que hacen a la causa fin del negocio - artículo 1013 del CCC- como resultado de la definición misma de la SAS como sociedad - artículo 1 LGS¹¹⁰ - que nos lleva a suponer que cualquier estipulación estatutaria contraria a las normas imperativas de la LGS estaría poniendo en riesgo el contrato social.

Rafael Manóvilí expresa que “No debe olvidarse que las normas imperativas, restrictivas de la autonomía de la voluntad, deben responder a la protección de un interés que el legislador entienda que, por algún motivo, lo requiera. Salvo muy contados aspectos en los que puede estar

106 SEBASTIAN BALBIN. Obra cit.

107 JULIA VILLANUEVA, “La SAS como Sociedad y sus Implicancias Normativas” *Hacia un Nuevo Derecho Societario: XIV Congreso Argentino de Derecho Societario. X Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa/ compilado por Gabriela Calcaterra*, Advocatus, 2019, Pág. 975.

108 RAFAEL M. MANÓVILI, “Doctrina La SAS y las normas generales de la Ley de Sociedades”, *Derecho comercial y de las obligaciones*, Abeledo Perrot SOCIEDADES

<https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/LALEY/REVDCOMAP/2019/v5/document/8112099B-FFEC-96F9-760E-2F9829713D22-747941/anchor/107174592759526231>

109 JULIA VILLANUEVA. Pág. 979.

110 Cfr. Idem.

en juego un interés público, como en el supuesto del objeto o la actividad ilícita de una sociedad, o un interés general, como el de los acreedores, los intereses protegidos son intereses privados. Consecuencia de ello es que, operada la protección de la norma imperativa, el objeto de esa protección es disponible por el sujeto protegido”¹¹¹.

Si hablamos de intereses privados, nos alejamos de la idea de interés general. Las acciones privadas de los hombres solo quedan reservadas a dios (art. 19 CN).

Sin embargo, siguiendo la línea de pensamiento que he expresado hasta aquí, resulta imperativo preguntarse cuales puede ser las consecuencias no deseadas del estímulo normativo de primacía absoluta de la autonomía de la voluntad en los negocios particulares.

No parece prudente afirmar que la autonomía de la voluntad no encuentra límites (ni contralor consecuente) en el ámbito de los negocios privados. Si el interés privado queda fuera del ámbito normativo, solo librado a la voluntad de los actores jurídicos ¿qué consecuencias tiene esto para la sociedad? ¿qué consecuencias tiene para el desarrollo económico y el mundo empresarial? ¿Podemos afirmar que ninguna? O mejor aún ¿podemos garantizar un mejor resultado desde la perspectiva de los objetivos planteados?

Quienes afirman que las SAS quedan fuera de la aplicación de las normas imperativas de la LGS se afianzan en la idea de que no existe un interés general que proteger en los negocios privados. Y pareciera que realmente poco podría importarle a la sociedad los términos de un acuerdo entre sujetos en tanto este solo afecte a ellos. Sin embargo, cabría preguntarnos ¿existe un interés general en que los sujetos se conduzca con determinado estándar de conducta? No hay dudas que la existencia de normas que proteja “un determinado paradigma de empresa o negocio” atenta contra la diversidad y la evolución de la dinámica comercial, pero ¿hay un comportamiento esperable en lo sujetos que debiéramos tutelar?

Pareciera existir un interés general en la forma en como los particulares celebran y cumplen los acuerdos privados, que excede el contenido de los mismos. Las partes podrán acordar, por ejemplo, que uno de los socios no participe en las pérdidas de la sociedad, y nadie podría objetar que se ha vulnerado normativa alguna. Sin embargo, diferente parece la cuestión si este acuerdo se ha celebrado en el contexto del abuso de una posición dominante (art. 11 CCCN), si se ha obrado de mala fe en la celebración o ejecución de ese acuerdo particular (art. 9 CCCN) o cuando el ejercicio importe un abuso de derecho (art. 10 CCCN).

Esto no puede definirse de forma anticipada por la norma, sino que debe

111 RAFAEL M. MANÓVILI., *Obra cit.*

analizarse en cada caso particular, pero teniendo siempre en consideración que una dinámica comercial ágil requiere un marco de seguridad jurídica, que le permita a los operadores salvaguardar sus derechos patrimoniales, no ante su propia torpeza o inexperiencia, pero si ante circunstancias que como sociedad, consideramos reprochables.

Debemos desprendernos de la idea de *homo economicus* y reconocer a los sujetos por su calidad de hombre heurístico, brindando un marco normativo adecuado a la finalidad que se propone, la creación de un contexto jurídico apto al desarrollo económico. No podemos negar que la idea de hombre económico es solo una ilusión doctrinaria de una teoría económico política que a todas luces se ha mostrado impotente para la resolución de los conflictos sociales.

Si aceptamos la vigencia y operatividad de un acuerdo privado (o su ejecución) que se contrapone a los principios fundamentales de la estructura jurídica (principios generales del Derecho), estamos sentado las bases de aquello que como sociedad legitimamos. Definimos en ese acto lo que aceptamos y el precio que estamos dispuestos a pagar por ello. Definimos también aquello que creemos tiene valor, y cuál es el bien jurídico que merece ser protegido.

No podemos tener libertad a costas de seguridad jurídica, porque nuevamente nos convertiríamos en verdugos de aquello que queremos fomentar. Si la excesiva interferencia de la ley destruye la cultura creativa, la ausencia total de esta genera un contexto de inseguridad jurídica nada provechoso para la dinámica negocial.

Aquí reitero lo antes mencionado. La economía del siglo XXI nos invita a pensar el marco jurídico en los términos de la “rosquilla”, en donde la función del derecho debiera ser garantizar un piso mínimo regulatorio, (la autonomía de la voluntad como derecho fundamental humano) y un techo como límite superior, que busca proteger aquello que nos es común como sociedad, (los principios del derecho).

6. A modo de conclusión.

De desarrollo de este trabajo entiendo puedo arrimar algunas ideas finales, aunque no concluyentes.

- El análisis económico de derecho nos demanda definir, en primer lugar, cual es la teoría económica de base que sirve a dicho análisis. En la medida en que analicemos las nuevas estructuras jurídicas desde paradigmas económicos incompatibles con los postulados básicos de estas estructuras, encontraremos constantemente puntos de contradicción que no podremos

superar doctrinariamente.

- La teoría económica liberal nos ha brindado una herramienta jurídica útil e innovadora, que no se agota en los mismos postulados de la teoría. La SAS, al dejar en la autonomía de la voluntad la definición de empresa, negocio y valor económico, permite su adaptación a teorías económicas aún más vanguardistas (y en algún punto necesarias para la resolución de los problemas que aquejan actualmente a la humanidad). En la medida en que sean los operadores quienes decidan las estructuras, las mismas se irán adaptando a la realidad que se les impone en el tráfico comercial, y a la realidad insoslayable que enfrenta la humanidad.
- Colorario de lo anterior, la SAS podría ser una solución a una “generación” de negocios que no tiene por única finalidad la obtención de riqueza y distribución de beneficios de forma exclusiva. Los denominados “emprendimientos sociales”, aquellos que se desarrollan bajo el ideal de empresas B, las empresas con compromiso social, podrían encontrar en la SAS una herramienta útil para compatibilizar sus fines lucrativos con otros que estrictamente no responde a esa finalidad inmediata¹¹².
- Las normas imperativas de la LGS responden a una lógica negocial que ha quedado desactualizada. El sistema legal debiera enfocarse en brindar herramientas adecuadas para el progreso económico y no definir la forma de los negocios y su estructura permitida de forma preventiva. Postular de forma imperativa la protección de una idea económica, deja fuera todas las estructuras que no se adapten a ella, lo que en resumen resulta restrictivo y contraproducente.
- Los límites a la autonomía de la voluntad postulados en la LGS no resultan útiles. La búsqueda de un nuevo límite debe desprenderse de la base ideológica económica, y buscar un esquema en donde se redefina el bien jurídico protegido. Debemos alejarnos del análisis y calificación de los acuerdos privados de los sujetos (ej. Art 13 LGS) y enfocarnos en las conductas de los sujetos en la ejecución de los mismos en el caso concreto (principios generales del derecho).
- Se trata de generar un contexto jurídico adecuado, seguro,

112 Si bien en la actualidad se ha permitido a las Asociaciones Civiles realizar actos de comercio, los mismos son autorizados solo en tanto los ingresos sean destinados a satisfacer el bien común. (Resolución IGJ 597/87 del 18-9-87 “Fundación Acindar”). Ello es coincidente con el nuevo postulado del CCCN en su art. 168 en tanto “...no pueden perseguir el lucro como fin principal, ni pueden tener por fin el lucro para sus miembros o para terceros...”. Sin embargo, estas figuras aún no permiten coordinar de forma óptima los fines sociales y los lucrativos en una única estructura jurídica societaria.

flexible, que represente los valores de nuestro pacto social, que funcione como estructura primaria que le permita a la creatividad comercial florecer, sin dejar de brindarle un adecuado marco normativo. Se trata, en resumen, de crear “una zona segura” donde la autonomía de la voluntad y la regulación estatal puedan coexistir.



Honorarios del gerente de la sociedad anónima

Por Daniel Balonas

Colegio de Abogados de Lomas de Zamora

PONENCIA

Los honorarios y sueldos de los gerentes de la sociedad anónima deben ser fijados por la asamblea y encuadrarse dentro de los límites del art. 261 de la L.G.S.

DESARROLLO

1. El Gerente de la Sociedad Anónima.

El art. 270 de la L.G.S. establece la posibilidad de que los directores nombren gerentes tanto generales como especiales. Ello en la idea de que los directores limitan su función a integrar el órgano, mas la actuación cotidiana en la administración requiere de tal designación, aún cuando pudiéramos aceptar que fuese tácita.

Tal interpretación se deriva del hecho de que el propio art. 270 admite que se designe gerentes tanto a directores como a terceros, aclarando que aún de ser terceros tienen la misma responsabilidad que los directores, aún cuando no lo fueran.

El art. 269 L.G.S. propone otra variante: Asignar la administración cotidiana a un comité ejecutivo, integrado exclusivamente por directores, que tenga a su cargo la gestión de los negocios ordinarios.

Pero volviendo a la alternativa de encomendar la gestión a gerentes, vemos que la Ley se ocupa en diversos artículos de administrar sus funciones, asimilándolos en todos los casos a los directores. No solo en su responsabilidad (Art. 270), sino también en su obligación de concurrir, con voz, a asambleas (Art. 240), la prohibición de representar en la misma a accionistas (Art. 239), la inhabilitación para votar ciertas cuestiones cuando sean accionistas (Art. 241), las prohibiciones e incompatibilidades para ocupar el cargo (Art. 264) y su remoción por incompatibilidad (Art. 265).



Sin embargo, la Ley nada dice de la retribución de los gerentes, lo que será objeto de análisis en este trabajo.

Acotaremos el análisis al supuesto del gerente no director, ya que si se tratara de un director la cuestión estaría ya resuelta por la Ley.

2. La Retribución del Gerente.

Es usual que a los gerentes se les asigne un sueldo en relación de dependencia y algo menos común, aunque no extraño, que se les fije un honorario.

La aplicación del art. 2 de la Ley 24241 llevaría a que si el cargo de gerente fuese ocupado por un socio con mayor o igual tenencia que el promedio, se lo considere trabajador autónomo y se lo retribuya con un honorario, en cambio se fuese un socio minoritario, o incluso un tercero, con un sueldo.

Sin embargo, debemos tener en cuenta que el cargo de gerente, carece de la estabilidad que caracteriza a la relación laboral, ello desde que la designación es libremente revocable (Art. 270 L.G.S.).

De todos modos, no es ello la cuestión relevante en este análisis. Sino que nos ocuparemos de ahondar quién debería fijar tal retribución y si resultan aplicables las limitaciones que surgen del art. 261 L.G.S.

3. Acerca de quién fija la retribución del gerente.

Usualmente la retribución es fijada por el propio directorio que designa al gerente. Ello surge por un lado de la costumbre de que quien designa a un funcionario fija su retribución y también como una lógica derivación de la competencia del directorio para todo acto de administración (Art. 255 L.G.S.)

Se advierte que el art. 234.2. de la L.G.S. considera como acto de gobierno a la fijación de la retribución de directores, síndicos y miembros del Consejo de Vigilancia, mas allí no menciona a los gerentes.

Pero aún dicho ello, no podemos dejar de advertir que encontramos una fuerte contradicción en que los directores no puedan determinar sus propios honorarios, y que incluso la determinación por parte de la asamblea tenga fuertes restricciones legales, y luego se admita que el directorio retribuya sin mayores limitaciones a uno o más gerentes que ellos mismos designaron.



4. Las limitaciones del Art. 261 de la L.G.S.

El Art. 261 de la Ley 19550 limita los honorarios del directorio a un porcentaje de las utilidades, que fluctúa entre el 5 % y el 25 % según se distribuyan o no dividendos.

Y como única excepción, permite superar esos límites en la medida que se cumplan todos los siguientes requisitos:

- a. Ganancias inexistentes o muy reducidas.
- b. Desempeño de comisiones especiales o funciones técnico administrativas.
- c. Que la cuestión se mencione como punto especial dentro del orden del día de la asamblea que aprueba los honorarios.
- d. Que sea aprobado por dicha asamblea.

Dicha limitación *“tiene por finalidad evitar que la mayoría imponga remuneraciones arbitrarias en perjuicio de los accionistas”*¹¹³.

El problema suele estar en la determinación de cuándo se cumplen funciones técnico administrativas, mas en el caso de los gerentes la ejecución de tales funciones se encuentra ínsita en su rol.

Se ha dicho que dichas funciones técnico administrativas son aquellas que *“no son realizadas habitualmente por el directorio, sino por personal permanente de la empresa que integra el plantel de jefes, gerentes o ejecutivos”*¹¹⁴.

Sostiene Nissen¹¹⁵ que las funciones técnico administrativas son propias de los gerentes.

En este sentido se expidió la justicia al sostener que *“tratándose de directores que no se limitan a concurrir a las reuniones de directorio, sino que tienen bajo su responsabilidad la dirección de un área determinada dentro de la administración, o realizan tareas más o menos permanentes que requieren una actuación personal, los mismos deben ser retribuidos dignamente”*¹¹⁶. Es claro que esta afirmación alcanza a cualquier gerente.

113 CNCom, Sala E, 11-10-96 “Grinstein, Saul C/ Biotenk S.A.”, LL 1997-D, 661, Impuestos 1997-B, 2592, y CNCom, Sala B, 7-6-95 “Riviere de Pietranera, Lidia C/ Riviere e Hijos S.A.”, LL 1997-A-140.

114 Sasot Betes, M.A. y Sasot, M. P. “Sociedades Anónimas. El Órgano de Administración”. Ed. Ábaco, Bs. As., 1980, p. 273. Citado por Garrone y Sammartino en “Ley de Sociedades Comerciales”, Abeledo Perrot, Bs. As. 1997, p. 255.

115 Nissen, Ricardo A. (Op. Citada, p. 286)

116 CNCom, Sala B, 3-4-84 “Martín, L. C/ Estudio de Arquitectura Fernández Llanos S.A.”. LL 1984-C p. 366.

5. ¿Se aplica el art. 261 L.G.S. a la retribución de los gerentes?

La aplicación literal de la Ley 19550 llevaría a responder en forma negativa a esta pregunta. Ello por los motivos ya apuntados. Sin embargo, con una visión finalista vamos a postular la respuesta afirmativa.

En efecto, de la lectura completa de las normas que se refieren a gerentes, vemos que la Ley los asimila a los directores. Más allá de ser designados por el órgano de administración, se los equipara a los miembros del directorio en toda su actividad, aún en el deber de asistencia a asambleas o limitación de voto en ellas cuando son accionistas.

Pero no solo eso es lo que nos persuade de exigir que la asamblea intervenga en la determinación de su retribución y además que lo haga dentro del marco del art. 261 L.G.S.

La finalidad de esta norma ha sido que los accionistas mayoritarios no deriven la mayor parte -o todas- las utilidades a retribución de los directivos, en detrimento de los accionistas. Especialmente de los minoritarios que no pueden intervenir en la administración.

Tal finalidad no podría lograrse si, aún sometidos a tal norma, el propio directorio puede destinar sumas mucho mayores a retribuir gerentes que ellos mismos designaron.

Es más, cualquier director reclamaría a la asamblea no ser designado como tal, sino solo como gerente para así disponer de la posibilidad de ser retribuido sin límite e incluso sin control por parte de la asamblea. En tal caso el art. 12 del Código Civil y Comercial impondría la aplicación del art. 261 L.G.S., norma imperativa que se quiso evitar. La jurisprudencia -cierto que refiriéndose a directores- ha sostenido desde siempre que el art. 261 L.G.S. se inspira en el interés social, y que este se ha de imponer no solo al interés de los socios, sino también al de los administradores.

“La materia de la remuneración de los directores de sociedades anónimas está íntimamente vinculada a los riesgos empresarios, a la defensa del interés social y al principio de participación en las ganancias y soportación de las pérdidas que afecta a los socios (art. 1º, ley de sociedades), principio que no puede ser soslayado, pues toda estipulación que lo vulnere se verá fulminada por la sanción de nulidad, en los términos del art. 13 de la ley 19.550. Este principio, que impregna fuertemente el derecho societario, resulta aplicable también a quienes dirigen a la sociedad, aseveración que se justifica por el objeto primordial de casi toda sociedad comercial fin de lucro y en razón de ser una solución concordante con la finalidad perseguida por la ley, que tiende a proteger el interés social”¹¹⁷.

¹¹⁷ CNCom., Sala B, 7-795. “Riviere de Pietranera, Lidia c. Riviere e Hijos S. A.”, LA LEY, 1997A, 140

“Quienes aceptan desempeñarse profesionalmente en el cargo de director de una sociedad anónima, quedan vinculados con la suerte de la empresa en la que desarrollarán sus tareas, de modo que si los emprendimientos comerciales no resultan fructíferos, la retribución será, en principio, acorde con los resultados”¹¹⁸. “Si la ley 19.550 consagra como principio general que el monto máximo de las retribuciones a percibir por los miembros del directorio y del consejo de vigilancia, por todo concepto, incluidos sueldos y otras remuneraciones por el desempeño de funciones técnico administrativas de carácter permanente, no podrá exceder el 25 % de las ganancias, va de suyo que tiende a tutelar el interés social, aun por encima del interés de los directores”¹¹⁹.

6. Conclusiones

Así, postulamos que la retribución de los gerentes ha de ser fijada por la asamblea, respetando los límites del art. 261 L.G.S. Sabemos que se nos dirá que muchas veces los gerentes son contratados en relación de dependencia e incluso que existen retribuciones de mercado que la sociedad deberá necesariamente pagar, más allá del resultado obtenido, si pretende tener una administración profesional.

Mas también sabemos que muchas veces las gerencias, y especialmente la gerencia general, es ocupada por quien o quienes verdaderamente llevan adelante la administración social, quienes deliberadamente no son nombrados directores como un sencillo mecanismo para evadir el control asambleario de sus retribuciones y los límites del art. 261 L.G.S. Así, una adecuada interpretación del ordenamiento societario lleva a que estas retribuciones deban ser sometidas a la asamblea quien deberá resolver sobre ellas, con adecuada información a los accionistas.

La Ley, en el mismo art. 261, brinda mecanismos adecuados que en la práctica permiten a los accionistas, por mayoría de presentes, aprobar una razonable política de remuneraciones a los gerentes, por lo que ningún perjuicio concreto se causaría. Aunque se garantizaría a la minoría conocer con certeza tal política de remuneraciones que, en otros casos, se esconde entre los salarios de toda la planta de la compañía.

En otras palabras, la postura aquí asumida es la única que garantiza la información adecuada a los accionistas y la transparencia en la política de retribuciones de los gerentes que el directorio libremente puede designar.

¹¹⁸ Fallo citado en nota anterior.

¹¹⁹ Fallo citado en nota anterior.



Sociedades entre cónyuges

Por Osvaldo E. Pisani

Colegio de Abogados de San Isidro

PONENCIA

Con la reforma de la ley 26.994 al art. 27 de la ley de sociedades 19.550, entendemos que la nueva permisión expresa a los cónyuges de integrar entre sí todo tipo de sociedades (art. 27 L.19550) los habilita implícitamente también a contratar entre ellos cuestiones vinculadas a su condición de socios de la misma y en especial transmisiones de acciones y/o participaciones societarias que poseen en las mismas, no aplicándose en este caso la prohibición de contratar entre cónyuges prevista por el art. 1002 del Código Civil y Comercial de la Nación.

Sin perjuicio de sostener la interpretación indicada como solución coyuntural de la cuestión, entendemos y proponemos en función de la seguridad jurídica que dicha permisión tendría que ser expresa en el art. 27 pues la posible interpretación contraria que se podría sostener limitaría el ejercicio de los derechos de los socios-cónyuges como sería el de “preferencia” (entre otros).

ANTECEDENTES

La presente ponencia vuelve sobre un tema presentado por el suscripto en el 72 Encuentro de Institutos celebrado por el Colegio de Abogados de Azul en Noviembre del 2020 y en función de su importancia y necesidad de clarificación lo traemos a este tradicional evento académico para tratarlo nuevamente.

El texto anterior -ahora modificado- del Art.27 de la Ley de Sociedades Comerciales 19.550 decía:

ARTÍCULO 27.- Los esposos pueden integrar entre sí sociedades por acciones y de responsabilidad limitada. Cuando uno de los cónyuges adquiera por cualquier título la calidad de socio del otro en sociedades de distinto tipo, la sociedad deberá conformarse en el plazo de seis (6) meses o cualquiera de los esposos deberá ceder su parte a otro socio o a un tercero



en el mismo plazo.

El texto actual, textualmente dice:

Art. 27 de la Ley General de Sociedades

“Sociedad entre cónyuges.

Artículo 27.- Los cónyuges pueden integrar entre sí sociedades de cualquier tipo y las reguladas en la Sección IV.”

A su vez, el CODIGO CIVIL Y COMERCIAL al regular los contratos especialmente determina:

ARTICULO 1002.- Inhabilidades especiales. No pueden contratar en interés propio:

a) los funcionarios públicos, respecto de bienes de cuya administración o enajenación están o han estado encargados;

b) los jueces, funcionarios y auxiliares de la justicia, los árbitros y mediadores, y sus auxiliares, respecto de bienes relacionados con procesos en los que intervienen o han intervenido;

c) los abogados y procuradores, respecto de bienes litigiosos en procesos en los que intervienen o han intervenido;

d) los cónyuges, bajo el régimen de comunidad, entre sí.

e) Los albaceas que no son herederos no pueden celebrar contrato de compraventa sobre los bienes de las testamentarias que estén a su cargo.
-sic art. 1002 CCyCN.

Del artículo transcripto surge que los cónyuges bajo el régimen de comunidad: estarían impedidos de celebrar contratos entre sí.

Recordamos también que el régimen de comunidad de bienes es el régimen supletorio y por ello de aplicación en caso de no optar los cónyuges por el de separación de bienes (conf. art. 463 CCyC); supuesto este en el que no existe impedimento para que los integrantes de la unión matrimonial celebren contratos entre sí.

PROBLEMATICA PLANTEADA

Si bien con la sanción del Código Civil y Comercial una parte de la doctrina sostuvo que la nueva redacción del art. 27 LGS, solo se aplicaría a los cónyuges que hubieran pactado la “división de patrimonios” la postura doctrinaria mayoritaria (a la cual adherimos) sostuvo que la clara y contundente redacción del mencionado art. 27 -LGS- en una ley especial es suficiente para aplicarlo en todos los casos en la integración



de sociedades y por consiguiente también a quienes integren un régimen de comunidad.-

Pero el problema que no se resolvió y continua es el determinar con relación a sus participaciones societarias -de todo tipo, incluyendo acciones- si los cónyuges las pueden transferir entre ellos a través de contratos de cesión o si en estos casos se les aplica la prohibición del 1002 inc. b del CCyC.

Nos apuramos a sostener previo al tratamiento de los fundamentos que seguidamente desarrollamos, **QUE ENTENDEMOS QUE LOS ESPOSOS PUEDEN TRANSMITIRSE ENTRE ELLOS POR CESIÓN -gratuita u onerosa- LAS PARTICIPACIONES QUE TENGAN EN SOCIEDADES DONDE AMBOS SON SOCIOS**, tal como lo fundamos seguidamente.

FUNDAMENTOS

El art. 27 LGS, se modificó substancialmente, permitiendo en su nueva redacción la más amplia libertad a los cónyuges para integrar desde su inicio o con posterioridad por adquisición de participaciones sociedades sean solos entre sí o con otras personas de cualesquiera de los tipos regulados en la ley, incluyéndose expresamente las nuevas sociedades “informales”, “simples”- “irregulares” o “atípicas” (1) de la sección IV.- Arts. 21 a 26 L.G.S, ello con total independencia del régimen de comunidad matrimonial por el que opten.-

Con ello se derogo la limitación del régimen anterior, de que los cónyuges entre sí solos podían integrar sociedades que limitaban su responsabilidad, es decir de responsabilidad limitada, anónima y comandita por acciones, estas últimas en la medida que los dos no hubiesen sido comanditados. Esta modificación se ajusto a la trascendente reforma que en materia de “régimen de comunidad matrimonial” incorporo el nuevo Código Civil y Comercial en su Título II- Libro Segundo, el cual permite a los cónyuges optar por el régimen de comunidad de bienes (similar al utilizado antes de la reforma -arts.463 y stes del Cód. Civil y Ccial- o de separación de bienes, -arts. 446 y stes del Cód. Civil y Ccial- aplicándose supletoriamente el primero de los indicados en caso que los cónyuges nada pacten. -Art 463 del Cód. Civil y Ccial.

Asentimiento conyugal: En cuanto a la participación de los cónyuges en las sociedades, se destaca que para la transferencia de las participaciones societarias, sean estas partes de interés o representadas por acciones en todos los casos se requiere el asentimiento conyugal en los términos del art. 470 inc. c y b respectivamente del nuevo Código Civil y Comercial. El mismo asentimiento se requiere para la promesa de transmisión. -art 470 “in fine”



En los fundamentos de esta reforma se sostuvo, que el nuevo artículo 27 de la LGS responde a “los criterios más modernos” del régimen patrimonial matrimonial y al concepto moderno de sociedad conyugal, tal como se menciona en el mensaje de elevación que los autores del anteproyecto acompañaron al mismo en su modificación.- Es decir que si los cónyuges pueden optar por uno u otro régimen, también podrán optar por formar sociedades de cualquier tipo.-

Ya no hay un régimen legal imperativo e inmutable.- El régimen de comunidad de bienes pasa a ser un régimen supletorio (art. 463 del Cód. Civil y Ccial).- En los fundamentos encontramos la explicación de esta supletoriedad, ya que la comunidad de bienes es “el sistema más adecuado a la igualdad jurídica de los cónyuges y a la capacidad de la que gozan; (es) el aceptado mayoritariamente en el derecho comparado y (es) el más adaptado a la realidad socioeconómica de las familias argentinas, en este momento”.- Vale la última aclaración, “en este momento”, recordando que el derecho va cambiando para poder adaptarse a las nuevas realidades socioeconómicas.-

Tal vez uno de los fundamentos implícitos más importantes sea que si los socios pueden integrar entre si todo tipo societario y a su vez pactar un régimen de comunidad, sea de separación o de comunidad y a su elección y que ese régimen lo pueden modificar anualmente, con más razón pueden acordar y variar sus participaciones en sociedades que ambos integran. La premisa jurídica de que quien puede lo más puede lo menos fundamentaría esta postura.

Otro de los argumentos contundentes, es la nueva redacción del artículo 27 en la cual se elimina la segunda parte del mismo que estaba en la redacción anterior, en la parte que textualmente decía: “Cuando uno de los cónyuges adquiera por cualquier título la calidad de socio del otro en sociedades de distinto tipo, la sociedad deberá conformarse en el plazo de seis (6) meses o **cualquiera de los esposos deberá ceder su parte a otro socio o a un tercero** en el mismo plazo”. La eliminación del imperativo anterior que impedía transferírselas al cónyuge al establecer que: las tenía que vender a otro socio o a un tercero, permite interpretar válidamente que con la redacción actual si se puede.

La limitación a contratar entre cónyuges implicaría en cierto supuestos el impedimento al ejercicio de los derechos de los socios pactados en el Contrato-Estatuto social como sería entre otros el de preferencia (por transmisión de partes cuando uno de los socios cónyuges quiere vender y se viera impedido de hacerlo al otro socio solo por ser su cónyuge.).

Que por los fundamentos indicados, sostenemos el postulado de esta ponencia planteado al inicio de la misma.



La nulidad vincular en el nuevo art. 16 L.G.S.

Por Bruno O. Santi Taccari

Colegio de Abogados de Azul

PONENCIA

El segundo y último párrafo del art 16 de la LGS (supuesto de nulidad vincular), resulta incongruente con el nuevo sistema que prevé - entre otras cosas - la eliminación de la sanción de nulidad por atipicidad.

FUNDAMENTOS

El artículo 16 LGS dispone que la nulidad o anulación que afecte el vínculo de alguno de los socios no producirá la nulidad, anulación o resolución del contrato, excepto que la participación o la prestación de ese socio deba considerarse esencial, habida cuenta de las circunstancias o que se trate de socio único. (disposición congruente con la admisión de la unipersonalidad del art 1 y ccs de la LGS)

Pero en su segundo y último párrafo establece que: **“Si se trata de sociedad en comandita simple o por acciones, o de sociedad de capital e industria, el vicio de la voluntad del único socio de una de las categorías de socios hace anulable el contrato”**. (sic el subrayado y negrita me pertenece)

(Artículo sustituido por punto 2.6 del Anexo II de la Ley N° 26.994 B.O. 08/10/2014 Suplemento. Vigencia: 1° de agosto de 2015, texto según art. 1° de la Ley N° 27.077 B.O. 19/12/2014)

Por su parte el nuevo **ARTÍCULO 17**. Prevé que “Las sociedades previstas en el Capítulo II de esta ley no pueden omitir requisitos esenciales tipificantes ni comprender elementos incompatibles con el tipo legal. 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” (sic).

(Artículo sustituido por punto 2.7 del Anexo II de la Ley N° 26.994 B.O. 08/10/2014 Suplemento. Vigencia: 1° de agosto de 2015, texto según art. 1° de la Ley N° 27.077 B.O. 19/12/2014)

Del análisis de ambas disposiciones y en una interpretación armónica del nuevo sistema, llevaría a concluir que en el caso del segundo párrafo del artículo 16 también la sociedad debería quedar incluida y regida por las disposiciones de la sección IV.-



**Acciones con preferencia no acumulativa y sin derecho a voto.
Situaciones abusivas**

Por Marcelo Ubaldo Spanghero

Colegio de Abogados de Morón

PONENCIA

La situación que se pretende analizar es aquella en la que se encuentran los socios, de sociedades anónimas, que cuentan con acciones preferidas, sin derecho a voto y que carecen de la posibilidad de acumular su preferencia patrimonial, de un ejercicio a otro.

Lo que advierto, y propongo analizar con mente abierta, es si la solución puede venir de la mano de una actuación preventiva que impida el abuso de derecho. El artículo 1711 del Cód. Civil y Comercial de la Nación puede ser de utilidad, puesto que requiere un acto ilícito que pueda ser prevenido, pero no objeta que sea sobreviniente a la constitución del contrato.

DESARROLLO

Sabemos que dentro de las acciones que representan el capital de una Sociedad Anónima, la Ley General de Sociedades (en adelante LGS) admite la existencia de distintas clases de acciones, las cuales podrán tener características diferenciadas, aunque manteniendo un criterio general en virtud del cual, los derechos que confieren las acciones de una clase deberán ser los mismos para todas las acciones de esa clase.

De este modo podemos adelantar que existe un criterio general mediante el cual los dos grandes grupos de acciones existentes son las ordinarias y las preferidas¹²⁰, pudiendo haber clases dentro de esos grandes grupos.

Las acciones ordinarias son aquellas que responden al principio de proporcionalidad entre capital, los derechos políticos y los derechos económicos¹²¹.

Estas acciones dan derecho a un voto, aunque se admiten la existencia de

120 LGS - Arts. 163, 166 inc. 1°), 186 inc. 2°), 207, 216 y 217

121 VITOLLO, Daniel Roque - “Manual de Sociedades” - Ed. Estudio, Buenos Aires, 2016 pág. 566 y sgtes.

otras clases de acciones ordinarias que reconozcan el derecho de hasta cinco votos por acción.

Las acciones preferidas por su parte otorgan una preferencia patrimonial, respecto de las ordinarias. Cuentan con el derecho de información y de voz en las asambleas, aunque pueden carecer de derecho a voto, excepto en los casos expresamente establecidos (materias incluidas en el Artículo 244 párrafo 4° LGS, en el lapso que el pago de los beneficios que otorga su preferencia se encuentre en mora y, si la sociedad cotiza en bolsa, durante el tiempo en que se suspendiere o retirare dicha cotización por cualquier causa).

Cuando la LGS se refiere a mejores derechos políticos los llama “*privilegio*”, en tanto cuando se refiere a mejores derechos patrimoniales los llama “*preferencia*” imponiendo un límite concreto: “*El privilegio en el voto es incompatible con preferencias patrimoniales*”¹²² complementando la previsión de nulidad, para el caso que “*alguno o algunos de los socios reciban todos los beneficios o se les excluya de ellos*”¹²³ y el impedimento de distribuir ganancias “*hasta tanto no se cubran las pérdidas de ejercicios anteriores*”¹²⁴, lo cual claramente comprende a las acciones preferidas.

De ello se sigue que, para los casos previstos en el Artículo 217, cada acción preferida solo tendrá derecho a un voto pues lo contrario implicaría privilegio en el voto y preferencia patrimonial.

Fuera de estas previsiones, nada más dice la LGS respecto del tipo de preferencia patrimonial que puede otorgarse quedando librado a lo que diga el estatuto.

Diversas son las preferencias que puede prever el estatuto entre las cuales podemos citar solo a título de ejemplo:

- a) Preferencia acumulativa: la cual implica que, si en un ejercicio no se distribuyen ganancias, en el próximo ejercicio en el cual se distribuyan ganancias, las acciones preferidas acumularán los que le hubieran correspondido en el ejercicio anterior y las del actual;
- b) Preferencia al cobro de dividendos fijos, no acumulativos: confieren a su titular un dividendo fijo sobre el valor nominal de los títulos, pero tienen en cuenta únicamente las ganancias de cada ejercicio, no acumulándose con los posteriores.
- c) Preferencia de dividendos no acumulativos: confieren el derecho a cobrar un porcentaje sobre las ganancias, hasta un límite, después del cual concurren con las acciones ordinarias.

122 LGS - Artículo 216

123 LGS - Artículo 13 inc. 1)

124 LGS - Artículo 71



- d) Preferencia en la cuota de liquidación: esta preferencia opera en caso de liquidación de la sociedad reintegrándosele al accionista preferente el valor de sus acciones con prelación al reintegro del capital nominal de las acciones ordinarias¹²⁵.

Ahora bien, en qué situación se encuentra un accionista que cuenta exclusivamente con acciones preferidas y el estatuto indica: *“Las condiciones de la preferencia son las siguientes: (1) Tendrán derecho a percibir prioritariamente un dividendo equivalente al porcentual del capital social que representen sobre las ganancias realizadas y líquidas declaradas distribuibles como dividendos por la Asamblea; (2) La preferencia no es acumulativa; (3) Carecen de derecho a voto; (4) Carecen de derecho de suscripción preferente de acciones ordinarias en posteriores aumentos de capital”*.

Agregamos otro dato. La entidad no cotiza en bolsa, ni está en alguno de los supuestos previstos en Artículo 244 párrafo 4° LGS, ni se encuentra en mora en el pago de dividendos.

Es decir, es una sociedad como tantas, que transcurre con normalidad.

En esta situación, los socios tenedores de acciones preferentes (en adelante los accionistas preferentes) no son necesarios para conformar quorum en las asambleas; tampoco pueden votar en ellas, por lo cual no podrán oponerse al modo propuesto para distribuir (o no) los dividendos; las fechas de pago; los programas de negocios; los balances y estados contables; elegir directores, etc.

Alguien podrá decir -Bueno, pero cuentan con preferencia en el cobro de dividendos- La respuesta es: tampoco, puesto que del modo en que está redactado el estatuto, en cuanto a la forma en que se reconoce la preferencia, no surge cómo se exterioriza la preferencia.

Así indicada; solo cobrará dividendos cuando cobren los accionistas titulares de acciones ordinarias (en adelante los accionistas ordinarios); no podrá cobrar un porcentaje mayor a su tenencia (es decir igual que los accionistas ordinarios; si en un ejercicio, aunque existan ganancias los accionistas ordinarios votan no distribuirlos, los accionistas preferentes tampoco cobrarán y al no contar con una preferencia acumulativa, en siguiente ejercicio sólo cobrarán si se distribuyen (igual que los accionistas ordinarios).

Alguien podrá preguntarse, ¿Cuál es el perjuicio si son igual que los accionistas ordinarios y pueden participar en las asambleas? Respuesta:

125 HALPERÍN, Isaac; Sociedades Anónimas; Depalma; Buenos Aires; 1974; p. 303 y sgtes.; en idéntico sentido ALEGRIA Héctor - “Sociedades Anónimas” -citado por VERÓN, Alberto Víctor - “Sociedades Comerciales - Ley 19550 y modificatorias - Comentada, Anotada y Concordada” Tomo 3 - Ed. Astrea, Buenos Aires, 1986 pág. 440 y sgtes., entre otros.

La falta de posibilidad de ejercicio de los derechos políticos.

Al decir de Verón (citando a Urien Carbone) *“su papel sería meramente decorativo, asimilable a unas acciones incapaces”*¹²⁶.

Por otro lado, la doctrina explica que este tipo de acciones, a las que llama “sin voto” juegan un roll útil, cuando lo que se pretende es mantener el control societario y permitir el ingreso de capitales a la entidad, que sigan la suerte de esta ¹²⁷, diferenciándolas de otros títulos que, por representar simples acreencias, exigen la amortización de su valor.

Ahora bien, el derecho a la participación en los beneficios de la sociedad debe entenderse como esencial y obviamente de carácter patrimonial. Para que se efectivice deberán haberse obtenido beneficios y para su percepción habrá de estarse a la decisión de la asamblea, respecto de su reparto. Este derecho, reviste carácter fundamental en la formación de una sociedad, puesto que la participación en los beneficios es su norte (aunque este norte sea ilusorio al momento de la creación)¹²⁸.

No es menor, la situación que se repite, lamentablemente, en la mayoría todas las sociedades: el grupo de control abusa del principio de gobierno mayoritario, desviando el interés social en beneficio propio a costa de los socios de menor participación.

Bajo distintas medidas, citadas a modo de ejemplo: exclusión de los órganos de administración y control con la consiguiente pérdida de remuneración; el despido del minoritario como empleado (o de alguno de sus familiares); la fijación de honorarios exorbitantes de los administradores; realización de operaciones y gastos no documentados; retención de dividendos en diversas formas; balances inexactos; despatrimonialización por venta o cesión de activos; trasvasamiento de los negocios; licuación de la posición por aumentos de capital; reorganización triangular; impedimento de ejercicio de derechos de información y voto; sumado a un largo etc.¹²⁹.

Coincidente en parte con lo antes expuesto Schneider ¹³⁰ centra el tema del conflicto, en el “*poder*” que unos ejercen sobre el otros, perjudicándolos,

126 VERÓN, Alberto Víctor - “Sociedades Comerciales - Ley 19550 y modificatorias - Comentada, Anotada y Concordada” Tomo 3 - Ed. Astrea, Buenos Aires, 1986 pág. 443 y sgtes.

127 ALEGRÍA, Héctor - Las Acciones Sin Voto o de Participación - Cuestiones Fundamentales - V Congreso Argentino de Derecho Societario, I Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa (Huerta Grande, Córdoba, 1992)

128 LGS - Art. 1°

129 CUERVO, Rodrigo - La Acción Preventiva<. ¿Una solución definitiva al Conflicto societario? -<https://www.acaderc.org.ar/wp-content/blogs.dir/55/files/sites/55/2020/02/accionpreventiva.pdf> - Academia de Derecho de Córdoba.

130 SCNEIDER, Lorena R. “El control societario y los abusos de mayoría, minoría y de socios en posición equivalente” Diario LA LEY, 3 de febrero de 2017. Cita: AR/DOC/214/2017.

pues si algo nos ha enseñado la historia mundial, nacional, social, familiar, laboral, etc., es que quien tiene el poder, lo usa sobre los más débiles y, en el ámbito donde con más crudeza se acepta este ejercicio del poder, es en el derecho comercial y societario.

Sostengo lo que digo en función de nuestra experiencia ¿O acaso está vedado mentir para vender un producto que no es tan bueno como se oferta? ¿No campea sin obstáculo la posibilidad de ejercer una compra hostil de tenencias accionarias? ¿Existe objeción en aceptar que la mayoría obliga a la minoría aún en evidente perjuicio de ésta? ¿O que el empleador impone sus necesidades al trabajador?

En respuesta a estas “costumbres mercantiles” es que han nacido regulaciones protectorias, la laboral, la de consumo, las previsiones del Código Civil y Comercial sobre prácticas abusivas, cláusulas predispuestas, aseguradoras que pagan sin siniestro luego de años de litigio pretendiendo abonar a valores históricos, etc.

Pero no así en las relaciones entre los socios, pues se los considera siempre, y sin evolución, sujetos paritarios, aunque no lo sean.

En el contrato de constitutivo de una sociedad, los socios tuvieron en miras organizarse conforme a uno de los tipos previstos en la ley, obligándose a realizar aportes para aplicarlos a la producción o intercambio de bienes o servicios, participando de los beneficios y soportando las pérdidas ¹³¹.

Si la evolución de esa organización donde uno, o algunos de los socios renuncian a ejercer los derechos políticos, previendo ganancias, pero sin interferir en el desenvolvimiento de la sociedad, los lleva a encontrarse en una situación distinta y peor que la prevista al momento de contratar, derivada del modo en que los socios que tienen el control de la sociedad ejercen ese poder ¿Existe lesión? y si existe, ¿Es sobreviniente? ¿Fue previsible? ¿Existe la posibilidad de analizar si hubo un accionar manifiestamente indiferente de sus intereses? En definitiva, se puede analizar y en su caso, existe un remedio posible.

En la línea del análisis económico del derecho, la tarea de la legislación y de la jurisprudencia ante un contrato alterado en el cual esa alteración no haya sido prevista será la de maximizar racionalmente la utilidad que consistirá en imputar el riesgo a aquel que lo puede reducir o absorberlo al menor gasto.

El derecho también actúa cuando se afecta la base o fundamento del negocio y hay que encontrar una solución paralela a los intereses de las partes, de modo que el derecho contractual tiene la tarea de reconstrucción del contrato perfecto imputando consecuencias a través de normas supletorias al contrato o de los principios generales.

131 LGS - Art. 1°

Esa reconstrucción del contrato nos lleva a los institutos correctores que cada derecho recepta; en el caso argentino tenemos al abuso del derecho, la lesión, la imprevisión, pero, sobre todo, también a la buena fe y el orden público como así también las categorías contractuales con sus particularidades según estemos en contratos paritarios de adhesión o de consumo¹³².

Sabemos que la doctrina es refractaria en admitir estas previsiones protectorias en la vida de las sociedades y la jurisprudencia, analiza con carácter restrictivo cualquier intromisión. ¿Está mal? ¿Está bien? Es raro preguntarnos por el bien y el mal en relaciones empresariales y específicamente societarias.

Por tal razón, creo que sería útil analizar la existencia o no, de lesión.

En el caso analizado, estamos ante un accionista preferido “virtual” pues solo cobra cuando cobran los accionistas ordinarios, y carece de derecho de voto, lo cual lo pone en una situación peor que éstos últimos.

Si el animo de lucro, está puesto en la posibilidad de obtener dividendos de un modo preferente, a cambio del cual el socio está dispuesto a ceder su derecho de voto, que se impida ejercer esa preferencia ¿torna la característica de preferencia en nula? ¿Puede retirarse? ¿En qué condiciones?

¿Existe algún remedio para este socio que pretende retirarse de una situación en la cual se ve perjudicado? Nuestro amigo Walter Ton se preguntaba, seguramente con mayor solvencia, sobre estas cuestiones, pero referidas a los socios minoritarios¹³³. En este caso estamos ante un socio que carece de derechos políticos y además es minoritario.

Si la LGS torna nula cualquier estipulación mediante la cual alguno o algunos de los socios reciban todos los beneficios o se les excluya de ellos¹³⁴, esta situación en la cual el socio -en origen- renunció al derecho político a cambio de una preferencia patrimonial que en los hechos -actuales- se ve imposibilitado de ejercer ¿Torna nula la estipulación y debería transformarse el título en una acción ordinaria? ¿O puede tornar procedente una acción de daños y perjuicios? ¿Existe remedio?

Las acciones de nulidad, remoción, responsabilidad, las medidas cautelares y demás herramientas legales con las cuales cuenta el socio agra-

132 GARRIDO CORDOBERA, L. M. R. - “Los contratos frente a la pandemia, ¿existen otros remedios además de la extinción por caso fortuito o fuerza mayor y la imprevisión en el derecho argentino?” - Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba - <https://www.acaderc.org.ar/wp-content/blogs.dir/55/files/sites/55/2020/08/Pandemiaa-y-contratos-01.pdf>

133 TON, Walter, “Se debe regular la desvinculación del socio minoritario de la sociedad cerrada”, disponible en www.estudioton.com.ar

134 LGS - Art. 13

viado, están destinadas a resolver *conflictos concretos* o *coyunturales* de la vida societaria, pero no son idóneas para dar solución a la *relación conflictiva* o *conflicto estructural y permanente* que suele generarse.¹³⁵

Creo seriamente que deberemos analizar y volver a analizar las posibles soluciones que nos acerca el Código Civil y Comercial de la Nación para prevenir y/o reparar los daños sobrevinientes por abuso de derecho.

Lo que advierto, y propongo analizar con mente abierta, es si la solución puede venir de la mano de una actuación preventiva que impida el abuso de derecho. El artículo 1711 del Cód. Civil y Comercial de la Nación puede ser de utilidad, puesto que requiere un acto ilícito que pueda ser prevenido, pero no objeta que sea sobreviniente a la constitución del contrato¹³⁶.

135 GARRIDO CORDOBERA, L. M. R - op. cit.

136 Código Civil y Comercial de la Nación - **Artículo 1711**. *Acción preventiva. La acción preventiva procede cuando una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento. No es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución.*



Exención de responsabilidad de administradores societarios

Por Adriana Beatriz Blanco

Colegio de Abogados de San Martín

SUMARIO:

La exención de responsabilidad de los directores de sociedades debe ser considerada en el caso en concreto conforme la conducta profesional del administrador que requiere un actuar activo tendiente a evitar cualquier obrar antijurídico de la sociedad. La responsabilidad tributaria de los administradores como responsables solidarios por deuda ajena prevista en el Código Fiscal de la Pcia. de Bs. As. debe permitir a éstos eximirse del pago en caso de imposibilidad de cumplimiento, como por ejemplo caso fortuito o fuerza mayor.

DESARROLLO

El art. 274 de la LGS establece algunas causas de exención de responsabilidad de los directores de las sociedades anónimas. Allí se determina que *“queda exento de responsabilidad el director que participó en la deliberación o resolución o que la conoció, si deja constancia escrita de su protesta y diere 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”*.

La doctrina señala distintas situaciones que pueden presentarse¹³⁷: director ausente que desconocía, director ausente que conoció la deliberación, conducta dañosa del resto de directores sin deliberación y por último director disidente que ha participado en la reunión; cada caso con diferentes soluciones, siendo el desconocimiento y la protesta los elementos comunes necesarios para la liberación de la responsabilidad.

En opinión de Mauricio Boretto esta protesta opera a nivel de causa de justificación que borra la antijuricidad funcional del director¹³⁸. Por el contrario, considero la simple protesta no borra la antijuricidad, y que

137 Junyent Bas, Francisco, Responsabilidad de los administradores societarios” Ed. Advocatus Pag. 193.

138 Boretto, Mauricio, Responsabilidad civil y concursal de los administradores de las sociedades comerciales. Ed. Lexis Nexis. Pag. 79.

el director, debido a su responsabilidad profesional, y por el juego de las cargas dinámicas de la prueba, debe demostrar que su conducta no puede ser considerada dolosa o culposa como factor de atribución.

Considero que para interpretar la norma en forma correcta, no debemos apartar la mirada de su finalidad, que resultaría exonerar al director que, habiendo actuado de buena fe, dentro de los parámetros del art. 59 LGS no tomó conocimiento de la misma, o bien no participó de la conducta antijurídica que se imputa al resto de los integrantes del órgano y por el contrario puede probar su oposición a la decisión por algún medio (acta del directorio, notas u otras comunicaciones de su protesta) y además que su actuar lo ha sido sin culpa por acción u omisión.

Por eso además de un inequívoco acto de rechazo a la decisión, no solo por la votación contraria, requiere la manifestación escrita de los fundamentos de la decisión, ya que la norma expresamente dice “protesta”, es decir una expresión enérgica de disconformidad con la voluntad de hacer cambiar la decisión¹³⁹ y no un mero artilingio para evitar la responsabilidad.

El límite temporal que establece la norma para efectuar la protesta pretende que la conducta del director sea espontánea, diligente y motivada en la verdadera voluntad de evitar el daño. En este sentido se ha dicho: “Cuando el director sabía, o debía saber, que la decisión era de inmediata ejecución, o que se estaba ejecutando, en tal caso su silencio implicaría una real complicidad con los restantes directores, que no podría ser excusada”¹⁴⁰.

Sabemos que la utilización de esta protesta por escrito es escasa. Entre las razones podría mencionar: en primer lugar que la mayoría de las Pymes que adoptaron la forma de SA tienen un directorio unipersonal, por una razón de costos, así como que la inmensa mayoría carece de sindicatura (excepto las incluidas en el art. 299 LGS). Y además, que aún en casos de directorios pluripersonales, la idea de dejar constancia por escrito de la disidencia y su fundamento, de alguna manera implica una prueba de un obrar antijurídico realizado por el resto de los co-administradores, una especie de “confesión”, que puede desembocar en un abierto conflicto societario en el seno del órgano.

Recordemos que la ausencia de este acto de protesta ha sido un elemento que nuestros tribunales laborales tuvieron en cuenta en ocasión de pronunciarse sobre la responsabilidad de los directores por empleo en negro, sosteniendo, por ejemplo : *“Los codemandados no obraron con la lealtad*

139 El art 337 del Código de Comercio anterior a la LSC decía “que hubiere protestado contra las deliberaciones de la mayoría”.

140 Sasot Betes y Sasot, Sociedades Anónimas, El órgano de administración, Ed. Abaco, pag. 559.

y diligencia de buenos hombres de negocios, por lo que debían responder ilimitada y solidariamente ante la sociedad, los accionistas y los terceros por el mal desempeño de sus cargos, así como por la violación de la ley, el estatuto o el reglamento y por cualquier otro daño producido por dolo, abuso de facultades o culpa grave. Los accionados ni siquiera habían invocado haber dejado constancia de su protesta o denunciado la maniobra fraudulenta frente a la falta de registro del vínculo laboral, único supuesto en el que podrían haber quedado exentos de responsabilidad. “Suárez, Natalia Soledad y otros c/Musseum SA y otros” - CNTrab. - Sala X - 28/10/2008”.

Si el director toma conocimiento de una decisión que implica un obrar contrario a la ley, considero que no bastará simplemente una nota de disconformidad, sino que obrando con la diligencia de un buen hombre de negocios, deberá agotar los recursos para evitar el daño y defender el interés social. Ello implicará, por ejemplo, convocar a reuniones de directorio con el tratamiento del punto del orden del día y especialmente la búsqueda de soluciones que eviten el incumplimiento o bien paliativas al daño ya suscitado.

La responsabilidad del director deriva de sus acciones y también de sus omisiones. Es una responsabilidad profesional, ya que implica capacidad técnica, experiencia, conocimientos, debiendo apreciarse la misma conforme las circunstancias del tiempo y el lugar en el caso en concreto, es decir teniendo en cuenta las circunstancias en las que debió actuar.

En este sentido se ha dicho: “...el deber de vigilancia -de control- que se encuentra implícito en el artículo 274 in fine LSC, les impone la obligación de denunciar el mal desempeño de sus colegas en las funciones que les son propias. No se trata sólo de deslindar su responsabilidad (rompiendo la solidaridad impuesta en cuanto órgano) sino del cumplimiento del principal objetivo anejo a su deber de administrador, y que es desempeñarse dentro de los límites sociales en procura del interés social”¹⁴¹. A pesar de la claridad y aparente sencillez de la norma en análisis, un simple repaso a los repertorios de jurisprudencia demuestra que la aplicación de este supuesto de liberación de responsabilidad de un director. es una “rara avis”, salvo los supuestos de prueba de imposibilidad de conocimiento del hecho dañoso por ser, por ejemplo, director suplente que no ha participado en el órgano societario.

Pero por otro lado, la idea del art. 274 LGS sobre la protesta por escrito, me ha llevado a reflexionar sobre la responsabilidad tributaria solidaria de los administradores en la Provincia de Buenos Aires y el eximente previsto en el art. 24 del Código Fiscal. .

¹⁴¹ Balbín, Sebastian, Los caminos del disenso Tesis doctoral presentada en la Facultad de Derecho de la Universidad Austral para optar al título de Doctor en Derecho.

A tenor de lo normado por el art. 21 del mencionado Código “se encuentran obligados al pago de los gravámenes, recargos e intereses, como responsables del cumplimiento de las obligaciones fiscales de los contribuyentes -en la misma forma y oportunidad que rija para éstos- las siguientes personas: 1. 2. Los integrantes de los órganos de administración, o quienes sean representantes legales, de personas jurídicas, civiles o comerciales; asociaciones, entidades y empresas, con o sin personería jurídica; ...”.

El alcance de dicha obligación es precisado en el art. 24 del mismo cuerpo normativo donde se establece que “los responsables indicados ... responden en forma solidaria e ilimitada con el contribuyente por el pago de los gravámenes. Se eximirán de esta responsabilidad solidaria si acreditan haber exigido de los sujetos pasivos de los gravámenes los fondos necesarios para el pago y que éstos los colocaron en la imposibilidad de cumplimiento en forma correcta y tempestiva...”.

Respecto de esta responsabilidad la Suprema Corte de la Provincia, en la causa A. 74.331, “Fábrica de Carrocerías los Cuatro Ases S.A. y otros contra Tribunal Fiscal de la Provincia. Pretensión anulatoria. Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley”, con voto del Juez doctor Soria¹⁴² se ha dicho: “Sin embargo, en la práctica, la responsabilidad opera sustancialmente en clave objetiva. En efecto, en la resolución impugnada en autos (v. fs. 16) la Sala II del Tribunal Fiscal de Apelación de la Provincia desestimó los agravios planteados con fundamento en que “...cabe señalar que dicha responsabilidad posee, en el código de la materia, carácter objetivo y recae sobre los responsables por deuda ajena la carga de la prueba enderezada a demostrar los extremos fácticos requeridos por la ley”. Descartada entonces la incidencia de la culpa o dolo en la imputación de responsabilidad -por el contenido del texto legal y la interpretación que se le otorga- y determinada la presunción de responsabilidad, que fija el onus probandi en cabeza del responsable por deuda ajena, cabe evaluar cómo opera la dispensa legal, referida a la oportuna exigencia de los fondos al sujeto pasivo del gravamen y que éste lo colocó en imposibilidad cumplimiento. En este ámbito encontramos que, por regla, las causales exculpatorias no se tienen por configuradas, salvo supuestos muy específicos referidos a directivos suplentes (TFABA, Sala I, “Fibra Papelera”, resol. de 17-VI-2014; Sala II, “Herun”, resol. de 13-V-2014 y Sala III, “New High Pack”, resol. de 6-VIII-2015) o que no desempeñaban el cargo en cuestión a la época de los hechos discutidos (TFABA, Sala I, “Lucsof”, resol. de 5-VIII-2014 y “Compañía de Alimentos Fargo”, resol. de 12-II-2010; Sala II, “Silvest”, resol. de 15-II-2007; Sala III, “Logística Argentina”, resol. de

¹⁴² Voto particular del Dr. Soria que concluye acerca de la inconstitucionalidad de los arts. 21 y 24 del Código Fiscal. Fallo de fecha 18/09/2019

27-II-2014). A estos supuestos, sólo cabe adicionar el de los “directores independientes” regulados por el decreto nacional 677/01 (v. TFABA, Sala II, “Massuh”, resol. de 1-VIII-2013). La dispensa legal, por el modo en que se encuentra diseñada, opera con una rigidez tal que queda neutralizada. Se aprehende un único supuesto (aquel que se configura cuando los responsables solidarios acreditan que en forma oportuna exigieron a la sociedad los fondos necesarios para el pago debido y que fue esta la que los colocó en imposibilidad de cumplimiento correcto y tempestivo) para cuya demostración debería dejarse constancia del pedido formal o de la oposición a la decisión societaria, por un medio con valor probatorio; verbigracia, un acta de directorio, carta documento”.

No cabe duda que los eximentes previstos en el Código Fiscal son muy poco utilizados. Aquí el fundamento de la eximición vuelve a ser la protesta por escrito, pero en este caso, para dejar debida constancia que la sociedad no cuenta los fondos necesarios para el pago debido, lo cual coloca al administrador en una situación de imposible cumplimiento. La imposibilidad significa que la sociedad no tiene fondos líquidos para abonar en tiempo y forma, lo cual se puede probar con un informe contable del flujo de fondos a la época del nacimiento de la obligación tributaria¹⁴³.

Demás está decir, que la expresión utilizada por el Código en el art. 24 analizada desde el punto de vista de los administradores resulta es algo *desconcertante*, ya que me pregunto cómo acreditan los administradores haber solicitado los fondos a la sociedad, cuando ellos son los que administran tales fondos y por otro lado cómo contesta la sociedad que no los tiene, sino por la propia voz de los administradores a quienes a ha colocado en la imposibilidad de cumplir en forma correcta y tempestiva.

Indudablemente se requiere una norma que contemple la responsabilidad tributaria de los administradores en forma clara y siguiendo los parámetros de la responsabilidad subjetiva regulada en la ley de fondo y que prevea causales de eximición los administradores de acuerdo con las circunstancias y la naturaleza de la obligación.

Particularmente, durante los años 2020/2021, debido a las restricciones sanitarias por la pandemia Covid 19 existen muchísimas empresas en imposibilidad de cumplimiento del pago de los impuestos provinciales, fruto de un evidente caso fortuito o fuerza mayor de público conocimiento. No cabe duda que un administrador societario, ante la insuficiencia de fondos generados por la baja de ingresos, se encuentra en el dilema de privilegiar el pago a la nómina de los trabajadores frente al pago de los Ingresos Brutos que le acarrearán una responsabilidad personal solidaria. Es

¹⁴³ Difiere de la definición de imposibilidad de cumplimiento de forma objetiva, absoluta y definitiva del art. 955 del CCCN.



claro que su elección de pagar a los trabajadores, obedece a razones de la naturaleza alimentaria de los salarios, a la necesidad de preservar la marcha de la empresa y la fuente de trabajo. Y sin lugar a duda obrando de tal modo, el director privilegia los intereses sociales por sobre sus propios intereses patrimoniales, cumpliendo con el obrar debido del art. 59 LGS y 159 CCCN.

De allí la importancia de dejar debida constancia en las actas respectivas de la imposibilidad de cumplir con el pago de los tributos para hacer operativo el eximente previsto en el Código Fiscal, sin perjuicio de los posibles planteos de inconstitucionalidad de las normas de responsabilidad solidaria objetiva en materia fiscal, postura a la cual adhiero, por los mismos fundamentos expuestos en el voto del Dr. Soria en el fallo citado, quien lo fundamenta en que la responsabilidad del director lo es en la misma forma y oportunidad que rige para el contribuyente sin articular posibilidades razonables de excusación.

CONCLUSIÓN

La exención de responsabilidad de los directores de sociedades debe ser considerada en el caso en concreto conforme la conducta profesional del administrador que requiere conductas activas tendientes evitar cualquier obrar antijurídico de la sociedad o en su caso, buscar las alternativas para repararlo. Por otro lado, la responsabilidad tributaria de los administradores como responsables solidarios por deuda ajena prevista en el Código Fiscal de la Provincia de Buenos Aires, no debe considerarse como una especie de responsabilidad objetiva y debe permitir a los administradores eximirse del pago en caso de imposibilidad de cumplimiento, como por ejemplo el caso fortuito o fuerza mayor por la situación de pandemia.



Oponibilidad de la designación de administradores por conocimiento efectivo

Por Adriana Beatriz Blanco

Colegio de Abogados de San Martín

PONENCIA

La inscripción registral de la designación o cese de los administradores societarios no es constitutiva de dicho acto, sino un medio para asegurar la publicidad y protección de los terceros. Si, a pesar de no existir la inscripción, el tercero concretamente afectado fue oportuna y fehacientemente anoticiado del cambio registrado, la finalidad de publicidad perseguida está cumplimentada y por lo tanto el tercero no puede ampararse en la falta de inscripción en el Registro para desconocer el acto.

DESARROLLO

La doctrina y la jurisprudencia ha sido conteste en sostener que por el juego de lo normado en los arts. 12 y 60 de la L.G.S. la inscripción de la designación o cese de administradores tiene efectos declarativos, no constitutivos del acto y que la falta de inscripción registral no impide que los directores ejerzan los actos propios de su cargo desde su designación y aceptación del cargo. Y además que el incumplimiento de esa carga inscriptoria tampoco puede justificar la excepción de falta de personería o considerarse como un supuesto de insuficiencia de poder¹⁴⁴.

Por otro lado, el art. 12 L.G.S. ha sido objeto de críticas en tanto discrimina a las sociedades S.R.L o por acciones respecto del resto de los tipos, ya que en aquellas el tercero interesado que tomó conocimiento de las modificaciones no puede alegarlas contra la sociedad o los socios, mientras que puede hacerlo en el resto de los tipos¹⁴⁵, haciendo una discriminación que carece de sólidos fundamentos.

144 Roitman, H., Ley de Sociedades Comerciales Comentada y Anotada, t. I, p. 909 y 917, y sus citas de jurisprudencia.

145 Vitolo, Daniel Comentarios a las modificaciones de la ley 26.994 a la Ley General de Sociedades Ed. Ad Hoc pag. 218.

La cuestión radica en determinar si la inoponibilidad a los terceros por parte de los administradores o la sociedad es absoluta¹⁴⁶, ya que el art. 60 remite al art. 12, pero eliminando la discriminación efectuada respecto de la SRL o sociedades por acciones, es decir que los terceros pueden alegarlas contra la sociedad. La oponibilidad a los terceros es un caso que reviste de importancia en la práctica, ya que muchas veces para el director renunciante resulta complejo obtener la inscripción de su cese a los efectos de lograr eximir su responsabilidad por actos en los cuales no ha participado¹⁴⁷.

A favor de su oponibilidad se ha sostenido: *“... si el tercero tiene conocimiento de la designación del administrador (y esto se puede comprobar en caso de controversia), por más que la misma no esté inscripta, la designación le resultará oponible, no pudiendo desconocer las obligaciones asumidas frente a la sociedad, argumentando que el administrador con el que contrató no está inscripto. Es el caso de la oponibilidad frente al tercero de mala fe”*¹⁴⁸.

Recientemente esta cuestión fue claramente resuelta por la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires A. 72.823, en la causa *“Fisco de la Provincia de Buenos Aires c/ Ata S.A. y otros s/ Apremio. Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley”*, de fecha 21/12/2020, donde se hizo lugar al recurso de inaplicabilidad de ley interpuesto por un ex director de la sociedad contribuyente y se revocó la sentencia dictada por la Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo con asiento en la ciudad de San Martín, que había rechazado la excepción de inhabilidad de título interpuesta porque su desvinculación no había sido inscripta en el Registro Público, sin merituar la prueba del conocimiento efectivo de su cese.

En apretada síntesis, el ex director de la Sociedad Ata S.A. fue demandado por el Fisco Provincial por una deuda de la sociedad por pago de Ingresos Brutos correspondientes a un período en el cual ya había cesado como director. Por ello opuso excepciones de inhabilidad de título y prescripción, obteniendo sentencia favorable en primera instancia. Sin embargo la Cámara de Apelación revocó la sentencia con los siguientes fundamentos: *“no cabe declarar procedente la inhabilidad de título alegada, toda vez que la inscripción en los registros correspondientes de la cesación como director del señor Stella no surge del expediente administrativo relevado, no fue acreditada en forma alguna ni tampoco fue demostrada la incorporación de tal información al legajo de la sociedad*

146 Nótese que el título del art. 12 LGS dice “ineficacia para la sociedad o los terceros”, cuando no la hay, en realidad resultan válidas para los socios y sólo inoponibles a terceros”.

147 Con relación al tema de la renuncia de los directores, ver ponencias de la suscripta presentadas en el XXXIII Encuentros de Institutos de Derecho Comercial Mayo 2001. “Renuncia de directores e inscripción (art. 60 LSC)” y “Renuncia de directores y aceptación”.

148 Perciavalle, Marcelo, Ley de sociedades comentada. Erreius. Pag. 145.



ni su correspondiente publicación”. Por ello entendió que la pérdida de la calidad de director del codemandado resultaba inoponible al Fisco, por falta de inscripción registral.

Por el contrario, la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, con voto del Juez doctor de Lázzari sostuvo: *“En la sentencia que viene en revisión, por un lado, se reconoce plenamente la realidad de las cosas. El señor Stella ninguna atingencia poseía en la sociedad al tiempo de generarse los hechos imponible. Había dejado de ser su representante. Todo ello se desprende fehacientemente de diversas actas de asambleas de las que tomó conocimiento la Agencia de Recaudación de la Provincia de Buenos Aires (ARBA) en tiempo oportuno, con más una comunicación fehaciente por carta documento en la que dicho exrepresentante le hizo saber la conclusión de su función. Por otro, sin embargo, en base a normativa de la Ley de Sociedades la Cámara entendió que la registración de esa situación constituía recaudo ineludible y que por falta de éste el alejamiento de Stella era inoponible al Fisco. Naturalmente, se comparte que conforme los términos de la ley 19.550, para la oponibilidad a terceros de modificaciones, designaciones o cesación de administradores resulte necesaria la inscripción en los registros pertinentes. Es un ingrediente que asegura suficiente publicidad, para que esos terceros estén advertidos y los eventuales cambios produzcan efectos a su respecto. En otras palabras, la inscripción en los registros no constituye un fin en sí mismo sino un instrumento para asegurar aquella publicidad. Si, como en el caso, a pesar de no existir la inscripción, el tercero concretamente afectado -en el caso, el Fisco acreedor de la sociedad- fue oportuna y fehacientemente anoticiado del cambio registrado, la finalidad de publicidad perseguida está cumplimentada. Que ese anoticiamiento haya tenido lugar por la vía de haberse accedido a las actas de asamblea y de recibir notificación por carta documento y no por la inscripción en un registro carece de total relevancia. Es más, la vía escogida en el caso asegura un conocimiento cabal y no meramente presunto como el que emana de un registro. Pero lo que importa es que no es posible hacer oídos sordos a lo que las propias constancias de la causa demuestran categóricamente. Entonces, se han contradicho en forma abierta y manifiesta esas constancias que justifican acabadamente el apartamiento del codemandado como representante de la sociedad, prescindiéndose de pruebas regularmente traídas al juicio. Esto constituye arbitrariedad, en el prístino sentido atribuido a ese término por la Corte Suprema de Justicia de la Nación”.*

Coincido plenamente con la solución arribada por la Suprema Corte, quien consideró que se encontraba quebrado el principio de realidad económica establecido en el art. 7 del Código Fiscal. Las definiciones adoptadas en este fallo de la Suprema Corte, que ha tenido en cuenta la



finalidad de las normas y los principios y valores jurídicos comprometidos de un modo coherente (art. 2 del Título Preliminar CCCN) merece destacarse, especialmente la consideración de la inscripción registral como meramente instrumental, destinada a cumplir la finalidad del anoticiamiento, el cual puede lograrse por otros medios.

Si bien, el fundamento de la Corte ha sido en definitiva, el principio de la realidad económica aplicable en materia fiscal, a la misma solución puede arribarse por la correcta aplicación de las normas societarias.

Si, como se ha dicho, la inscripción de la designación de administradores prevista en el art. 60 L.G.S. es de carácter declarativo, el efecto es otorgar una oponibilidad amplia “erga omnes” en razón de un conocimiento presumido por la publicidad edictal y la inscripción registral efectuada. La designación resulta plenamente válida aún sin dicha registración, sólo que resultará inoponible a los terceros que la desconocen.

Pero si el tercero tiene un conocimiento efectivo de las decisiones sociales (y se puede probar ese conocimiento), la designación o cese son oponibles a éstos, que no pueden desconocerla por aplicación del principio de buena fe. No obra de buena fe quien, anoticiado del cambio de directorio, pretende ampararse en la falta de inscripción registral para demandar a quien sabe no se desempeñaba como tal a dicha época. Esta oponibilidad es la que denomino oponibilidad por conocimiento efectivo.

En igual sentido se ha sostenido: *“En otras palabras, la responsabilidad del administrador cesa desde que se le aceptó la renuncia y dejó de desempeñarse como tal, independientemente de cualquier inscripción (conf. CNCom. Sala C, 26/6/1995, “Abad, R. y otro c/ Murphy, Tomás”, LL 1995-E, p. 437; Rouillón, A. y Alonso, D., Código de Comercio, comentado y anotado, Buenos Aires, 2006, t. III, p. 143, texto y nota n° 66). Esto es así porque la publicidad registral del cese de funciones del administrador no tiene efectos sobre el ámbito de responsabilidad patrimonial por la conducta dañosa, que debe atender a la actividad efectivamente desarrollada, dependiendo su exención de la prueba de que el administrador cesó en su desempeño antes de los hechos de los que resulta su responsabilidad, con prescindencia de las registraciones respectivas (conf. Roitman, H., ob. cit., t. I, p. 917, texto y nota n° 2455). Es que el régimen de inscripción del citado art. 60 persigue la protección de los terceros en sus relaciones con la sociedad, no dando cuenta de un sistema por el cual un director que ya no es tal pueda ser responsabilizado frente a terceros por los actos de otros administradores societarios (conf. Vítolo, D., Sociedades Comerciales - Ley 19.550 comentada, Buenos Aires - Santa Fe, 2007, t. I, p. 783; Martorell, E., ob. cit., t. II, ps. 528/529; Ferrer, G., Responsabilidad de los administradores societarios, Buenos Aires, 2009, p. 129; Richard, E. y Muño, O., Derecho*



*Societario, Buenos Aires, 1997, p. 529, n° 333; Grispo, J., La renuncia de los directores en la sociedad anónima, LL 2009-E, p. 750, cap. 7).*¹⁴⁹

La misma solución respecto de la oponibilidad limitada por conocimiento efectivo se ha adoptado con la reforma del art. 22 L.G.S., en tanto el contrato de una sociedad de la Secc. IV es oponible a terceros, si se prueba que éstos lo conocieron efectivamente al tiempo de la contratación o del nacimiento de la relación obligatoria.

También podemos ver que la postura resulta coherente con el art. 157 del CCCN que establece para todas las personas jurídicas que la modificación de estatutos produce efectos desde su otorgamiento y si requiere inscripción es oponible a terceros a partir de ésta, *excepto que el tercero la conozca*. Es decir, una oponibilidad acotada por conocimiento efectivo del tercero de las decisiones adoptadas por la persona jurídica.

Actualmente muchos Bancos y organismos oficiales requieren que se inscriban los administradores, tanto de sociedades como de asociaciones, a los efectos de tener por acreditada su designación, lo cual constituye un exceso y a la luz de lo precedentemente analizado, innecesario, máxime en una situación excepcional de restricciones como la que nos encontramos atravesando. Quizás sentencias como la comentada, sea el camino a una mayor seguridad jurídica, transparencia y flexibilidad respecto de los administradores y representantes societarios.

149 Daich, Edgardo Alberto c/Centro de Salud Reproductiva CER SA s/ordinario, Cám. Nac. Com. SALA : D, 22/03/2018





50
años

DERECHO CONCURSAL



Crisis empresarial. Por causas extraordinarias, imprevisibles y ajenas a la empresa. A más de un año del inicio de la pandemia, seguimos “en veremos”

Por Fernando Javier Marcos

Colegio de Abogados de Morón

SUMARIO

Frente a una situación de excepción como la que ha provocado la pandemia causada por el coronavirus (Covid 19) que desde hace más de un año golpea la salud y la economía de todos los países del globo, es necesario que el Congreso de la Nación, de la misma manera que lo hicieron hace mucho tiempo muchas naciones, sancionen de una buena vez normas transitorias y adecuadas para enfrentar la grave crisis patrimonial que el actual estado de cosas está generando en las empresas de nuestro país, el cual ha dejado a gran parte de las compañías, principalmente pymes, en un verdadero estado de cesación de pagos y, por lo tanto, en zona de riesgo de quiebra.

Se impone, por lo tanto, dictar una ley que modifique transitoriamente y por un período razonable la ley de 24.522, con el fin de sortear esta grave crisis causada por un evento como la mencionada pandemia, totalmente imprevisible, extraordinario, sobreviniente, inevitable y ajeno a las partes de cualquier vínculo obligacional, sea este de naturaleza individual o colectivo.

De lege ferenda: entre otras medidas, se sugiere:

- suspender los pedidos de quiebra directa e indirecta a pedidos de los acreedores;
- la suspensión de los intereses de todos los créditos concursales o, en su caso, limitarlos en todos los casos a la tasa pasiva;
- suspensión de las ejecuciones de créditos concursales que posean garantías reales;
- extender los plazos del período de exclusividad para permitir a los concursados reformular sus propuestas y renegociar con sus acreedores;
- la necesaria exclusión de los acreedores fiscales de la votación

de las propuestas de acuerdos;

- permitir la reformulación de los acuerdos homologados y su nueva negociación, suspender la inhibición del artículo 59 último párrafo de la ley 24.522 para presentarse a concurso preventivo, y
- adoptar urgentemente un mecanismo legal sencillo, transitorio y, preferentemente oral, para atender el sobreendeudamiento de la persona humana que no realiza actividad empresarial, entre otras medidas posibles.

De lege lata: Sin perjuicio de lo expuesto, se considera que la reformulación y renegociación de los acuerdos preventivos homologados es posible en la medida que se den los requisitos previstos por los artículos 955, 956, 1730 y 1732, todos del Código Civil y Comercial, aplicables a la materia concursal, si se efectúa una interpretación razonable y finalista de los textos legales, particularmente en este marco excepcional (conf. artículos 1º, 2º y 3º de dicho Código).

I. La pandemia, la crisis y las propuestas de reforma

1. Frente a una situación especialmente extraordinaria y definitivamente imprevisible como la pandemia provocada por el COVID 19 y sus nefastas consecuencias, especialmente para la vida y la salud de las personas, es una obviedad señalar que las soluciones o propuestas deben tener el mismo carácter, es decir, ser especiales y pensadas para superar el actual y complejísimo estado de cosas, atento a que las reglas previstas por nuestro sistema legal para atender la celebración, ejecución y cumplimiento de las obligaciones en general, y de los contratos en particular, por sus alcances y presupuestos considerados por el legislador para su dictado, resultan totalmente insuficientes o inadecuadas.

Para ir al grano, el impacto de toda esta excepcional realidad que nos toca transitar a todos —porque más allá de la medida y de los con diversos efectos que la pandemia provoca, nadie queda ajeno a ella—, ha encontrado en la economía planetaria el otro lugar común donde golpear, y de qué manera.

Por ser un fenómeno no localizado sino “globalizado”, tampoco se parece a ninguna de las periódicas “crisis” que habitualmente enfrentamos en nuestro país, cuya sucesión es casi tan regular, que estas han perdido el carácter de extraordinarias y, menos aún, de imprevisibles.



La cuestión es que, las particularidades de la que se ha presentado en desde inicios del año 2020 a la fecha que, sin lugar a dudas y con sus agravantes, en lo que respecta a la República Argentina, se origina en la misma “masa madre” —si se me permite una expresión de moda en estos tiempos donde el encierro ha transformado en cuasi panaderos aficionados a muchos argentinos aislados—, es precisamente su “globalización”.

Esto significa —y ya lo hemos comprobado durante todo este tiempo que ha transcurrido— que esta vez no vamos a encontrar un mundo esperándonos para hacer negocios como en otros tiempos, sino a uno más o menos golpeado, tratando de hacerlos, pero primero, intentando acomodar sus propias economías internas.

Pues bien, en lo que nos toca, o sea, en la temática de la crisis patrimonial generalizada que caracteriza nuestra insolvencia, las cosas ya han mostrado todos sus costados y consecuencias nefastas, como ser, el cierre de innumerables comercios y empresas de todo tipo, como así también, la pérdida de muchos puestos de trabajo.

Y si las cosas no están peor, es a causa de la ralentización del sistema judicial a causa de las medidas sanitarias tomadas en las diversas jurisdicciones del país y, en mi opinión, por la decisión de los diversos fiscos —nacional y provinciales, en general— de no salir a ejecutar deudores y, especialmente, a no embargar cuentas corrientes de los contribuyentes morosos.

Solo por este último motivo y, en parte, por la apatía de los acreedores que ya no saben si les conviene o no invertir en perseguir judicialmente el cobro de sus acreencias, no hemos asistido desde marzo del año pasado a una catarata de concursos preventivos o de pedidos de quiebra, como sí ocurrió en tiempos de la denominada “Crisis del 2001”.

2. Ahora bien, a más de un año vista desde que se inició el aislamiento allá por el 19 de marzo del 2020, nuestro Congreso Nacional, así como en aquel entonces debatía “tan trascendentes” como trabar el funcionamiento de la ley de SAS, o en qué se hace con lo actuado en función del groseramente inconstitucional DNU¹⁵⁰ que dispuso la intervención de una firma que estaba y está sujeta a la jurisdicción del juez concursal, tal como lo mandan la Constitución de la Nación y las de Concursos y Quiebras, particularmente mencionada por nuestra Carta Magna en su artículo 75 inciso 12, entre otras nimiedades

Pero el Congreso, incluso al día de hoy —mayo de 2021— no ha hecho nada

150 Decreto DNU n° 522/2020 dictado en el marco de los artículos 57, 59 y 60 de la Ley de Expropiaciones n° 21.499, que dispuso la intervención temporánea anormal de la firma Vicentín S A.I.C.



útil, ni ha dictado una sola ley relevante que se ocupe de la pandemia y de la grave crisis sanitaria, social y económica que aquella agravó.

O sea, el tratamiento de “lo urgente” brilla por su ausencia, o sea, estamos “en veremos”.

Pareciera que esa solución y las propuestas también extraordinarias —pues, como lo adelanté, los remedios habituales y previstos por el ordenamiento jurídico para lo habitual no alcanzan— que los habitantes de la República Argentina están reclamando y esperando desde hace más de un año, no son prioridad para muchos de nuestros legisladores —de todas las bancadas—, quienes parecen no haber tomado nota —por su parsimonia y cansino accionar— de la gravedad de las circunstancias.

En fin, el tema es que nos encontramos en medio de un verdadero problema, donde el Estado, incluso, decide a fuerza de *decretazos* que las normas previstas para los casos excepcionales de fuerza mayor en la relaciones laborales no se pueden invocar para enfrentar las situaciones que tales normas regulan¹⁵¹, como si los empresarios se dedicaran a suspender o a despedir trabajadores por deportes, y como si los empleos genuinos se pudieran sostener por arte de magia y sin recursos. Pero esa es nuestra Argentina.

3. Dicho esto, reiterando lo que propuse hace un año, considero que se deben tomar con suma urgencia algunas medidas concretas y transitorias para impedir que las consecuencias de la crisis no terminen por liquidar lo poco que queda de nuestra estructura social y económica, que venía mal y que, para colmo de males, fue golpeada de manera brutal por la pandemia.

Las ideas que se sugieren aquí no son para nada novedosas e, incluso, se encuentran varias de ellas plasmadas en diversos anteproyectos ya presentados en el Congreso y en diversas propuestas que se vienen trabajando, entre los que se encuentra el elaborado por el grupo denominado “El Arca”¹⁵² conformado por destacados especialistas, que el Poder Legislativo Nacional ni se preocupó en revisar, especialmente ante la falta de iniciativa e ideas que parece afectar a nuestros legisladores que parecen vivir ajenos a la realidad y enfrascados en sus pueriles luchas palaciegas.

En fin, entre algunas medidas posibles se pueden mencionar:

- suspender los pedidos de quiebra directa e indirecta a pedidos de los acreedores;

¹⁵¹ Decretos DNU 329/2020 y 487/2020, y tantos que siguieron ampliando y modificando esos temas cuya enumeración no vale ya ni la pena, porque son puras repeticiones y ratificaciones de los anteriores.

¹⁵² <https://elarcapress.wordpress.com/subite-a-el-arca/>

- la suspensión de los intereses de todos los créditos concursales o, en su caso, limitarlos en todos los casos a la tasa pasiva;
- suspensión de las ejecuciones de créditos concursales que posean garantías reales;
- extender los plazos del período de exclusividad para permitir a los concursados reformular sus propuestas y renegociar con sus acreedores;
- la necesaria exclusión de los acreedores fiscales de la votación de las propuestas de acuerdos;
- permitir la reformulación de los acuerdos homologados y su nueva negociación, suspender la inhibición del artículo 59 último párrafo de la ley 24.522 para presentarse a concurso preventivo, y
- adoptar urgentemente un mecanismo legal sencillo, transitorio y, preferentemente oral, para atender el sobreendeudamiento de la persona humana que no realiza actividad empresarial, entre otras medidas posibles.

Todas estas opciones, como tantas otras posibles que están circulando en los medios especializados, están dirigidas a impedir que estas circunstancias extraordinarias que se vienen analizando, no queden bajo los alcances de reglas previstas para abordar la insolvencia cuando la economía en general se encuentra en condiciones más o menos normales o frente a crisis distintas de la actual (2020-2021), caracterizada precisamente por ser extraordinaria, imprevisible, inevitable, sobreviniente, y que imposibilita el cumplimiento de las obligaciones por causas objetivas —pandemia— absolutamente no imputables al obligado.

Se busca con ello, ganar algún tiempo que permita a los deudores que antes de estos hechos se encontraban *in bonis* o ya transitando su concurso —para el caso da igual—, acomodarse una vez que concluyan las restricciones y la actividad económica comience, recuperación que las características de este proceso esta vez va a ser una lenta y trabajosa, y que va a requerir de la mayor cantidad de organizaciones —empresas— razonablemente viables en pie para recomenzar.

Es evidente que nadie podía prever durante el año 2019 y los primeros meses del 2020, que directamente no se iba a poder trabajar, algo totalmente inédito e también indigerible en términos económicos, especialmente para el sector de la pequeña y la mediana empresa, que es el más vulnerable porque no tienen las espaldas de las grandes corporaciones y es muy —o casi— dependiente de flujo de caja, el cual se



vio abruptamente interrumpido, y en muchos casos no pudieron realizar actividad alguna; totalmente.

Menos aún pensar que a mediados del 2021 las cosas iban a estar peor por el arrastre de un nefasto año 2020 sin rumbo.

4. Precisamente ante la imposibilidad razonable de prever algo como una pandemia, especialmente cuando nadie puede hacerlo —es lo que define de alguna manera a la “causa ajena”—, el derecho libera de responsabilidad al deudor que se ve impedido, definitiva o temporalmente, de cumplir con sus obligaciones, en la medida que éste no se encuentre en mora al momento en que el hecho extraordinario tiene lugar.

Esto tiene lógica, porque si bien prevén la posibilidad de eventos o hechos extraordinarios e imprevisibles —para eso está el *caso fortuito* y la *fuerza mayor*—, tales herramientas no están pensadas para un caso donde esas circunstancias especialísimas afectan a todas las personas a la vez, tal como ocurre en la actualidad, donde ese “todas las personas” es igual al planeta.

No obstante, si no se aplica un criterio similar al comentado en los párrafos anteriores para una situación tan particular como la que estamos viviendo, las cosas se van a complicar aún más.

De allí la necesidad de normas particulares que, tal como se adelantó, deben durar el tiempo necesario para permitir la recuperación y recomposición patrimonial a través de la renegociación de los pasivos, entre otras alternativas, pero no más.

Nótese que si bien el Estado ha brindado ciertas ayudas que han resultado útiles, lo cierto es que muchas empresas que han permanecido cerradas —la mayoría de las que ha seguido funcionando lo ha hecho al 30 % o 50 % en el mejor de los casos— y no han podido generar recursos de ninguna especie o muy escasos, ni siquiera han podido abonar la diferencia de haberes a su cargo para completar los montos pactados en diversos acuerdos sectoriales amparados bajo un artículo 223 bis de la ley 20.744 aplicado *sui generis*, pactados con los sindicatos pero que dejaron en manos de cada trabajador —lógico porque es un acuerdo de partes sobre aspectos de derecho individual y no colectivo— aceptar o no convenido.

En fin, reitero, la idea es permitir renegociar, reacomodarse, ganar tiempo y evitar lo peor que es la quiebra, donde todos pierden; todos, sin excepción.

5. Hice mención en párrafos precedentes que por encontraban su origen en una situación de excepción las medidas propuestas debían ser transitorias, o sea, estar pensadas y ordenadas solo a tratar de sortear el

problema que enfrentamos como consecuencia de la pandemia.

Esto no impide advertir que algunas de esas sugerencias podrían ser útiles siempre —por ejemplo, la limitación de las tasas de interés, la exclusión de voto de los acreedores fiscales, etc.—, pero la urgencia hace que no se cuente con el tiempo adecuado que una reforma exige.

Entiendo que no es prudente en estos momentos de incertidumbre, donde lo que precisamente existe es imprevisibilidad, conmoción, inestabilidad y ausencia de toda certeza sobre lo que se puede y lo que se quiere, aprovechar para tratar proyectos de reforma más trascendentes. Para eso habrá tiempo ya.

Por el momento, es imperioso atender la urgencia y evitar el colapso de nuestro sistema económico y una mayor pérdida de puestos de trabajo con todo lo que ello implica y, por cierto, javisarles a nuestros legisladores! que parecen estar en “otras cosas”.

Es definitivamente necesario sostener y apoyar realmente a nuestras empresas —en su gran mayoría pymes—, no aumentando el endeudamiento tributario y financiero con préstamos —aunque sea a tasas subsidiadas—, para que aquellas que exhiban una aceptable viabilidad —difícil de definir en estos tiempos— puedan conservar su actividad y, con ella, los empleos, que de por sí van a ser escasos el día después de esta cuarentena.

II. La fuerza mayor y su aplicación inmediata

1. Finalmente, no obstante, lo expuesto con anterioridad, considero que tanto la extensión de los plazos del período de exclusividad, pero principalmente, la reformulación y renegociación de los acuerdos preventivos homologados, es posible en la actualidad y sin que medie una reforma legal.

Es indudable que las restricciones impuestas por el aislamiento dispuesto por el Gobierno federal por razones sanitarias, que en muchos casos ha significado la paralización total de muchas actividades comerciales, industriales y de servicios desde el 20 de marzo del 2020, que con sus modificaciones, idas y vueltas, persisten —aunque en menos rígidas—, representa una clarísima causa de *fuerza mayor* que, en numerosos casos, ha significado la imposibilidad de obtener ingresos para afrontar las obligaciones asumidas y aquellas impuestas por la legislación vigente (tributaria, laboral, etc.).

Como se sabe, al igual que lo hacían los artículos 513 y 514 del Código de Vélez, el Código Civil y Comercial en su artículo 1730, dispone, que “[s] e 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”.

No solo la imposibilidad de realizar actividad es la única causa de fuerza mayor, pues muchos comerciantes, empresarios y profesionales que han podido continuar trabajando, han visto mermar sus ingresos de manera alarmante, porque sus clientes también están seriamente afectados y también facturan menos.

Es un círculo por demás vicioso, que se retroalimenta para mal y que cada vez lo complica más todo.

Se podrá decir que uno de los requisitos de admisibilidad para la invocación del *casus* es que el deudor no se encuentre en mora, situación en la que, en principio, no se encontraría el deudor concursado (*in malis*).

Sin embargo, en el supuesto que he mencionado —acuerdos preventivos homologados— las cosas no son así, pues los efectos novatorios que producen dicha homologación causa la extinción de las obligaciones originarias las que son reemplazadas por nuevas obligaciones cuya fuente es ahora el *acuerdo preventivo*.

Siendo así, la aprobación de dicho acuerdo por el juez concursal y los efectos que del mismo emanan (artículo 55, ley 24.522), también hacen cesar los efectos de la mora anterior a causa de la renegociación de los pasivos que contiene dicho acuerdo.

Aclarado este importante punto, se debe tener presente que la *fuerza mayor* en este caso, posee los caracteres de ser un *hecho extraordinario, imprevisible, sobreviniente, y ajeno a las partes*,¹⁵³ aspecto este último junto con la *insuperabilidad*¹⁵⁴ del evento impositivo, componen los requisitos de su admisibilidad para que el incumplimiento no sea imputable al deudor e interrumpa el nexo de causalidad.

No se trata de falta de culpa —cuando la imputabilidad es *subjetiva*—, sino que “la causa del incumplimiento es el hecho fortuito y no la negligencia del deudor”¹⁵⁵. Y cuando la imputabilidad es *objetiva*, la fuerza mayor opera directamente interrumpiendo el nexo de causalidad.

Naturalmente que el solo invocar la pandemia, o la prohibición del Gobierno federal para realizar actividad económica, aunque califiquen como fuerza mayor *in re ipsa* no alcanzan por sí solas para para neutra-

153 OSSOLA, Federico A., *Obligaciones*, Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot, p. 776 y ss.; ALTERINI, Atilio A., AMEAL, Oscar J. y LÓPEZ CABANA, Roberto M., *Derecho de Obligaciones Cíviles y Comerciales*, Buenos Aires, Ed. Abeledo-Perrot, 1996, p. 353 y ss.; BORDA, Alejandro, *Derecho Civil y Comercial - Obligaciones*, Alejandro Borda y Fernando Alfredo Ubiria (autores del capítulo), Buenos Aires, Ed. Thomson Reuters-La Ley, p. 393 y ss.

154 ALTERINI, A. A., AMEAL, O. J., LÓPEZ CABANA, R. M., *op. cit.*, p. 359.

155 *Ibidem*, p. 357.

lizar la responsabilidad, pues el hecho en cuestión, desde la perspectiva de la causalidad adecuada, debe representar la *causa material* de la no realización de la prestación debida —es decir, del incumplimiento de la obligación— que obsta al nacimiento de responsabilidad en cabeza del deudor¹⁵⁶.

Ese hecho que constituye el *caso fortuito* o la *fuerza mayor* —conceptos asimilados en nuestro Código Civil y Comercial, aunque ontológicamente no son lo mismo¹⁵⁷— y que en el supuesto bajo estudio pudo haber provocado la caída grosera o total de facturación, la imposibilidad de obtener recursos en forma alarmante a causa de la no realización de tareas por no ser una actividad esencial (Decreto DNU 297/2020 y sus mod.), el cambio abrupto de las condiciones de contratación y de cumplimiento de los propios clientes, el corte de la cadena de pagos, entre otras; debe ser la causa material —causa adecuada— del incumplimiento o del inminente cumplimiento cuando están por vencer, por ejemplo, cuotas concordatarias.

De otra forma no opera la exclusión de responsabilidad y el deudor cae en incumplimiento imputable.

Y si bien, las medidas más gravosas golpearon con mayor dureza el año 2020, hoy persisten muchas de ellas, razón por la cual, ninguno de estos argumentos ha perdido vigencia actualmente.

2. Continuando con nuestro análisis, debo señalar que, además del artículo 1730 del Código ya citada, diversos preceptos se ocupan de la problemática de la imposibilidad de cumplimiento.

Así, el artículo 955 del Código Civil y Comercial al tratar la *imposibilidad de cumplimiento de las obligaciones*, la define como aquella “imposibilidad sobrevenida, objetiva, absoluta y definitiva de la prestación, producida por caso fortuito o fuerza mayor, extingue la obligación, sin responsabilidad. Si la imposibilidad sobreviene debido a causas imputables al deudor, la obligación modifica su objeto y se convierte en la de pagar una indemnización de los daños causados”.

Luego, en el artículo siguiente se refiere a la *imposibilidad temporaria*. Esta imposibilidad, cuando es “sobrevenida, objetiva, absoluta y temporaria de la prestación tiene efecto extintivo cuando el plazo es esencial, o cuando su duración frustra el interés del acreedor de modo irreversible” (artículo 956 CCCN).

Por último, se complementan estas normas con la que contiene el artículo 1732 del Código Civil y Comercial, donde se dispone que “[e]l deudor de

156 OSSOLA, F. A., *op. cit.*, p. 777.

157 LÓPEZ MESA, Marcelo J., *Caso fortuito y fuerza mayor en el Código Civil y Comercial*, Buenos Aires, LA LEY, 29/04/2015, Cita Online: AR/DOC/1264/2015

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”.

Todos estos preceptos, adecuadamente interpretados y aplicados (artículos 1º, 2º y 3º del CCCN), se transforman en alternativas útiles y válidas a las que se puede acudir para dar cauce a situaciones que no dudo se van a presentar —ya se están presentando—, porque los acuerdos homologados en curso de ejecución se pueden ver seriamente afectados en su cumplimiento, precisamente por las circunstancias apuntadas, pues se propusieron y votaron previendo un escenario que para nada se parece al que actualmente existe.

Obviamente que, tal como fue adelantado, si bien no exigirá mayores esfuerzos caracterizar a los hechos que se vienen considerando como supuestos de *fuerza mayor*, en cambio, sí se deberá demostrar —insisto en ello para no fracasar en el intento—, en cada caso concreto, que aquellos eventos extraordinarios son la causa material —causa adecuada— del incumplimiento, para permitir en estos casos, reformular vencimientos hasta tanto desaparezcan la imposibilidad temporal de cumplir lo acordado y homologado.

3. En síntesis, frente a este panorama, no admitir estas salidas excepcionales y en casos puntuales donde resulta necesario para evitar la quiebra, generaría consecuencias no deseadas y no previstas por la ley concursal, pues cuando esta decide quebrar a quien no cumple con un acuerdo (artículo 63 ley 24.522) tiene en cuenta otros escenarios que nada tienen que ver con la que viene produciendo esta pandemia.

III. CONCLUSIONES

Para finalizar, sería absurdo creer que la crisis argentina es culpa de un virus dañino e inoportuno. No seríamos justos con este intruso viral que ha complicado el mundo más de la cuenta, y también ha servido para distraernos de muchas cosas importantes. Siempre a lo malo alguno le saca provecho.

En rigor de verdad, este “mal bicho” nos ha complicado más la vida, pero también hizo que quedaran a la luz muchos de nuestros groseros defectos como país. Uno de ellos, es la responsabilidad del Estado corrupto, prebendario y gastador compulsivo que fagocita cualquier rentabilidad genuina que generan los que de verdad trabajan.



Pero parece que esto nos vienen en los genes. Sino, lean lo que Juan Bautista Alberdi escribió y que no ha perdido actualidad, que transcribo porque no tienen desperdicio: *“Hasta el peor enemigo de la riqueza del país ha sido la riqueza del Fisco. Debemos al antiguo régimen colonial el legado de este error fundamental de su economía española. Somos países de complexión fiscal, pueblos organizados para producir rentas reales. Simples tributarios o colonos, por espacio de tres siglos, somos hasta hoy la obra de ese antecedente, que tiene más poder que nuestras constituciones escritas. Después de ser máquinas del fisco español, hemos pasado a serlo del fisco nacional; he aquí toda la diferencia. Después de ser colonos de España, lo hemos sido de nuestros gobiernos patrios: siempre estados fiscales, siempre máquinas serviles de renta, que jamás llegan, porque la miseria y el atraso nada pueden redituar.*

*El sistema económico de la Constitución argentina hiere de muerte a este principio de nuestro antiguo y moderno aniquilamiento, colocando la Nación primero que el gobierno, la riqueza pública antes que la riqueza fiscal. Pero en economía, más que en otro ramo, es nada consagrar el principio; lo que más importa, lo más arduo es ponerlo en ejecución. No se aniquila un régimen por decreto, aunque sea constitucional, sino por la acción lenta de otro nuevo, cuya creación cuesta el tiempo mismo que costó la formación del malo, y muchas veces más, porque el destruir y olvidar es otro trabajo anterior. El moderno régimen está en nuestros corazones, pero el colonial está en nuestros hábitos, más poderoso de ordinario que el deseo abstracto de lo mejor”.*¹⁵⁸

Esta perversa dinámica fiscal de la que nunca hemos salido y que nos persigue desde antes de los comienzos de nuestra organización nacional, hoy está más enraizada que nunca y es la gran responsable de la destrucción de la economía argentina; y la sigue destruyendo más que la pandemia del coronavirus.

Parafraseándolo a Alberdi, *está en nuestros hábitos*, lamentablemente.

¿Será el “gen argentino”?

Ciertamente, no aprendimos nada, o muy poco, por ser optimista. Esto lo escribí en junio del 2020 y, a pesar de todo, debo destacar que los responsables de hacer algo se quedaron inmersos en sus lastimosas diatribas, nada más que en eso.

¹⁵⁸ ALBERDI, Juan Bautista, *Sistema Económico y Rentístico de la Confederación Argentina - Según su Constitución de 1853*, Buenos Aires, Ed. Librería El Foro, 1993, p.13.

La importancia de un plan de contingencia como herramienta superadora de la crisis empresarial

Por Celina Pavese

Colegio de Abogados de Morón

Introducción

A principios de 2020 existían aproximadamente 546.000 empresas, de las cuales solo 3.519 proporcionaban el 50% del trabajo en relación de dependencia, pero el otro 50% se trataba de relaciones laborales de trato preponderantemente directo con los empleados, característica que distingue a las Pymes de las grandes empresas cuando, por ejemplo, el dueño del negocio los llama por su nombre, conoce ciertas vicisitudes de sus vidas personales y muchas veces participa en ellas...

Sabemos que el pequeño y mediano empresario, honesto y de buena fe, cuando toma la difícil decisión de concursar, presentarse en quiebra, o simplemente cerrar, ve primeramente las caras de sus dependientes, y antes de llegar a dicha situación no son pocas las veces que prefiere restringir o condicionar mejores soluciones para sí en pos de las personas con las que trata y comparte el esfuerzo diario.

La pandemia y el ASPO trajeron consigo el desasosiego y la profundización de una crisis económica que ya venía arrastrándose de tiempo atrás. Si bien, no hubo un crecimiento exponencial de concursos y quiebras como se esperaba, no pocos se preocuparon por la suerte de aquellos acuerdos extrajudiciales y de acuerdos preventivos homologados cuyo cumplimiento se encontraban a mitad de camino... La pregunta que resonaba entre los juristas que tenían la inquietud de realizar algún aporte se hacían la siguiente pregunta: ¿Podrían cumplir con éxito las propuestas ofrecidas y aceptadas en un contexto completamente distinto, en que la buena voluntad fue superada por un acontecimiento extraordinario con disposiciones que hicieron más difícil aún su cumplimiento?

A pesar de todo ese esfuerzo intelectual materializado en proyectos, casi todo siguió igual, excepto por la transformación tecnológica que se operó necesariamente en muchas jurisdicciones en atención a la manda constitucional del derecho al acceso a la justicia de acuerdo a su artículo 18.



Y así llegamos al 2021, pensando una herramienta que permita sobre todo a los pequeños y medianos empresarios superar la crisis de sus empresas de forma que puedan transitar un concurso preventivo con mayor seguridad.

La solicitud del concurso preventivo como fuente de información.

El artículo 11 LCQ exige requisitos formales de petición de concurso enunciados en ocho incisos a saber: el deudor debe acreditar las inscripciones en los registros respectivos; explicar las causas concretas de su situación patrimonial; la expresión de la época en que se produjo la cesación de pagos; acompañar un estado detallado y valorado del activo y del pasivo; acompañar copia de los tres últimos balances; acompañar nómina de los acreedores; enumerar los libros de comercio; denunciar la existencia de un concurso anterior; acompañar nómina de trabajadores y deudas laborales. Según explica Rouillón¹⁵⁹, el escrito de petición debe contener una serie de enunciaciones encaminadas a convencer al juez interviniente de la seriedad objetiva de la solicitud del deudor y de un manejo formalmente correcto de su administración. Dicha enumeración que es taxativa, comprende información retrospectiva, información actual e información prospectiva.

La “información retrospectiva” permite conocer cuáles fueron las causas que llevaron al deudor a presentarse en concurso. La actual, permite saber precisamente el estado actual de las cosas. Mientras que la “prospectiva”, ayuda a evaluar cuáles son las posibilidades que tiene el concursado de tramitar un concurso exitoso.

Toda pequeña y mediana empresa tiene dicha información, aunque quizás no la tenga en forma ordenada o sistematizada. En ese caso, se debería acudir a un equipo profesional interdisciplinario que realice dicha labor. Este equipo tendrá la misión de elaborar un diagnóstico y determinar un plan de acción adecuado valiéndose de herramientas legales, contables y financieras.

La información perspectiva aquella que indica las posibilidades reales es decir cual es el grado de viabilidad que tiene la empresa para superar la crisis constituye la base sobre la cual se elabora un plan de acción concreto.

Esta herramienta con la que puede contar el deudor a la hora de lograr el acuerdo, también le permitirá cumplirlo, debido al análisis permanente de las variables que le daría cierto grado de flexibilidad.

159 ROULLON, Adolfo A.N: Régimen de concursos y quiebras. Ley 24.522. Complementaria del Código civil y Comercial. Editorial Astrea. 17º edición. Buenos Aires. 2015

Oportunidad de la presentación del plan

Generalmente se tiende a pensar que el momento adecuado para presentar el plan sería en el período de exclusividad cuando el deudor realiza sus propuestas a las distintas categorías de acreedores según reza el artículo 43 de la LCQ. Pero, ¿qué pasaría si se presentase al inicio del proceso con el escrito de pedido del concurso preventivo? Algunos pensarán que tendría un efecto negativo, pero si se analiza bien, podría ser un elemento persuasivo para los acreedores que además de ofrecerle una propuesta real concreta superadora, sería también de factible de cumplimiento.

En síntesis

El analizar el problema, especificar la respuesta, decidir el camino, llevarlo a cabo mediante un plan, un curso de acción elegido, examinar la validez del mismo y tener la posibilidad de corregir los desvíos es una respuesta realista para aquellos procesos en que se busca superar la crisis y en especial en un momento histórico extraordinario. La presentación de un “plan”, de una “propuesta de saneamiento”, es decir “qué voy a hacer para superar la crisis”, brinda transparencia, información, disciplina, claridad de objetivos, confianza y fundamentalmente flexibiliza el proceso de modo tal que el plan se va a ir acomodando de acuerdo a las posibilidades de su ejecución. Así lo viene sosteniendo el Dr. Richard¹⁶⁰ quien entiende que es necesario contar con un plan de empresa en el que se informe y expliquen las correcciones que se aplicarán para llevar adelante el proyecto y atender el cumplimiento. Como así también el Dr. Juvent Bas¹⁶¹ preocupado por la empresa como entidad clave del desarrollo social, entiende que “la formulación de un plan de administración es lo mínimo que se le puede exigir a un empresario diligente y con mayor razón si afronta dificultades económicas”. Y finalmente, el Dr. Marcelo Alberti¹⁶² sostiene la necesidad de la presentación del plan de empresa como recaudo del concurso preventivo.

Conclusión

Ante una situación histórica sin precedentes, es necesario brindar herramientas factibles a las pequeñas y medianas empresas que les

160 RICHARD, Efraim H. “El buen hombre de negocios y el plan de empresa”, D.S. y C., abril 1993, págs.. 337 y ss.

161 JUNYENT BAS, F. “Hacia una prospectiva de la noción de empresa como entidad clave en el desarrollo social”, www.abogado.org.ar

162 ALBERTI, E.M., “Una contribución de E.H.Richard al derecho concursal. El plan de empresa como recaudo del concurso preventivo”, en derechos patrimoniales, Ad-Hoc, Bs. As., 2001, pag. 949.

permitan la rápida superación de la crisis.

La información obtenida de los distintos sectores de la empresa como su posterior análisis son la base para elaborar un plan de contingencia concreto.

Anticipar en la presentación del pedido de concurso de qué manera se piensa superar la crisis, lejos de atar resulta liberador, ya que la flexibilidad del plan, se trasmite a la propuesta, siendo el plan mismo la propuesta.

Cabe aclarar también y como otro elemento relevante, la importancia del rol de juez, ya sea como director del proceso, y como facilitador de medidas de financiamiento tan necesarias para la superación de la crisis de los titulares de las tan castigadas pymes argentinas.



La mediación preconcursal: una opción para las empresas en crisis

Por Carlos Ezequiel Garobbio

Colegio de Abogados de la Plata

PONENCIA

La situación de crisis económico/financiera en nuestro país, no es solo una circunstancia actual; lamentamos venir padeciendo sus efectos desde hace varios años. Pero los efectos de la pandemia y las medidas económicas mencionadas impuestas por el gobierno nacional y los gobiernos de las provincias, agravaron sin dudas esta crítica situación.

Hay nuevos paradigmas, que imponen restricciones a los acreedores financieros en materia de contratos, de ejecuciones forzadas y de concursos, como una invitación a la reflexión y al debate.

Todo el crítico panorama expuesto, ha generado o agravado el estado de insolvencia de miles de empresas y comercios. Este estado de insolvencia -casi generalizada- originada en muchos casos hace un tiempo, y en la gran mayoría desatada o agravada por la pandemia del Covid 19, es sin dudas un fenómeno inédito en nuestro país. Se habla entonces de un nuevo fenómeno. La “INSOLPANDEMIA”.

¿Si se decreta la quiebra del deudor (persona humana o jurídica), o de un comerciante o de una empresa??? ¿A quién beneficia su quiebra?

¿La actual ley de concursos es suficiente para la enorme cantidad de concursos y pedidos de quiebras que se espera? Y ¿Nuestros tribunales están capacitados para afrontarla?”

Del análisis expuesto, nos permitimos aportar algunas ideas, utilizando herramientas existentes, fuera de la ley concursal, intentando encontrar alguna base de solución de la crisis del crédito ya comentada más arriba. Una de esas “herramientas” es el instituto de la “mediación”

Por ello, nuestra propuesta de aplicar esta instancia de mediación previa al inicio de los procesos concursales, se basa en: 1) interpretar que el proceso de mediación previa judicial pueda ser aplicada en las circunstancias analizadas en el presente trabajo, habida cuenta será en la etapa “pre concursal”, pues no se abrió aun un proceso concursal (no hay concurso preventivo abierto ni quiebra declarada. (interpretación contrario sensu del inc. 9° del art, 4°); 2) el pedido de mediación



sea voluntario, iniciada por el deudor, siendo viable habida cuenta NO INICIO AUN SU PROCESO CONCURSAL; 3) sea obligatorio para el acreedor, antes de pedir la quiebra del deudor; o 4) modificar ese inciso 9° del art. 4° de la ley 13951, permitiendo aplicar esta figura en las situaciones concursales ya abiertas. 5) crear la figura del MEDIADOR JUDICIAL PRE CONCURSAL: (con asistencia de un especialista concursal), y 6) Modificar la ley de mediación 13951 y habilitar especialistas en materia concursal para asistir a los mediadores ya inscriptos.

PANDEMIA COVID 19 - CUARENTENA Y CRISIS ECONOMICA

1.-El mundo entero fue impactado hacia comienzos del año 2020 por la aparición en China del virus COVID 19, y su veloz propagación a casi todos los países, provocando una descontrolada pandemia, con millones de infectados y de muertos. Según la Organización Mundial de la Salud “OMS”, *“La COVID-19 es la enfermedad causada por el nuevo coronavirus conocido como SARS-CoV-2. La OMS tuvo noticia por primera vez de la existencia de este nuevo virus el 31 de diciembre de 2019, al ser informada de un grupo de casos de «neumonía vírica» que se habían declarado en Wuhan (República Popular China).”* Según declara la OMS en su constitución, *“La salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades».* (Constitución de la OMS-) en el marco de la declaración de pandemia emitida por la ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (OMS) con fecha 11 de marzo de 2020.

Nuestro país no quedó al margen de la epidemia, y hacia fines de febrero de 2020 comenzaron a registrarse los primeros casos. Mas allá de los errores de diagnóstico de las autoridades nacionales en materia de salud, lo concreto fue la imposición del ya famoso “ASPO”, el “aislamiento social, preventivo y obligatorio” por medio del **Decreto DNU 297/2020**¹⁶³, del **19/3/2020**. (ver posteriores ampliaciones y modificaciones, en especial los DNU 235/21 Y 287/21)

En este año 2021, el Poder ejecutivo renovó las medidas de restricciones, dictando primero el DNU 235¹⁶⁴, con fecha 8/04/2021, disponiendo el “DISPO” “distanciamiento y aislamiento social, preventivo y obligatorio - medidas generales de prevención” y pocos días mas tarde, el 30/4/2021

163 DNU 297/20- BO- Publicada en el Boletín Oficial del 20-mar-2020-Número: 34334-Página: 3 con modificaciones posteriores.

164 DNU 235/21- Publicada en el Boletín Oficial del 08-abr-2021-Número: 34626-Página: 3 Nota Infoleg: Ver Decreto N° 235/2021 B.O. 8/4/2021 que establece medidas generales de prevención y disposiciones locales y focalizadas de contención, basadas en evidencia científica y en la dinámica epidemiológica, que deberán cumplir todas las personas, a fin de mitigar la propagación del virus SARS-CoV-2 y su impacto sanitario, hasta el 30 de abril de 2021, inclusive. Vigencia: a partir del día 9 de abril de 2021.)

el DNU 287/21¹⁶⁵ modificando el anterior DNU 235., estableciendo que *“El presente decreto tiene por objeto establecer medidas generales de prevención respecto de la Covid-19 que se aplicarán en todo el país, y disposiciones locales y focalizadas de contención de contagios. (ART. 2º.- OBJETO).*

II.- CRISIS EMPRESARIA Y LA CRISIS DEL CRÉDITO

1.-La situación de crisis económico/financiera en nuestro país, no es solo una circunstancia actual; lamentamos venir padeciendo sus efectos desde hace varios años. Pero los efectos de la pandemia y las medidas económicas mencionadas impuestas por el gobierno nacional y los gobiernos de las provincias, agravaron sin dudas esta crítica situación.

Fácilmente se puede constatar los miles de pequeños y medianos comercios cerrados, la mayoría en forma definitiva. Miles de empresas se ven impedidas de seguir funcionando, entrando en el estado de “cesación de pagos” o de “pre insolvencia como mínimo. Hacia mediados del 2020, había aproximadamente 61.000 empresas con riesgo de cerrar; la mayoría de los estudios y encuestas realizadas mencionaba que cerca de 400.000 empresas estaban solicitando la incorporación a esos planes.

2.-Y en el 2021, volvieron las restricciones. Nuevamente el gobierno nacional impone nuevas medidas que impiden el normal desarrollo de las actividades comercial y empresarias, aunque no es un cierre total y completo. El Poder Ejecutivo sanciono en forma consecutiva, 2 DNU: Decreto 235/2021¹⁶⁶ y el DNU 287/21.

El DNU 287/21 mencionado, impuso que “se suspende la apertura de locales, centros comerciales, establecimientos mayoristas y minoristas, y cualquier otro lugar que requiera la presencia de personas”, impactando negativamente a miles de comercios y empresas. Agravando más aun la situación de esos comercios y empresas, el PEN determino desde el año pasado la prohibición de despidos y suspensiones de empleados (conf. Decreto DNU 329/2020 de fecha 21/3/2020), renovado hasta el próximo 31 de mayo 2021.

Las nuevas restricciones afectan a varios sectores de la economía. Como toda la actividad turística, y entre otros, la *“Gastronomía: en el área metropolitana, los bares y restaurantes solo podrán atender en espacios habilitados al aire libre. Deben cerrar a más tardar a las 19 hs.”*. Con

165 DNU 287/21- Publicada en el Boletín Oficial del 01-may-2021-Número: 34645-Página: 1 (Nota Infoleg: Ver Decreto N° 287/2021 B.O. 1/5/2021 Medidas Generales de Prevención respecto de la Covid-19. Vigencia: a partir del día 1° de mayo de 2021 y regirá hasta el 21 de mayo de 2021, inclusive.)

166 B.O. Correspondiente a la edición N° 34.626 de la Primera Sección del jueves 08 de abril de 2021

respecto a los *“Comercios: en las zonas de alta circulación viral, como el AMBA, los negocios no esenciales tendrán un horario restringido entre las 6 y las 19. Los shoppings y centros comerciales tienen prohibido abrir. En casi todo el país se mantendrán cerrados los bingos y discotecas.*

3.- ¡¡¡OTRAVEZ CUARENTENA!!! Los comerciantes y empresarios no pueden seguir desarrollando su actividad normal y habitual; no tienen ingresos regulares, no tienen fondos líquidos para afrontar gastos regulares, ello provoca incremento de sus deudas. Tampoco pueden suspender ni despedir a sus empleados. Los impuestos nacionales, provinciales y municipales se mantienen vigentes en todos sus niveles y alícuotas. La inflación, el aumento del dólar blue, etc.

Llega el vencimiento de las facturas, los títulos valores en circulación (pagares y cheques) o de diversas obligaciones contractuales; o del cumplimiento de una obligación. El deudor no tiene fondos líquidos suficientes ni ingresos regulares para pagarle al acreedor. ¿Qué hacemos?? nos encontramos frente a un gran dilema: el deudor (aunque quiera) no puede pagar; del otro lado, el acreedor no puede cobrar. Ambos están en crisis, en serios problemas.

4.-LA CRISIS DEL CRÉDITO:

La teoría del crédito se ha basado en ciertos paradigmas vinculados a la capacidad productiva de la cosa o servicio prestado, a su utilización lucrativa por el tomador/deudor y al destino fructífero que el dador/acreedor asigne a su renta.

En un interesante y completo análisis, Eduardo M. FAVIER DUBOIS sostiene que *“Se trata de una mecánica virtuosa cuyo funcionamiento posibilita el permanente crecimiento de la economía y el acrecentamiento de la prosperidad y que requiere, como presupuestos: que las obligaciones financieras se cumplan puntualmente por los deudores y que, en los casos de impagos, los derechos de los acreedores gocen de protección legal suficiente y que los tribunales sean inflexibles en la recuperación íntegra de los créditos”*.¹⁶⁷ Sin menospreciar los derechos de cobro de los dadores del crédito, en el mundo actual, como consecuencia de los cambios culturales acontecido, entiende que *“el crédito se ve obligado también a respetar los Derechos Humanos de los deudores, los derechos de los “consumidores” y la situación particular de los “vulnerables”, sean deudores o acreedores”*.

167 "EL CRÉDITO FRENTE A LA POSMODERNIDAD. Nuevos paradigmas en contratos, ejecuciones y concursos". Por Eduardo M. FAVIER DUBOIS - Para La Ley. 3-4-2021

III.- LAS EMPRESAS Y COMERCIOS EN PRE INSOLVENCIA Y CESACION DE PAGOS

1.- Todo el crítico panorama expuesto, ha generado o agravado el estado de insolvencia de miles de empresas y comercios. El gobierno nacional y el Poder Legislativo intentaron a mediados del año 2020 poner un paliativo a los numerosos pedidos de concursos y quiebras que se suponía iban a presentarse ante los diversos juzgados competentes en materia mercantil. Se analizaron y presentaron varios proyectos de leyes de emergencia y de reformas a la L.C.Q. Entre los últimos proyectos consensuados por ambas Cámaras del Congreso Nacional, destacamos algunos contenidos: “Del texto ley (media sanción C. Diputados). *“Artículo 1° - Declárase, hasta el 30 de junio de 2021, la emergencia de los sujetos comprendidos en los procesos de concursos preventivos y acuerdos preventivos extrajudiciales cuya formulación se hubiese solicitado o peticionado a partir de que el Poder Ejecutivo Nacional declaró la emergencia sanitaria por medio del Decreto 297/20, así como también de los sujetos comprendidos en los concursos preventivos que se peticionan y en los trámites de quiebra que se inicien desde la vigencia de la presente ley y hasta dicha fecha”.*

En forma inexplicable, el Congreso Nacional postergó sorpresivamente su tratamiento, hasta la actualidad (mayo 2021) sin sancionar esa necesaria norma de emergencia.

¿Y entonces? ¿Qué hacen los acreedores frente a la falta de pago de sus acreencias?? ¿Qué alternativas tienen los deudores?

Del lado de los ACREEDORES (tanto Personas Humana o jurídica), pueden efectuar sus legítimos reclamos de todo tipo y naturaleza, ya sea desde los tradicionales medios informales (Teléfono, mensajes, redes, etc.), subiendo el tono y grado por medio de Cartas documentos, telegramas, etc.; y formalizando intimaciones y Citaciones a mediaciones (voluntarias y prejudiciales). Luego de fracasadas estas opciones, pasan al Inicio de juicios de distinta naturaleza, con las trabas de medidas cautelares (embargos, inhibición, etc.). Del lado de los prestadores de servicios, vencidos los reclamos previos, se llega a los cortes de servicios (luz, gas, telefonía, etc.).

Si los empresarios y comercios tienen empleados, la crisis provoca la falta de pago de aportes, salarios, vacaciones, etc., generando los lógicos y legítimos reclamos laborales, con medidas de fuerza (paros), inicio de juicios, y las consecuencias de reclamos sindicales (con medidas de todo tipo), etc. El FISCO Nacional, de las Provincias y Municipios, luego de alguna tolerancia, inician acciones administrativas, con anotaciones de embargos en cuentas bancarias como paso previo a las acciones judiciales. Los Bancos y financieras, deciden la suspensión de pago cheques, suspensiones de tarjetas de crédito, cierre de cuentas

bancarias, reclamos de todo tipo, etc. De parte de los PROVEEDORES de la empresa o comercio, deciden la suspensión de entrega de mercaderías, suspensión de servicios, etc. Y para completar este caótico panorama, también impacta el entorno social: caída de la imagen y del “prestigio” ganado en muchos años de trabajo y actividad, pérdida de clientela, etc.

Del lado de los DEUDORES, LES QUEDA POR MARGEN DE MANIOBRA. Intentar renegociar planes caídos, pedir esperas. Ingresar en moratorias... o soluciones concursales de negociación, como un APE o concurso preventivo.

2.- Cómo hacen los acreedores para cobrar esos créditos? Los principios generales los regula el Código Civil y Comercial de la Nación. En la sección 3ª de la “Garantía común de los acreedores” el ART. 743 regula cuáles son los “Bienes que constituyen la garantía”. *“Los bienes presentes y futuros del deudor constituyen la garantía común de sus acreedores. El acreedor puede exigir la venta judicial de los bienes del deudor, pero sólo en la medida necesaria para satisfacer su crédito. Todos los acreedores pueden ejecutar estos bienes en posición igualitaria, excepto que exista una causa legal de preferencia”.*

¿CÓMO SE EJECUTAN LOS BIENES DEL DEUDOR QUE CONFORMAN LA GARANTÍA?

El acreedor tiene diversos medios y modos: Modos alternativos de solución de conflictos; Medios judiciales: PROCESOS judiciales SINGULARES (procesos ordinarios, ejecutivos, etc.) y COLECTIVOS (Procesos concursales - concurso preventivo: presentarse a verificar su crédito o pedir la quiebra (verificando también su crédito). Las consecuencias de esta situación son “casi” inevitables: **la quiebra del deudor, con el cierre de la empresa y el negocio**, despidos, etc.- En una etapa previa, podría darse soluciones concursales como el “concurso preventivo”, el “A.P.E.”. Ante esta situación nuestro sistema legal, tiene dos herramientas para el tratamiento de este conflicto: el concurso preventivo y el acuerdo preventivo extrajudicial, los que, al ser de tramitación formal, se encuentran sujetos a los plazos formales e informales que arrastra todo proceso de esta naturaleza. El impacto social y económico de la crisis requiere medidas rápidas de fácil implementación y aprovechando todo el capital humano del que disponemos.

3.- INSOLPANDEMIA ¿Reformas o cambio de normas? Este estado de insolvencia -casi generalizada- originada en muchos casos hace un tiempo, y en la gran mayoría desatada o agravada por la pandemia del Covid 19, es sin dudas un fenómeno inédito en nuestro país. Se habla entonces de un nuevo fenómeno. La “INSOLPANDEMIA”. Uno de los primeros doctrinarios en utilizar este vocablo es el Dr. Juan Antonio Anich. Lo explica mencionando que *“La crisis generada por el Covid-19*



no tiene antecedentes recientes, en nuestra sociedad, por su magnitud y su expansión que junto a ciertas condiciones económicas, convierte a la actual realidad en un caso de “Insolpandemia”, es decir, una situación de insolvencia generada como consecuencia de un estado de pandemia junto a otras medidas”¹⁶⁸.

4.- DERECHO CONCURSAL Y LOS PROCESOS CONCURSALES

La ley 24522, regula varios procesos concursales: A) para evitar la quiebra, la ley regula los procesos **“PREVENTIVOS”**: 1) Concurso preventivo (grande y pequeño); 2) Concurso de agrupamiento; 3) Concurso del garante; 4) A.P.E. acuerdo preventivo extrajudicial; y 5) Salvataje (art. 48) venta forzada accs. de la sociedad deudora concursada. B) los **“LIQUIDATIVOS”**, la QUIEBRA, que tiene 3 vías de acceso o de declaración: a) directa (pedida por acreedor o el propio deudor). b) indirecta (por fracaso del concurso preventivo en trámite); y c) por extensión (de un proceso principal a otro sujeto vinculado).

El propósito de la quiebra liquidativa es la satisfacción de los créditos de los acreedores del fallido. Es necesario liquidar los bienes sujetos a desapoderamiento (arts. 107 y sgtes. LCQ.) y luego, distribuir el producto entre aquéllos, con más los gastos de justicia, previo informe final y proyecto de distribución presentado por el Síndico concursal.

¿Si se decreta la quiebra del deudor (persona humana o jurídica), o de un comerciante o de una empresa? ¿A quién beneficia su quiebra?

En el proceso de Quiebra Liquidativa, todos se ven perjudicados. 1) El **“DEUDOR”**: porque pierde sus bienes incluidos en el desapoderamiento, se cierran y liquidan Empresas y Establecimientos. 2) sus **EMPLEADOS**: por la pérdida de sus empleos, de salarios, etc. Solo les queda la expectativa de cobrar algo de Indemnizaciones luego del proceso de liquidación de bienes de su empleador fallido. 3) los **“PROVEEDORES”**: Pérdida del cliente fallido, y de ingresos- 4) el **FISCO**: Nacional, Provincias y Municipios: Pérdida de contribuyente - menor recaudación; 5) **Bancos y financieras**. Pérdida cliente - fondos líquidos, valores, etc., dificultad en recuperar créditos prestados. 6) **ACREEDORES** en general: si son quirografarios, esperar la prorrata del informe final y proyecto de distribución; Cobro en moneda quiebra - incobrables. 7) **Entorno social**: reduce producción

¹⁶⁸ Juan Antonio Anich - conferencias brindadas en Colegio Abogados de La Plata en la Jornada celebrada por zoom en el Instituto de Der. Comercial del CALP. Denominada **“INSOLPANDEMIA. Alternativas y proyecto ante la crisis”** realizada el miércoles 10 Junio 2020 y conferencia brindada en el marco del **“Congreso Virtual covid 19. crisis empresarial - deudores no empresarios regímenes de emergencia”**, realizado los días 16, 17 y 18 de julio de 2020, Facultad de Cs. Jurídicas de la UNLP; organizado por las 3 cátedras de Derecho Comercial de dicha Facultad.

- crisis social - desempleo. Un panorama absolutamente negativo para todos los involucrados.

Si el deudor pierde sus bienes (sujetos a desapoderamiento), los acreedores quirografarios casi no cobran, o cobran muy poco y muy tarde...los empleados pierden sus fuentes de trabajo y cobran tarde y mal sus créditos e indemnizaciones. Todos pierden y casi nadie se beneficia. Entonces, ¿por qué razón no **buscar modos o alternativas de prevención de la quiebra**, buscando acuerdos de ambas partes, que permitan satisfacer -dentro de lo posible- las deudas vencidas?

Planteos ante esta crítica situación: ¿La actual ley de concursos es suficiente para la enorme cantidad de concursos y pedidos de quiebras que se espera? Y ¿Nuestros tribunales están capacitados para afrontarla?”. La respuesta seguramente es no. No alcanzan las actuales leyes (de LCQ. 24522 y de mediación (leyes de nación y provincias) ni la estructura del Poder Judicial es suficiente. No es apta para soportar la cuantía de concursos, quiebras propias o pedidas por acreedores que se presenten en lo que resta de este año 2021. Ante esta situación de *insolvencia*, **nuestro sistema legal, tiene dos herramientas para el tratamiento de este conflicto, el concurso preventivo y el acuerdo preventivo extrajudicial**, los que, al ser de tramitación formal, se encuentran sujetos a los plazos formales e informales que arrastra todo proceso de esta naturaleza. El impacto social y económico de la crisis **requiere medidas rápidas de fácil implementación** y aprovechando todo el capital humano del que disponemos.

Sostiene Juan Anich, que *“Por ello, a los fines de lograr dicho objetivo y obtener una más rápida recuperación del flujo de fondos y a una recomposición del capital de trabajo, se requiere un procedimiento flexible, de rápido ingreso y egreso una vez concluido e informatizado, como aconseja la UNCITRAL¹⁶⁹ (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional) en sus encuentros del año 2018/19 y el fallido del presente año, denominándolos “Procedimientos Simplificados”-. Esto permitirá contar con un sistema más adaptable a las necesidades de las PYMES para así volver a recuperarlas más rápidamente en funcionamiento, asimismo se deberá para ello informatizar los sistemas de presentación y tramitación, recuperando la función jurisdiccional del juez en toda su dimensión”¹⁷⁰.*

Más allá del eventual tratamiento parlamentario, tanto de estos proyectos como de leyes de emergencia en materia falencial, la actual

169 <https://uncitral.un.org/> United Nations Commission On International Trade Law | - Principal órgano jurídico del sistema de las Naciones Unidas en el ámbito del derecho mercantil internacional. Órgano jurídico de composición universal, dedicado a la reforma de la legislación mercantil a nivel mundial durante más de 50 años

170 ANICH Juan Antonio . en las disertaciones citadas.

crisis necesita de urgentes respuestas, de urgentes alternativas, para paliar la actual situación de esos miles de comercios y empresas al borde la quiebra.

¿Qué otras opciones fuera del derecho concursal podemos aplicar?

IV.- METODOS ALTERNATIVOS DE SOLUCION DE CONFLICTOS - LA MEDIACION PRE CONCURSAL.

1.-Del análisis expuesto, nos permitimos aportar algunas ideas, utilizando herramientas existentes, fuera de la ley concursal, intentando encontrar alguna base de solución de la crisis del crédito ya comentada más arriba. Una de esas “herramientas” es el instituto de la “**mediación**”, pero aplicable a esta propuesta si adecuamos algunos aspectos técnicos necesarios para abordar esta compleja circunstancia. - A nivel nacional, rige la Ley 26.589, que regula la Mediación pública y la Mediación privada. -

La mediación es un método alternativo de resolución de conflictos. Su finalidad intrínseca arribar a la solución integral de un conflicto entre partes, evitando de este modo, llegar a la instancia judicial.

En nuestra provincia, rige la **Ley 13951** que regula el régimen de la **Mediación Prejudicial Obligatoria**. La Ley está reglamentada por el Decreto N° 43/19. El proceso de mediación implica que **las partes, antes de iniciar un juicio**, tienen la oportunidad de abordar y eventualmente **resolver su conflicto en una instancia previa** que se desarrolla a través de una o más audiencias **dirigidas por un mediador**, que actúa como un tercero imparcial y neutral. Es un mecanismo de resolución de conflictos, en cual **un tercero imparcial busca facilitar la comunicación para que las partes por sí mismas sean quienes encuentran la solución a sus diferendos**. Las mediaciones se basan en la democracia, la pacificación social, el diálogo individual y social, el respeto, y el consenso para la convivencia. Consiste en la intervención de un tercero en un conflicto, el mediador, con el fin de facilitar el acercamiento de las partes enfrentadas y promover un proceso de negociación que permita arribar a un acuerdo consensuado y aceptado por las partes que ponga fin al conflicto.

2.- ¿Quién es el mediador judicial?¹⁷¹

Según determina la ley 13951, *“Para ser Mediador judicial se requerirá poseer título de abogado, tres (3) años en el ejercicio de la profesión, encontrarse debidamente matriculado y adquirir la capacitación requerida y restantes exigencias que se establezcan reglamentariamente (Art.26).*

¹⁷¹ https://www.gba.gob.ar/justicia_y_ddhh/mediadores/mediacion_prejudicial

“El mediador es un abogado con formación en gestión y resolución de conflictos, que en su desempeño debe mantener: neutralidad, imparcialidad, confidencialidad y obtener el consentimiento informado de las partes. Este dirige el proceso y utiliza diferentes técnicas con el objeto de facilitar la comunicación entre las partes y lograr que estas puedan alcanzar voluntariamente un acuerdo consensuado con el fin de resolver de forma apropiada el conflicto o, en su caso, quede habilitada la instancia judicial habiendo las partes contado con una oportunidad para plantear con inmediatez”¹⁷².

3.- Los **principios rectores** que guían e instrumentan la etapa de mediación son: la confidencialidad, la oralidad entre las partes y la plena comunicación entre las mismas, la imparcialidad del mediador interviniente y la neutralidad del mismo frente a la materia traída a cuestión. La implementación de este sistema (Régimen de Mediación Obligatoria en la Provincia de Buenos Aires) tiene fundamentación en la **imperiosa necesidad de evitar el colapso del Sistema Judicial**; reduciendo el ingreso de causas diarias, creando este sistema, que **permita la posibilidad de arribar a un acuerdo a aquellas contiendas judiciales que carecen de una cuantía excesiva** y por su forma y contenido, modo de ejecución y sujetos intervinientes es menester resolverlas en esta etapa judicial previa.

La Mediación podrá ser Obligatoria¹⁷³ o Voluntaria (art. 36), de acuerdo con lo establecido por la presente Ley. Es obligatoria en los supuestos regulados en el art. 2, (“Establécese con carácter obligatorio la Mediación previa a todo juicio”), debiendo el mediador ser “un abogado”¹⁷⁴ (conf. Art. 26 de la ley). En la mediación “voluntaria” puede también ser otro profesional “(ARTÍCULO 37: Para actuar como Mediador voluntario se requiere: a) Poseer título universitario de grado, con una antigüedad como mínimo de tres (3) años en el ejercicio profesional, y estar debidamente matriculado”.

El proceso de mediación, puede finalizar con o sin acuerdo de las partes.

¿Qué causas deben cumplir con la instancia de mediación previa obligatoria? *Deberán acreditar el cumplimiento de la instancia de mediación previa obligatoria, todas las causas que se inicien en el fuero Civil y Comercial, salvo las expresamente exceptuadas en el artículo 4° de la Ley N° 13.951 y las optativas enunciadas en el artículo*

¹⁷² Ídem.

¹⁷³ ARTÍCULO 2°: Establécese con carácter obligatorio la Mediación previa a todo juicio, con las exclusiones efectuadas. en el artículo 4°, con el objeto de promover y facilitar la comunicación directa entre las partes que permita la solución del conflicto.

¹⁷⁴ ARTÍCULO 26: Para ser Mediador judicial se requerirá poseer título de abogado, tres (3) años en el ejercicio de la profesión, encontrarse debidamente matriculado y adquirir la capacitación requerida y restantes exigencias que se establezcan reglamentariamente.

5° del mismo cuerpo normativo¹⁷⁵. Ello implica que ..., se reclamen sumas de dinero, entre algunos ejemplos, la parte deberá concurrir con su abogado a la instancia de mediación para intentar resolver su conflicto de una forma apropiada. Por contrario, los casos de ejecución o cuando se pretenda el desalojo de un inmueble la parte podrá optar concurrir a dicha instancia”¹⁷⁶.

4.- A pesar de las grandes ventajas que la mediación judicial previa brinda a las partes para encontrar una solución al diferendo/conflicto/crisis, etc., hay un injustificado obstáculo en la propia ley 13951, que **prohíbe su aplicación a los concursos preventivos y quiebras**. El artículo 4° establece “: quedan exceptuados de la mediación: ...inc. 9. **concursos preventivos y quiebras**”.

Por ello, nuestra propuesta de aplicar esta instancia de mediación previa al inicio de los procesos concursales, se basa en: 1) interpretar que el proceso de mediación previa judicial pueda ser aplicada en las circunstancias analizadas en el presente trabajo, habida cuenta será en la etapa “**pre concursal**”, pues no se abrió aun un proceso concursal (no hay concurso preventivo abierto ni quiebra declarada. (interpretación *contrario sensu* del inc. 9° del art, 4°); 2) el pedido de mediación sea voluntario, iniciada por el deudor, siendo viable habida cuenta **NO INICIO AUN SU PROCESO CONCURSAL**; 3) sea obligatorio para el acreedor, antes de pedir la quiebra del deudor; o 4) **modificar ese inciso 9° del art. 4° de la ley 13951**, permitiendo aplicar esta figura en las situaciones concursales ya abiertas. 5) crear la figura del **MEDIADOR JUDICIAL PRE CONCURSAL**: (con asistencia de un especialista concursal), y 6) Modificar la ley de mediación 13951 y habilitar especialistas en materia concursal para asistir a los mediadores ya inscriptos.

4.- **El mediador concursal**: aunque el mediador es un “abogado” especializado en mediación, entendemos que su función es este aspecto es muy compleja, por lo que **debe estar asistido por otro abogado especializado en materia concursal**, de modo que entra la actividad profesional de ambos, puedan abordar las complejas relaciones jurídicas analizadas en este trabajo

La función de estos “mediadores pre concursales” será la de promover acuerdos entre los involucrados: el deudor, por una parte, y por la otra, sus empleados, sus proveedores, el fisco: nacional, provincias y municipios. Los bancos y financieras. Los acreedores en general, y los interesados que pueden conformar el “entorno social” promover acuerdos entre los involucrados

sobre el deudor: conocer su situación económico-financiera-patrimonial;

¹⁷⁵ procesos de ejecución y en los juicios seguidos por desalojo.

¹⁷⁶ https://www.gba.gob.ar/justicia_y_ddhh/mediadores/mediacion_prejudicial

cual es el flujo fondo, sus ingresos normales y habituales; cuáles son sus actividades habituales. Muy especialmente, conocer la capacidad real de pago, la capacidad de generar ingresos y analizar diversas opciones y alternativas.

5.- EL MEDIADOR deberá facilitar la comunicación entre ambas partes; Exponer la situación de ambos; Explicar las alternativas concursales y previas; Aspectos positivos y negativos de los procesos concursales; promover acuerdos entre los involucrados, facilitando el dialogo y el consenso entre ambos. Los objetivos finales: intentar que las **partes logren acuerdos individuales, para** cancelar las obligaciones y que los acreedores cobren sus créditos (dentro de las actuales circunstancias)

V.- CONCLUSIONES

Nos encontramos frente a un gran dilema: el deudor no puede pagar sus deudas y el acreedor no puede cobrar su crédito. Ambos están en crisis, en serios problemas. Es la crisis del crédito. La Resolución Alternativa de Disputas (RAD) reconoce así que el sistema formal y tradicional de la justicia no siempre es el más adecuado para resolver los conflictos jurídicos y que los conceptos de justicia y de administración de la justicia deben ser redefinidos con criterios más amplios y abarcativos. Sin menospreciar los derechos de cobro de los dadores del crédito, en el mundo actual, como consecuencia de los cambios culturales acontecidos “el crédito se ve obligado también a respetar los Derechos Humanos de los deudores, los derechos de los “consumidores” y la situación particular de los “vulnerables”, sean deudores o acreedores.

Por ello, proponemos buscar soluciones alternativas, previas a los procesos judiciales concursales; utilizar el mecanismo de la “mediación previa judicial” para que pueda ser aplicada en las circunstancias analizadas en el presente trabajo. Ello se basa en: 1) interpretar que el proceso de mediación previa judicial pueda ser aplicada habida cuenta será en la etapa “pre concursal”, pues no se abrió aun un proceso concursal (no hay concurso preventivo abierto ni quiebra declarada. (interpretación contrario sensu del inc. 9° del art, 4°); 2) el pedido de mediación sea voluntario, iniciada por el deudor, siendo viable habida cuenta NO INICIO AUN SU PROCESO CONCURSAL; 3) sea obligatorio para el acreedor, antes de pedir la quiebra del deudor; en su caso, 4) modificar ese inciso 9° del art. 4° de la ley 13951, permitiendo aplicar esta figura en las situaciones concursales ya abiertas. 5) crear la figura del MEDIADOR JUDICIAL PRE CONCURSAL: (con asistencia de un especialista concursal), y 6) Modificar la ley de mediación 13951 y habilitar especialistas en materia concursal para asistir a los mediadores ya inscriptos.



Algunas consideraciones en torno a la intervención de las sociedades de garantía recíproca en los procesos concursales

Por Paola Lorena Bartolomé

Colegio de Abogados de Moreno y General Rodríguez

I. Postulado del trabajo

1. Pasado el plazo de verificación tempestiva del crédito, la sociedad de garantía recíproca podrá o bien proceder a promover un incidente de verificación tardía o bien solicitar la subrogación del crédito del acreedor originario.
2. La elección de la vía procesal elegida, traerá aparejadas diversas consecuencias, tanto para la sociedad avalista, así como para cómputo de las mayorías en el concurso preventivo.

II. Introducción

La experiencia de los últimos años ha demostrado la creciente utilización de las sociedades de garantía recíproca (en adelante S.G.R) reguladas por la Ley N° 24.467 a fin de que las Pymes puedan obtener mejores condiciones de financiamiento en el mercado de capitales.

Sin perjuicio de ello, también es cierto que la profunda crisis económica que atraviesa nuestro país - agravada lógicamente como consecuencia de las medidas sanitarias adoptadas por la aparición del Covid-19 - ha provocado o conllevado al concursamiento de muchas empresas quienes lamentablemente presentan grandes dificultades para desarrollar su actividad comercial.

Así las cosas, y ya en el marco del proceso judicial del concurso preventivo, se presentan ciertas situaciones en torno a las sociedades de garantía, quienes muchas veces honran el compromiso asumido - desinteresando al acreedor- una vez transcurrido el plazo fijado por la autoridad judicial para verificar tempestivamente el crédito.

III. Situaciones fácticas, consecuencias en el cómputo de las mayorías

Generalmente, la presentación en concurso preventivo del socio partícipe avalado por una S.G.R., es causal para que su acreedor exija en forma inmediata a aquella el cumplimiento de la obligación garantizada.



Dentro de las pautas normales, el concursado acompañará correctamente la nómina de acreedores, con indicación de los montos de los créditos, causas, vencimientos, codeudores, *fiadores* o terceros obligados o responsables y privilegios, de conformidad con el inc. 5 del art. 11 de la Ley de Concursos y Quiebras.

En el supuesto que, a la fecha de verificación del crédito, la S.G.R. aún no hubiere dado cumplimiento a la garantía otorgada, se considera menester proceder a efectuar la presentación de insinuación del crédito como condicional.

Habiendo honrado ya la obligación asumida, la S.G.R. procederá a insinuar su crédito en forma tempestiva indicando causa, monto y privilegio.

El problema muchas veces se suscita en aquellos préstamos bancarios con garantías automáticas -en virtud de convenios preexistentes entre las S.G.R. y las entidades bancarias - donde las Pymes desconocen que una determinada línea de crédito a la cual logran acceder cuenta con el aval de una S.G.R., lo que muchas veces conlleva a que no cumplan correctamente con la carga a la que hemos aludido anteriormente, es decir, desconocen que son deudores de las S.G.R. y/o tampoco indican los *fiadores* a los que hace referencia el inc. 5 art 11 ya mencionado.

Sumado a ello, suele suceder en la práctica que las entidades financieras al contar con el aval de la S.G.R., no efectúan un adecuado y correcto monitoreo de los créditos, omitiendo notificar en forma oportuna a las S.G.R. situaciones graves, disparadoras de mora, tales como concursos preventivos presentados por los deudores.

La ausencia de una comunicación fluida entre entidades financieras y las S.G.R. influye negativamente, obligando a realizar presentaciones judiciales tardías.

Ante tal situación las S.G.R. podrán optar o bien por presentar en forma tardía el crédito, acarreando las costas judiciales del incidente o bien intentar una subrogación del crédito del acreedor originario, en los derechos, acciones y privilegios del acreedor resarcido en la medida que fuera necesario para el recupero de los importes abonados (conforme art. 76 Ley N° 24.467), tratándose en este caso de una subrogación legal¹⁷⁷, la que tiene lugar en favor del tercero que paga con asentimiento de su deudor o en su ignorancia, de allí que debe ser admitida - acreditada la misma correctamente - y no ser confundida con aquellas situaciones que abusiva o fraudulentamente tienden a liberar al deudor concursado de un acreedor incómodo para lograr las mayorías o incluso por parte de acreedores para conseguir una posición dominante frente al acuerdo.

¹⁷⁷ CNCom Sala D in re “Acrystal S.A s/ incidente de revisión promovido por Aluar Aluminio Argentino de 24/10/08.

En tal sentido, resulta sumamente interesante el fallo de la justicia nacional “VIALMAR S.A. s/ concurso preventivo”¹⁷⁸, en donde explica claramente las situaciones de abuso antedichas, que de manera alguna deben ser confundidas con la situación aquí planteada, pues desde el origen de la operación de crédito asumida por la Pyme socia partícipe - posteriormente concursada - cuenta con el aval de la S.G.R., por lo que - y conforme el propio sistema de garantías lo insta - en caso de falta de cumplimiento de la deudora principal, por imperio legal, la S.G.R. que cancela la deuda de sus socios quedará subrogada en los derechos, acciones y privilegios del acreedor resarcido.

Es importante resaltar que el resultado de la subrogación pretendida por la S.G.R. incidirá en el cómputo de las mayorías, en tanto las S.G.R. generalmente avalan un porcentaje determinado del capital adeudado por la Pyme (v.gr. 100, 80, 75 %), asumiendo la entidad financiera el riesgo por los intereses compensatorios y punitivos que pudieran devengarse, los cuales deberán incluirse en el momento de insinuación de su crédito.

Ello, acarreará una modificación en el cálculo de las mayorías de capital y de personas previstas por el art. 45 de la Ley de Concursos y Quiebras, máxime porque a partir de la resolución que haga lugar a la subrogación se producirá un desdoblamiento en la titularidad del crédito.

Finalmente, y a fin de evitar planteos o dilaciones por parte del concursado tanto en los incidentes de verificación tardía como en las subrogaciones antedichas, se considera recomendable solicitar la citación o intervención de la entidad bancaria beneficiaria de la garantía dando cuenta de la legitimidad de la deuda y de los importes percibidos por parte de la S.G.R. en cumplimiento de sus obligaciones y el origen de la operación antedicha.

V. Consideraciones finales

A fin de evitar ciertas situaciones más complejas en el marco de los concursos preventivos, consideramos resultaría recomendable mejorar el monitoreo de los créditos por parte del sector financiero, así como la comunicación entre los diversos actores involucrados en el sistema de garantías regido por la Ley N° 24.467, evitando presentaciones judiciales tardías.

Pasado el plazo de verificación tempestiva del crédito, la S.G.R. podrá o bien proceder a promover un incidente de verificación tardía - acarreando las costas judiciales - o bien solicitar la subrogación del crédito del acreedor originario, colocándose en los mismos derechos, acciones y privilegios de éste último, tratándose en el particular de un supuesto de

¹⁷⁸ Juzgado Nacional de 1ra Instancia en lo Comercial N° 13 Secretaría N° 26 “VIALMAR S.A. s/ concurso preventivo” (Expte. N° COM 8734/2019).



subrogación legal (art. 76 Ley N° 24.467).

En cualquiera de los dos supuestos, y a fin de evitar planteos dilatorios por parte del concursado, se considera recomendable solicitar la citación o intervención de la entidad bancaria beneficiaria de la garantía dando cuenta de la legitimidad de la deuda y de los importes percibidos por parte de la S.G.R. en cumplimiento de sus obligaciones.

Finalmente, en los casos en que se plantee la subrogación del crédito de la entidad financiera, es importante recalcar la incidencia que el resultado de la misma tendrá en el cómputo de las mayorías de capital y de personas requeridas para la declaración de existencia de acuerdo.



Concurso de acreedores de clubes deportivos. A propósito de la legalidad de la Ley 30.064 (2013) o ley complementaria para la reestructuración económica del fútbol peruano. A casi una década de su vigencia

Por Esteban Carbonell O' Brien¹⁷⁹

República del Perú

A Don Emilio Beltrán Sánchez

Gran jurista y amigo español.

En el presente artículo, el autor revela que la Ley N° 30064 (2013) Ley complementaria para la reestructuración económica del fútbol peruano, al igual que la Ley N° 29682 (2012), no cumplen con los mínimos elementos de legalidad por lo que recomienda que próximamente se declare su inconstitucionalidad. Asimismo, indica que a efectos de atacar el fondo de problema habría sido pertinente se declare inconstitucionalidad.

Asimismo, indica que a efectos de atacar el fondo del problema habría sido pertinente realizar determinados cambios legislativos por cauces de un correcto orden constitucional como la aprobación de enmiendas a la ley concursal para dar paso al concurso voluntario de los clubes de fútbol.

Abstract: In the present article, the author reveals that Law No. 30064 (2013) Supplementary Law for the economic restructuring of Peruvian soccer, like Law No. 29682 (2012), does not comply with the minimum elements of legality and therefore recommends that soon be declare its unconstitutionality. Likewise, it indicates that in order to attack the problem fund it would have been pertinent to declare unconstitutional.

It also indicates that in order to attack the substance of the problem it would have been pertinent to make certain legislative changes through channels of a correct constitutional order such as the approval

¹⁷⁹ Doctor en Derecho por la Universidad de Castilla La Mancha, España. Master en Derecho Constitucional por la Università di Bologna, Italia. Catalogado por la prestigiosa revista inglesa *Latinlawyer* como el mejor abogado de su generación en América Latina especialista en Derecho Concursal, Reestructuración de patrimonios y Bancarrotas Corporativas. Autor de los libros “El Sistema Concursal” y “Crisis Financiera Global”

of amendments to the bankruptcy law to give way to the voluntary competition of football clubs.

Palabras Claves: Clubs, Futbol, Estado, crisis, administración, concurso acreedores y Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria (SUNAT)

Key Words: Clubs, Soccer, State, crisis, administration, creditor contest and National Superintendence of Customs and Tax Administration (SUNAT)

1) Introducción

Vemos en el CONCURSO DE ACREEDORES DE CLUBES DEPORTIVOS, la intervención directa del Estado en la administración de los clubes de futbol, a propósito de la crisis financiera de éstos. A su vez, las lecciones de crisis deben ser claras en el mundo de las finanzas. La crisis de los clubes deportivos se sostiene en un factor endógeno originado dentro de éstos, los cuales no han sido analizados por los gestores de las normas cuestionadas. Para ello precisamos algunas lecciones, a modo de crítica constructiva que vamos a ver en el siguiente artículo.

En consecuencia, resulta necesario identificar cuál es la posición correcta al interior de la jurisdicción constitucional respecto a los decretos de urgencia, en tanto instrumento normativo por excelencia y excepcional en su uso, siendo que se presenta como un acto confuso para la solución de los intereses propios de los acreedores e incluso para el propio deudor.

A renglón seguido en los párrafos precedentes, veremos, absolvemos y buscamos una salida a ésta crisis financiera de los clubes deportivos y en particular de los de futbol profesional.

1. Antecedente previos a la Ley 30.064

El 5 de marzo del 2012, el Supremo Gobierno del Perú emite el Decreto de Urgencia No. 010-2012, en adelante el D.U. *-es según sus firmantes-* es en respuesta a una crisis no sólo institucional, sino económica-financiera de los clubes de futbol y en general, de toda actividad deportivo futbolística, al menos orientada o con nombre propio *-desde nuestro punto de vista crítico a clubes emblemáticos-* dejando de lado asuntos de mayor importancia o relevancia en materia económica. Resulta relevante señalar por citar un ejemplo, que al 31 de diciembre del 2011, los municipios le adeudan a la SUNAT más de S/. 1,850 millones vs los S/. 300 millones que en conjunto adeudan justamente los cinco (5) clubes de futbol que mayor deuda fiscal mantienen con dicha ente recaudador. A



dicha fecha, el 97.1% de dicha deuda se encuentra en estado de cobranza coactiva, lo cual ha sumido a las 1,618 municipalidades deudoras en una situación financiera alarmante y en algunos casos insalvables. Cabe precisar, que entre los municipios más deudores están la Municipalidad Provincial de Chiclayo (S/. 204.5 millones) Callao (S/. 161 millones) y Arequipa (S/. 38 millones).

De igual forma, las Mediana y Pequeñas Empresa, en adelante MYPES, afrontan iguales o peores circunstancias financieras, no gozando del apoyo gubernamental para la solución de sus problemas económicos o algo latente en nuestros días, tales como la competencia desleal que enfrentan las compañías textiles frente a la avalancha de ropa china a precios ínfimos o el ejercicio de la minería ilegal que genera daños irremediables contra el medio ambiente y el ecosistema. Nos preguntamos entonces por qué el Supremo Gobierno orientó en primer lugar, el salvataje de una actividad, quizás sólo de relevancia popular frente a otras de mayor importancia en materia económica.

En ese sentido, las pautas especiales que contiene el D.U. y luego en extenso recoge la Ley 29.862 publicada en el diario oficial “El Peruano”, con fecha 06 de mayo del 2012 son las siguientes:

- a) Exclusividad: Sólo para clubes de fútbol;
- b) Competencia: Comisión y Sala Ad-hoc;
- c) Administración Temporal: No participa el deudor de manera directa, ni indirecta y es nombrada de manera inmediata por el INDECOPI conjuntamente con el inicio del concurso (Véase Directiva No. 01-2012 publicada el 21.03.2012, la cual obvia como requisito mínimo, el registro de sanciones de los posibles administradores);
- d) Representación: El administrador sustituye las facultades legales y estatutarias de los representantes legales del deudor;
- e) Destino del deudor: Reestructuración, eliminando la liquidación;
- f) Objeto de la Junta de Acreedores: Ratificación de la administración: por parte de los acreedores y aprobación o no del Plan de Reestructuración, lo cual determina su conclusión;
- g) Vigencia: Por sesenta (60) días a partir del día siguiente de su publicación y hasta culminar el procedimiento;
- h) Aplicación preferente: Suspense de la ley 27.809 o ley concursal para el caso sub-materia.



Sin embargo, a nuestro juicio este esquema contenido en el D.U. no soluciona el problema principal: la gestión ineficiente de los directivos de los clubes deportivos. Nos preguntamos: ¿era la vía correcta?

Frente a ello, debemos precisar a modo de justificación del Supremo Gobierno que la Constitución de 1979 abrió la práctica y el debate en torno a los llamados “Decretos de Urgencia” posteriormente, la Constitución de 1993 (vigente a la fecha) los consagró normativamente y debido a la importancia de la figura presidencial, los convirtió en un cómodo instrumento de dirección política y de gestión de la crisis económica (Léase para ello, los trabajos de los profesores BERNALES E. y EGUIGUREN F. “El funcionamiento del sistema político de la Constitución de 1979” y “Legislación delegada y los decretos de urgencia en la Constitución de 1993”, respectivamente.

Cabe resaltar que los distintos gobiernos de turno en el Perú utilizaron muchas veces con abuso, de éstas medidas extraordinarias en mayor o menor medida dependiendo de su fin, dado que se implementó las denominadas “medidas extraordinarias” respecto de los “decretos de urgencia”, generándose una desviación entre el derecho constitucional y la realidad constitucional.

En consecuencia, resulta necesario identificar cuál es la posición constitucional de la jurisdicción constitucional respecto a los decretos de urgencia en tanto instrumento normativo del régimen presidencial. Es relevante recordar que el desaparecido Tribunal de Garantías Constitucionales se abstuvo de pronunciarse sobre el particular, siendo el actual Tribunal Constitucional quien ha realizado tarea incidental en varias oportunidades.

A manera de colofón, el Poder Legislativo del Perú no ubicó mejor solución a la severa crítica contenida en un artículo anterior del autor (Crisis y Fútbol: Juegan en el mismo campo?) que “reciclar” el citado y tan mentado D.U. y limitarse a consignarle un número: Ley 29.862 cuyo texto íntegramente es similar en toda su extensión. A la fecha, se encuentran sometidos “gracias” a la intervención o injerencia directa del Estado (concurso necesario) los clubes de primera división de fútbol siguientes: Universitario de Deportes, Alianza Lima, Melgar FBC, Cienciano del Cuzco y Sport Boys (hoy juega en Segunda División, luego de la aplicación de dicha normativa, lo cual comprueba en la praxis, que no es una solución a la crisis financiera del fútbol).

2. Análisis de la legalidad del Decreto de Urgencia, las Leyes 29.862 y 30.064

La Constitución de 1993 ha establecido en su Art. 118 inciso 19 que



corresponde al Presidente de la República “dictar medidas extraordinarias, mediante decretos de urgencia con fuerza de ley, en materia económica y financiera, cuando así lo requiere el interés nacional y con cargo de dar cuenta al Congreso. El Congreso puede modificar o derogar los referidos decretos de urgencia” y en el Art. 74 que “los decretos de urgencia no pueden contener materia tributaria”.

Estas normas abiertas permiten el uso discrecional de dichos conceptos jurídicos al ser indeterminados en la norma suprema, como son el carácter extraordinario, el interés nacional, la materia económica o financiera (Léase, GARCIA DE ENTERRIA, E. “Democracia, jueces y control de la administración”). Con lo cual se puede traspasar fácilmente el principio de división de poderes, por cuanto su interpretación queda a merced de la discreción del Presidente de la República.

De otra parte, el constituyente ha dispuesto expresamente en el Art. 200 inciso 4 de la Constitución que contra las normas con rango de ley *-tal como el D.U-* cabe interponer una acción de inconstitucionalidad por violar la Constitución por el fondo o por la forma, asunto que luego de leído este trabajo, intuyo se plasmará en una acción por parte del Congreso o institución con iniciativa legislativa. Asimismo, el Art. 135 señala que cuando el Congreso sea disuelto por el Presidente por haber negado confianza a dos Consejos de Ministros, en ese interregno, el Poder Ejecutivo legislará mediante decretos de urgencia hasta por cuatro meses.

Estas normas por un lado otorgan rango de ley a los decretos de urgencia y por otro lado, les otorgan también fuerza de ley (Léase, RUBIO LLORENTE, F. “Rango de ley, fuerza de ley”) Con lo cual gozan de los atributos fundamentales de una ley, aunque estén reducidos a la materia económica y financiera. Pero, dado el carácter abierto de la norma los decretos de urgencia de los regímenes presidenciales, llegando a ser utilizados de manera abusiva. Los decretos de urgencia constituyen también un instrumento de gobierno democrático, tal como en España e Italia, donde se regula la figura de los decretos de urgencia o decreto-ley, como así lo denominan a este instituto (Léase, SANTOLAYA MACHETTI, P. “El régimen constitucional de los decretos leyes”)

Lo definitivo es determinar si las circunstancias fácticas justificaban el contenido del D.U sub-materia y en consecuencia a nuestro juicio se debe interpretar sistemáticamente con el inciso c) del Art. 91 del Reglamento del Congreso. De dicha interpretación el Tribunal Constitucional desprendió en sus repetidos fallos, que el decreto de urgencia debería responder a los siguientes criterios:

- a) Excepcionalidad;
- b) Necesidad pública;
- c) Transitoriedad;
- d) Generalidad, y
- e) Conexidad

En tal sentido, las medidas extraordinarias y los beneficios que su aplicación produzcan deben surgir del supuesto de hecho que da lugar al contenido normativo del decreto de urgencia y no de vacíos legislativos o administrativos encubiertos que con el tiempo producen embalses normativos de emergencia; pues ello sería incongruente con la supuesta situación constitucional y urgente.

A nuestro modo de ver las cosas *-no vale la pena cambiar el sentido de las mismas de manera antinatural-* el D.U. bajo comentario no respetaba o dista de los criterios que ostenten las características de excepcionalidad, imprevisibilidad y urgencia. Ello supone la irracionalidad de afirmar que el caso sub-materia constituía un eventual peligro de esperar la aplicación del procedimiento parlamentario para regular las medidas idóneas orientadas a revertir la situación (Véase anteriores criterios del Tribunal Constitucional desarrollados en los Exps. 0001-2003-I/TC, 0003-2003-AI/TC, 017-2004-AI/TC y 028-2010-PC/TC).

En consecuencia, el D.U. *-ya derogado-* respecto a su forma vuelve imprudente e inaceptable la intervención del Estado en la medida que trasgrede el normal desarrollo de sus fueros, sumada a la técnica legislativa, siendo *-de ser el caso-* necesario atacar el fondo del problema con medidas reglamentarias, que apunten un cambio legislativo por cauces de un correcto orden constitucional, entiéndase enmiendas a la ley concursal para dar paso al concurso voluntario de personas jurídicas no societarias, como el caso de los clubes de fútbol.

En ese orden de ideas, persistimos en considerar y en función de lo expresado, recomendar a las autoridades competentes del Supremo Gobierno en su oportunidad, declaren la inconstitucionalidad de las Leyes 29.862 y 30.064, siendo ésta última publicada en el diario Oficial “El Peruano” con fecha 10 de agosto del 2013. Ambas normas no cubren los mínimos elementos de legalidad por los temas relevantes siguientes:

- La Sociedad Anónima receptora *-en adelante la SA-* se debe encargar y su único propósito exclusivo de constitución, es para efectos de viabilizar el proceso de reorganización especial, y es quien recibiría el bloque patrimonial del club (activos y pasivos) lo cual colisiona con



el mandato expreso de la Ley General de Sociedades (constitución de sociedades) pues se constituye con la totalidad del patrimonio del concursado *-club deportivo-* quien es el único aportante y por ende, no goza de pluralidad de socios. A ello se agrega, que no se requiere que se cuente con la presencia de éstos, siendo ambos *-deudor concursado y sociedad receptora-* representados por el administrador, vale decir la sociedad receptora no efectúa aporte alguno y se vale del patrimonio del club para su constitución (Artículos 11 y 14 de la Ley 30.064);

- La intervención directa del Estado en la administración de los clubes de fútbol a través de la Sociedad receptora, quien no cuenta con capital social mínimo para constituir la SA. Por ende, la decisión libre y espontánea del resto de acreedores de poder optar por una mejor opción, se ve restringida y constituye *per se* un abierto veto en materia societaria, pues se obliga *-con excepción del crédito de origen laboral-* a todos los acreedores a participar como socios de la SA, capitalizando sus créditos, incluso sin indicación expresa del tipo o clase de acción a emitir (se rompen los órdenes de prelación reconocidos por ley concursal);

- La intervención de PROINVERSION es censurada pues dicha institución ha sido denunciada por corrupción anteriormente en el proceso de una planta desalinizadora por los alcaldes de la Mancomunidad de Lima Sur quienes aseguran que se buscó favorecer a empresa privada con licitación de construcción. Que dicha denuncia de los alcaldes señaló en su oportunidad, que dicha institución elaboró las bases para seleccionar a una empresa que recibió el encargo de construir la planta desalinizadora, contraviniendo la ley que regula las iniciativas privadas. (Fuente: Publicado el sábado 11 de junio del 2011 en el diario La Primera)

- Asimismo, PROINVERSION gastó S/ 1.5 millones en pago de altos sueldos a funcionarios, por ello se formó una comisión en el Congreso para que investigue el uso y manejo de los recursos asignados a ProInversión, así como de sus acciones ejecutadas y dejadas de hacer en relación a la venta de las acciones de las empresas azucareras en el período 2002-2004. Que, dicho pedido fue oficializado mediante una Moción de Orden del Día que sostiene que ProInversión a pesar de los ingentes recursos invertidos, no ha logrado la venta de las acciones de ninguna de las compañías agrarias en las que el Estado tiene participación. A la fecha, por concepto de capitalización de deudas tributarias, el Estado es titular de las acciones de las siguientes empresas agroindustriales: Casa Grande (31%), Tumbes (24%), Pomalca (16%), Salamanca (14%), Cayaltí (12%), Cartavio (11%), Andahuasi (11%) y Chiquitoy (13%). En consecuencia, el Supremo Gobierno ha mostrado incapacidad para continuar el proceso de venta, pese a su intento de sanearlas y hacerlas atractivas a potenciales inversionistas y de impulsar la Ley de la Actividad Empresarial de la Industria Azucarera, estableciendo una nueva capitalización de adeudos

tributarios y venta de las acciones para pagar adeudos laborales.

- Los créditos de la SUNAT cuentan con un “super privilegio” al ser aquellas que tendrán la primera oportunidad de capitalizar, siendo que el resto de créditos (no importando su naturaleza) tengan que esperar la subasta de este crédito y por tanto, el resultado final de dicho proceso (Artículos 19 y 20 de la Ley 30.064);

- Un trato discriminatorio para los titulares de créditos de origen laboral, pues únicamente pueden capitalizar aquellos que hayan adquirido bajo cualquier modalidad dicho crédito (cesión, compra-venta, etc.) mientras que el trabajador sólo podrá exigir el pago de su crédito y no podrá participar como socio de la SA;

- El administrador cierra el club hasta que se termine con cancelar la totalidad de créditos, inhabilitando de esta manera las otras disciplinas deportivas del club concursado y cuyos socios quieran desarrollar, vale decir, se les excluye abiertamente. De ser así, las acciones capitalizadas en la nueva SA tendrían una connotación especial, ya que tendrán que desaparecer cuando se les pague con los flujos dinerarios que cancele el arrendatario de los activos del club concursado;

- Se favorece abiertamente al administrador temporal *-nombrado por el Gobierno a través del INDECOPI-* respecto al pago de sus honorarios, otorgándole el rango de acreedor post concursal, pues obliga a incorporarlo en el cronograma de pagos del Plan de Reestructuración, incluso poder reformularlo en caso se suscriba el contrato de concesión deportiva (Artículo 17 inciso e) y Quinta Disposición Complementaria de la Ley);

- Es un sistema antinatural al concurso, tener que someter al concursado a etapas previas *-plan de reestructuración y de reorganización especial y sus procedimientos respectivos a través de subastas públicas elaboradas por PROINVERSION, osea otro ente del Estado y su injerencia ya descrita en párrafo anterior-* que luego de su fracaso *-y todo apunta a ello por la labor de dicha entidad-* someter a éste, a las reglas del procedimiento concursal ordinario, lo cual vuelve larga la agonía de los clubes o su salida de la crisis, máxime si se otorgan 60 días hábiles más para aprobarse el reglamento de la Ley 30.064 (Artículos 5.3, 25, 27 y Cuarta Disposición Complementaria de la Ley);

- No se exige al Concesionario deportivo la constitución de una carta fianza ante el incumplimiento de sus obligaciones, ni se limitan sus derechos en el extremo de poder ceder, el uso y disfrute de determinados derechos a terceras personas. ¿Quién debe imponer sanciones a éste o incluso a la SA, si no están tipificadas sus faltas? ¿Quién repara el daño que pueda ocasionar un mal manejo al interior de la gestión de la SA y la



concesionaria? (Artículos 23.2, 36 y 37 de la Ley)

3. Tratamiento Financiero a una crisis deportiva: Acaso una crítica constructiva

El estudio de una crisis financiera supone tener una definición de la misma, tanto conceptual como operativa. Sin embargo, no existe una definición de aceptación universal y por ello la identificación de las mismas es una tarea que depende de la acepción utilizada. En primer lugar, la expresión “crisis financiera” es usada de una manera genérica para referirse a diversos eventos, como moratorias de deuda soberana, crisis bancarias, colapso de la burbuja en el precio de algún activo, etc.

Desde esa óptica, una crisis financiera puede entenderse como una interrupción en el funcionamiento normal de los mercados financieros. El rasgo distintivo es el vuelo hacia la calidad (flight to quality) pues los inversionistas venden sus activos, es decir, huyen del sistema financiero debido a la percepción de un mayor riesgo y aumentan la demanda por activos considerados más seguros, como los bonos del Tesoro de los EE.UU. o el oro.

La pregunta central es la siguiente: ¿si la economía es una manera de comprender el mundo, qué rol desempeño o debería desempeñar la teoría económica? tal como lo manifiesta Carlos Parodi Trece en su obra *La Primera Crisis Financiera Internacional del siglo XXI*.

En primer lugar, ¿por qué la economía no pudo predecir la crisis? La economía es una ciencia social y, como tal, no tiene una capacidad precisa de predicción, pues depende del comportamiento humano y sus acciones. La respuesta depende de la visión que se tenga de la crisis. Si la crisis fue originada por un choque exógeno, es decir, desde fuera del sistema, no era posible la predicción; pero si las causas fueron endógenas, entonces las alarmas debieron encenderse.

En el caso del fútbol y en especial, el peruano, las alarmas debieron activarse, máxime si el Estado es el principal acreedor de los clubes involucrados en el concurso y NO simplemente alejarse al vender sus créditos reconocidos al mejor postor del sector privado. Lo elocuente del Artículo 19 de la Ley 30.064 es que dan por sentado que habrá un postor ganador a pesar de venderse a valor nominal los créditos tributarios. El asunto es: ¿Qué sucede sino existe un ganador? ¿Acaso se ofertarán dichos créditos a precio vil?

Las lecciones de crisis deben ser claras en el mundo de las finanzas. La crisis de los clubes deportivos se sostiene en un factor endógeno originado dentro de éstos, los cuales no han sido analizados por los gestores de las

normas cuestionadas. Para ello precisamos algunas lecciones, a modo de crítica constructiva y a saber:

La primera lección es que los sistemas son intensivos en información y están plagados de fallas, como información asimétrica, riesgo moral, selección adversa, por tanto requieren regulación.

La segunda lección es que las teorías económicas y/o financieras basadas en supuestos alejados de la realidad no funcionan en tiempos de crisis e impiden la predicción de crisis sistémicas como la ocurrida.

La tercera lección es que la teoría financiera no cuenta con procedimientos adecuados de valorización de activos complejos (asunto que observamos respecto del patrimonio del club Universitario de Deportes)

La cuarta lección está relacionada con la macroeconomía. La macroeconomía con fundamentos microeconómicos está basada en una visión general, la del equilibrio del mercado.

La quinta lección es que la historia importa. El evento previo de características similares fue la gran depresión de la década de 1930.

La sexta lección es la necesidad de integrar las finanzas con la economía para analizar las relaciones existentes entre la estabilidad financiera y la estabilidad macroeconomía.

La séptima lección es la necesidad de soluciones globales. La cooperación y coordinación internacional son necesarias ante eventos globales.

La octava lección es que la crisis ha dañado la reputación de la economía. Si los economistas no alertaron sobre la posibilidad de la crisis, entonces es necesario plantear una agenda mínima.

4. Caso real en la práctica luego de casi una década de vigencia de la ley especial

En el 2018, el club Alianza Lima logró una utilidad neta de S/. 7,9 millones (US\$ 2,5 millones) según pudo señalar su actual administrador Sr. Renzo Ratto a la prensa local. Asimismo, logro pagar deuda concursal cancelando acreencias de 48 personas físicas y jurídicas. El número de cuotas al año son cuatro (4) según lo establecido en el Plan de Reestructuración. El proceso concursal del citado club debe durar doce (12) años, debiendo culminar en el año 2028. Desde su aprobación se ha cancelado S/. 3.3 millones (US\$ 1,0) de pasivos. Se ha logrado un Ebitda de más de 12% se elaboró manuales y políticas de manejo de personal.

La utilidad neta luego del saneamiento financiero del club ha reflejado utilidades pero que sin embargo se busca el aumento de auspiciadores



o sponsors a fin de lograr una mejor performance económica. El pasivo corriente o post concursal se redujo de S/. 17,9 millones a S/. 15,6 millones. Siendo que el pasivo no corriente o concursal se redujo de S/. 54,4 millones (US\$ 16,3 millones) a S/. 52,6 millones (US\$ 15,9 millones). Lo rescatable es que se incrementó el patrimonio neto pasando de S/. 63,3 millones del año 2017 a S/. 71,2 millones en el año 2018.

En suma, el club con una eficiente administración ha logrado sanear su economía pero persiste el fantasma de no lograr presencia internacional en torneos importantes como las denominadas Copas Libertadores o Sudamericana, que le permitiría ganar suculentos premios dinerarios que van desde los US\$ 3 millones, sumado a las ganancias por derechos televisivos, taquilla y marketing deportivo.

En efecto, no todo es negativo en el futbol local peruano, quizás la última participación de la selección mayor de futbol en un Mundial de la categoría, ha permitido crear expectativas en los auspiciadores y apostar nuevamente por el deporte rey: EL FUTBOL.

En consecuencia, acaso, un club de futbol tan emblemático como Alianza Lima debió ser sometido a un procedimiento concursal. No era posible sustraerlo del mismo, puesto que estaría a futuro a merced de una posible liquidación. Hoy 2019, un grupo de socios del club ha presentado una oferta de compra de la deuda tributaria ascendente a S/. 28'920.340.00 (US\$ 8,800,000.00) ocupando el lugar del Estado en el concurso. La deuda total al 2019 asciende a S/. 46'000,000.00 contando al resto de acreedores. Quizás con una nueva visión empresarial no sea necesario esperar hasta el año 2028 y sustraer al club de un innecesario concurso mercantil.

5. A modo de conclusión

En general, los elementos constitutivos de los decretos de urgencia y los decretos legislativos deberían ser concurrentes, para que éstos sean acordes al marco constitucional y sumado a aquellos que bajo el disfraz de ley sólo buscan distraer la atención de los “verdaderos” intereses del Estado para intervenir directamente los clubes de futbol.

Así las normas que las regulen deben reflejar una posición subordinada a la Constitución -ley de leyes- antes que al presidencialismo normativo, debido a que en un moderno Estado Constitucional, su expedición no puede quedar librada a la voluntad propia del positivismo legalista, sino que debe quedar vinculada a las normas constitucionales y legales que las desarrollen de manera razonable y previsible, regulando las situaciones necesarias de delegación de facultades legislativas y sobre todo, de emergencia económica.



Ello pone sobre el tapete un tema más profundo para el Derecho Constitucional: la vinculación del juez constitucional frente a la ley. Asunto que se puede caracterizar en la posición que ocupa el Tribunal Constitucional frente a la realidad de los hechos.

Véase, para entender nuestra posición algunos textos de lectura obligatoria como “El Estado Constitucional” de HABERLE, Peter, “Teoría de la Argumentación Jurídica” de ALEXY, Robert, “Las razones de Derecho” de ATIENZA, Manuel, “Justicia, Constitución y Pluralismo” de PIZZORUSSO, Alessandro, “La Constitución Abierta y su Interpretación” de DIAZ REVORIO, Francisco o de nuestra patria a “La Constitución y su dinámica” de GARCIA BELAUNDE, Domingo.

En consecuencia, el control judicial lo realiza el Tribunal Constitucional quien es competente para examinar, a través del test de proporcionalidad o razonabilidad, la validez constitucional o no de los decretos de urgencia, tanto de fondo como por la forma, sin perjuicio que la justicia ordinaria se pronuncie incidentalmente sobre la constitucionalidad de su aplicación, en un proceso judicial concreto o en vía de amparo. Véase, para mayor comprensión “Justicia y Tribunales Constitucionales en América del Sur” de NOGUEIRA ALCALA, Humberto.

En ese sentido, discrepamos con algunos especialistas nacionales como DE LAS CASAS, Gonzalo, que defiende la legalidad del D.U. *-quizás por haber estado detrás de su redacción-* al considerar que la forma establecida en el dispositivo es la correcta, siendo que desnaturaliza abiertamente el concurso y sus alcances, al enfrentarse frontalmente contra los mandatos de la Constitución. Ello, a nuestro juicio, quita valor al concurso mercantil y sus beneficios inmediatos, restándole credibilidad frente a la colectividad creando un estigma en general. Qué dirá cuando el D.U. sea declarado Inconstitucional? De igual manera, con BULLARD, Alfredo, cuando en un artículo publicado el 10.03.2012 en diario “El Comercio” titulado “Más vale un final horrible que un horror sin fin” señala lo siguiente: “*...Los procesos concursales existen para pagarle a los acreedores*”. Tamaño error, pues lo repetimos en la cátedra constantemente, el objetivo de un sistema concursal eficiente, es prevenir crisis patrimoniales en cadena, siendo su fin máximo, la protección del crédito. El cobro de créditos y por consiguiente, su pago, de manera regular se debe efectuar en sede judicial por excelencia. Por consiguiente, los procedimientos concursales *-pues éstos se ventilan en sede administrativa en el Perú-* servirán o deben servir para sanear la larga cadena de la economía y sus agentes, no siendo imperativo en el concurso, el pago inmediato de la totalidad de créditos reconocidos u homologados por la autoridad concursal, dado que un flujo de caja sostenido puede garantizar el mismo. En síntesis, el sinceramiento del aparato productivo es la búsqueda de un Derecho Concursal Moderno. Señala finalmente lo siguiente: “*...El futbol peruano*



no necesita un salvataje. Necesita renacer. Y para eso, primero, tiene que morir". Frente a ello, regresamos nuevamente al objetivo de un sistema concursal eficiente, pues la muerte importa una liquidación y un renacer del comerciante, quizás con mejores aires y con ganada experiencia, a la luz de un concurso equilibrado y justo, pues ha quedado demostrado, que la legislación concursal puede contener una solución viable a la crisis patrimonial, siempre que no se desnaturalice su objetivo. ¿Y realmente el fútbol debe morir?

En suma, los firmantes del D.U. y Leyes 29.862 y 30.064 a ésta última a la cual paso a denominar LEY "GONZALO" (*en alusión al terrorista Abimael Guzmán, quien destruyo a su paso una sociedad constituida, hoy felizmente preso*) la misma que no sólo atenta contra la libre decisión de los acreedores sino que colisiona con la Ley General de Sociedades y principalmente, en el ejercicio constitucional de libre asociación, en suma, llevará a la destrucción del sistema legal, con arbitrariedad y falta de respeto a las normas imperantes. Dichos firmantes a nuestro juicio pudieron prever que éste NO era la vía correcta para solucionar el problema de fondo, siendo que el camino correcto era repensar los alcances de la ley especial y en mayor medida implementar sus enmiendas, a través de normas reglamentarias.

Incluso, alternativas hay y muchas ajenas al concurso -*si no se transitaba por el camino de las enmiendas*- que podrían implementarse al interior de una reestructuración patrimonial. Lanzamos algunas ideas, las cuales son:

- a) Titularización de activos y
- b) Fondo de inversión en jugadores.

Para ello recomendamos ver PERROTI Daniel Esteban. Incidencia económica de resultados deportivos: el caso del fondo común cerrado de Boca Juniors. www.aep.org.ar/espa/anales/works06/PerrotiDaniel.pdf

Asimismo, ver institucion Investros Newsletter. Citado por Nacional Financiera Boliviana. Titularización de los equipos de Europa. Boletín Informativo sobre titularización en: www.nafibo.com.bo/titularizacion/boletin2.asp?Id=1&Id2=6

En conclusión: La Crisis y el fútbol NO deberían ir de la mano, sino que sus representantes deban ser previsores para enmendar rumbos y mejorar en situaciones difíciles, al amparo de la innovación y la generación de un mayor valor al patrimonio en tiempos de crisis, entiéndase por ejemplo, el uso de apalancamientos financieros o reestructura de pasivos (extra concurso) o de ser el caso extremo, de la aplicación de la norma especial, enriquecida con experiencias de otras latitudes (concurso).

6. Bibliografía

Constitución Política: art 74,118inc.19, 135 y 200 inc.4

Ley para la reestructuración económica y de apoyo a la actividad deportiva futbolística en el Perú, Ley 29862(06/05/2012)

Ley Complementaria para la reestructuración económica de la actividad deportiva futbolista futbolística Ley N° 30064 (10/07/2013) art 5,11,114,17,19,20,23,25,36 y 36 así como la cuarta y quinta disposición complementarias.



DERECHO CONCURSAL E INSOLVENCIA. FACULTADES Y DEBERES DEL JUEZ CONCURSAL EN PANDEMIA

Por Guillermo Marcos

Colegio de Abogados de Bahía Blanca

En situaciones críticas como la que se atraviesa en razón de la pandemia, y en ausencia de una legislación de emergencia, deben redoblar las facultades y deberes del Juez concursal para preservar los principios que inspiran el sistema concursal.

Los legisladores, o al menos la mayoría de ellos, han expresado su preocupación acerca de la necesidad del dictado de una legislación de emergencia. No menos de ocho proyectos, provenientes de legisladores y funcionarios del Poder Ejecutivo Nacional fueron elevados al Congreso, y cuyo denominador común fue la extensión del período de exclusividad y la posibilidad de rediseñar la propuesta de pago¹⁸⁰.

Finalmente, una única versión que contenía una suspensión de todos los plazos concursales hasta el 31 de marzo de 2021, obtuvo media sanción en la Cámara de Diputados; tratándose de una ley de emergencia que no modifica la ley de concursos, sino que consiste de una norma autónoma, destinada a regular los efectos de la pandemia, bajo el título: “Ley de Sosténimiento de la Actividad Económica en el Marco de la Emergencia Sanitaria Pública Coronavirus - COVID-19, Emergencia para Procesos de Concursos Preventivos y Quiebras”. Este proyecto fue elevado al Senado, donde fue derivado a la Comisión de Legislación general, cuyo dictamen de mayoría sugirió efectuar reformas, las que fueron posteriormente aprobadas por la Cámara Alta con fecha 15 de octubre de 2020. Allí fue remitido en devolución a la Cámara de Diputados para someter a su consideración, entre otras modificaciones, la extensión de la suspensión de los plazos concursales hasta el 30 de junio de 2021, estado en el que se encuentra actualmente.

Vale decir que, como surge de estas iniciativas, existió una conciencia colectiva en el poder legisferante, que estimó necesario el dictado de normativa asociada a los concursos preventivos que tramitan, o lo

180 Di Giacomo y otros (expte. 1896-D-20); Ritondo y otros (expte. 1925-D-20); Matzen, Lorena y otros (expte. 2101-D-20); Austin, Brenda (expte. 2130-D-20); Fernández Langan (expte. 2267-D-20); Camaño, Graciela y otros (expte. 2559-D-20); Sánchez, Francisco y otros (expte. 3415-D-20); y Álvarez, Felipe y otros (expte. 3437-D-20).

hicieron, durante la vigencia de los decretos 260 y 297 del 2020.

Es inapropiado -por lo tedioso- citar el raudal de trabajos doctrinarios que, con diversos matices, aprobaron el dictado de una legislación semejante y propusieron su inmediata y urgente sanción, o propusieron soluciones diversas. Al pie, solamente una ínfima cantidad de ellos¹⁸¹.

La comunidad extranjera, en forma inmediata a sentir los primeros efectos de la pandemia, dictó normas que contemplaron, entre otros aspectos, la suspensión o la flexibilización de los plazos de los concursos preventivos. No tratándose, sino de hechos conocidos, nos limitaremos a mencionar las normas dictadas por España, Alemania, Italia, Francia, Reino Unido, Colombia, Perú, entre muchos otros.

O sea que las situaciones derivadas de la insolvencia, que deben atravesar las empresas concursadas en medio de las consecuencias económicas de la pandemia, han sido motivo de consideración por parte de nuestros legisladores, la doctrina especializada en general, la legislación extranjera y, también, algunos precedentes judiciales¹⁸².

Sin embargo, por motivos que, desde nuestra modesta posición, no alcanzamos a conocer, tal legislación de emergencia aún no ha sido dictada,

181 Vítolo, Daniel R., ¿Un mecanismo de aislamiento social preventivo obligatorio y temporario para ciertas empresas en crisis, estableciendo exclusiones ajenas al sistema concursal? Cuando el árbol no permite ver el bosque; publicado en: LA LEY 23/10/2020, 23/10/2020, 1 - LA LEY2020-F, 11; Cita Online: AR/DOC/3488/2020; Videla, Felipe, Videla Agustín, 'Los proyectos legislativos de reestructuración de la deuda frente a la pandemia', La Ley 7/10/2020, cita online: AR/DOC/3104/2020; Prono, Ricardo, Prono, Mariano, 'Reformas a la Ley de Concursos y Quiebras suspendiendo plazos y ejecuciones por la emergencia de la pandemia', publicado en La Ley 27/8/2020, cita online: AR/DOC/2857/2020; Richard, Efraín Hugo, Ante la pandemia económica ¿qué legislar?, publicado en EBOOK-TR 2020 (Andruet), 20/8/2020, 58, cita online: AR/DOC/1772/2020; Molina Sandoval, Carlos, 'Emergencias para procesos de concursos preventivos y quiebras', publicado en La Ley 13/8/2020, cita online: AR/DOC/2638/2020; Favier Dubois, Eduardo, 'Los concursos en trámite durante la pandemia. Vicisitudes procesales y reformas necesarias', DECONOMI, Año III, número 2 (pandemia y emergencia empresarial); Ferrer, Patricia y Bilbao, Martín Isidro 'Proyectos de normas de emergencia para sostener a las empresas afectadas por el aislamiento preventivo obligatorio', El Dial, 20/5/2020, cita: elDial.com - DC2AC0; Hernández, Fernando D. 'Covid 19. Medidas en materia de insolvencia y reestructuraciones', publicado en La Ley 24/4/2020, cita online: AR/DOC/1171/2020; Anich, Juan, 'La "insolpandemia" y su incidencia en los procesos concursales. Readecuación de la propuesta', publicado en La Ley, 9/6/2020, cita online: AR/DOC/ 1599/2020; Barreiro, Marcelo, 'La pandemia y el intento de regular la crisis. Una utopía necesaria', publicado en La Ley 9/6/2020, cita online: AR/DOC/1701/2020; Botteri, José y Dasso, Ariel, 'El derecho concursal argentino y la pandemia del COVID-19. Propuesta de mejoras', publicado en La Ley del 24/4/2020, cita online: AR/DOC/1234/2020; Rouillon, Adolfo, 'El primer pilar legal para enfrentar una pandemia de insolvencia empresarial', publicado en La Ley, 9/6/2020, cita online: AR/DOC/1618/2020; Oriolo, Hernán, 'La crisis económica mundial provocada por el Coronavirus y la necesidad de reformar la ley de concursos y quiebras', El Dial del 16/4/2020, cita: elDial.com - DC2A2F. 182 Latam Agro S.A. s/concurso preventivo" - CNCOM - SALA C - 27/05/2020 elDial.com - AABD05; "Ancers S.A. s/ concurso preventivo" - CNCOM - SALA A - 17/11/2020. elDial.com - AAC0B7; ERREIUS. Cita Digital: IUSJU002900F. CNAC 17/11/2020.

omisión que ha sido objeto de críticas por parte de la doctrina¹⁸³.

Sin embargo, tal vacío no ha producido una situación de anomia, sino que existen, en el Código Civil y Comercial, y en la propia ley de concursos, normas que regulan la situación de las obligaciones afectadas por la profunda y prolongada crisis¹⁸⁴.

Por supuesto que resultaría menester el dictado de la meneada legislación de emergencia, que, al estilo de los proyectos frustrados a los que hemos hecho referencia, o del plexo emergencial del 2001, diera una adecuada respuesta normativa a las debacles económicas derivadas de la pandemia.

Pero visto que ello no ocurre -y posiblemente tampoco acaezca en el futuro-, resulta indispensable que el Juez concursal, como director del proceso (art. 274 LCQ), sustituya la ausencia de normas específicas, mediante una interpretación flexible y finalista, que permita que las razones que inspiraron el dictado de una ley falencial, se mantengan incólumes a pesar del advenimiento de circunstancias tan extraordinarias como las que estamos viviendo.

Valga, como ejemplo, el criterio de la Sala A, en el citado caso ‘Ancers’ *“...ante las consecuencias que la crisis descripta y de público conocimiento ponen en evidencia en este concurso, se impone atender a la posibilidad de adoptar medidas extraordinarias y, por ende, mitigar los inconvenientes que son de público conocimiento y que siguen aún sin solución de continuidad pues, no pueden ignorarse los intereses que están en juego aquí: que la deudora continúe con su actividad y evitar las pérdidas que su quiebra podría ocasionar para todos los acreedores relacionados con aquella...”*¹⁸⁵.

Se encuentra a la vista que, con motivo de la epidemia que azota al planeta, se han producido determinadas contingencias económicas, que han tornado sumamente gravoso su desarrollo para alguna de las partes, a punto tal que, en determinadas ocasiones, su cumplimiento se ha tornado imposible.

El modo de interpretación que propone el art. 963 del CCC autoriza, para el caso de normas concurrentes, que se apliquen las normas indisponibles de la ley especial y del código.

183 Segal, Ruben, ‘La procrastinación de la legislación concursal en tiempos de pandemia’, Diario La Ley, edición del 29 de marzo de 2021. Dice el autor que es inadmisibile e injustificable la procrastinación del Congreso Nacional en sancionar la anunciada reforma a la Ley de Concursos y Quiebras que la sociedad imperiosamente demanda a fin de superar la emergencia.

184 Botteri, José David, ‘La necesidad de un procedimiento judicial de readecuación de obligaciones y contratos a causa de la pandemia’, publicado en: RDCO 307, 19/03/2021, 135, Cita Online: AR/DOC/4117/2020.

185 “Ancers S.A. s/ concurso preventivo” - CNCOM - SALA A - 17/11/2020. elDial.com - AAC0B7.

De tal forma, no se advierten inconvenientes para que, dentro del régimen concursal, lo relativo a los plazos de los arts. 43, 46, 47, 54, 57 y 63, y las normas previstas para los incumplimientos, se apliquen con el prisma de los arts. 1011, 1091 y 1730 del CCC.

Ello así por cuanto, el propio sistema de la ley especial autoriza, en las relaciones patrimoniales no contempladas expresamente, la aplicación de las normas “...que sean análogas, atendiendo a la debida protección del crédito, la integridad del patrimonio del deudor y de su empresa, el estado del concurso y el interés general...” (art. 159 LCQ).

Señala Alegría que si bien todas las leyes son susceptibles de interpretación, quizás la ley concursal sea una de aquellas que requiere en mayor medida de la prudencia de los jueces, tanto para flexibilizar la apreciación de la ley al caso, cuanto -por el contrario-, para adoptar posiciones de mayor rigidez, por tratarse de una multiplicidad de situaciones de hecho no abarcables en la expresión necesariamente genérica de la norma jurídica¹⁸⁶.

La propia Corte Nacional ha recomendado que en la interpretación de la ley no debe prescindirse de las consecuencias que se derivan de cada criterio, pues ellas constituyen uno de los índices más seguros para verificar su razonabilidad y su coherencia con el sistema en que está engarzada la norma¹⁸⁷.

Vale decir que, en nuestra opinión, no resulta admisible que -frente a la ausencia de normas de emergencia-, los jueces puedan mantenerse prescindentes, aplicando mecánicamente las normas de la ley concursal y, especialmente, la rigidez de sus plazos, cuando de ello pudieran derivarse consecuencias disvaliosas, porque ello importa, además, transgresión de la manda del art. 2º del CCC, cuando pone en cabeza del Juez la obligación de resolver y, además, fundadamente.

Tal modo de interpretar la ley debiera exacerbarse en tiempos de pandemia cuando, como según surge de información pública, la mayoría de los parámetros económicos, financieros y sociales arrojan cifras negativas, y reina la incertidumbre sobre el regreso a la normalidad. Antes bien, debiera privilegiarse, la preservación de la fuente de trabajo, la defensa del derecho de los empleados, el mantenimiento de la actividad económica, y el respeto por el derecho de los acreedores, que no son, sino, las premisas que inspiran el sistema concursal¹⁸⁸.

186 Alegría, Héctor, ‘Breve apostilla sobre la flexibilidad en la interpretación de la ley concursal’, La Ley, 2004-E, pág. 723; LL derecho Comercial, Doctrinas Esenciales, Concursos y Quiebras, Tomo 1, pág. 741.

187 CSJN, 19%/1992, ‘Entidad Binacional Yacretá c/ Misiones Provincia de s/ Expropiación’, ID SAIJ, SUA0020193.

188 Richard, Efraín Hugo, Ante la pandemia económica ¿qué legislar?, publicado en EBOOK-TR 2020 (Andruet), 20/8/2020, 58, cita online: AR/DOC/1772/2020.

Es que las excepciones que propugnamos no son de modo exclusivo en favor del deudor concursado, sino también de los acreedores, con el mismo temperamento que inspiró Institutos Médicos Antártida¹⁸⁹ o un reciente fallo de la Sala A, que rechazó la pretensión de un concursado, y estimó que no había transcurrido el plazo de prescripción durante la feria extraordinaria del 2020¹⁹⁰; vale decir del objetivo que señala con suma amplitud la ley concursal, al referirse al “interés general”.

189 CSJN, 2673/2019.

190 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala A, 15/3/2021, ‘Transportes Metropolitanos General San Martin SA s/ Concurso Preventivo’, Rubinzal Culzoni, J 2440/21.

Actos sujetos a autorización e inquietudes en torno a la competencia del juez concursal

Por Pablo E. Arenas¹⁹¹

Colegio de Abogados de La Plata

PONENCIA

La competencia del juez del concurso debe entenderse comprensiva de aquellos actos que resultan concomitantes o derivados de actos sujetos a autorización y que resultando necesarios en el marco de la ejecución del acuerdo tienen pleno impacto en el patrimonio del concursado a los fines de conservar la unidad decisional jurisdiccional en el marco del concurso preventivo en trámite.

a) El fallo comentado.

En fecha 11 de marzo de 2020, la Sala B de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, en autos “COMPAÑIA DE TRATAMIENTOS ECOLOGICOS S.A. s/CONCURSO PREVENTIVO s/ INCIDENTE COMPRA VENTA DE ACCIONES URBA CORDOBA” -Expte. 31615/2018/3- resuelve que:

- La competencia del juez del concurso solo se limita a ponderar la conveniencia de conceder la autorización para la continuación de las actividades del concursado y la protección de los intereses de los acreedores (CNCom., esta Sala in re “Mazzola, Emilio Omar s/ Concurso Preventivo” del 20.03.07).
- Que las cuestiones inherentes al cumplimiento de lo pactado por las partes en el contrato son ajenas a la competencia del juez del concurso, quien como se dijo solo se encuentra autorizado a analizar la operación en orden a la conveniencia que la misma puede aparejar para la continuidad de la actividad del deudor y los intereses de los acreedores, sin que ello importe concederle facultades para revisar o modificar las pautas contractuales o

191 El autor es Abogado egresado de la UNLP. Miembro del Instituto de Derecho Comercial del CALP. Jefe de Trabajos Prácticos de la Materia Sociedades Comerciales de la UDE-La Plata, Adscripto en Derecho II de la Facultad de Ciencias Económicas de la UNLP, y Adscripto en Derecho Comercial II de la Facultad de Cs. Jurídicas y sociales de la UNLP. Actualmente maestrando en la Maestría en Derecho Empresario de la Universidad Austral.

disponer medidas para su ejecución.

- Las cuestiones referidas a la interpretación del contrato o su ejecución, resultan ajenas a la cuestión en análisis y exceden el marco de este incidente cuya finalidad no es otra que ordenar o no la autorización de la operatoria.
- Por lo expuesto, corresponderá revocar la decisión apelada en cuanto intima al pago del saldo de precio y ordena la transferencia de vehículos, en tanto ello excede la competencia del juez concursal.

b) El contexto del fallo y algunas notas en relación implicancia concursal del acuerdo celebrado.

La concursada (COMPAÑIA DE TRATAMIENTOS ECOLOGICOS S.A.) acuerda con un tercero (URBASER S.A.), con quien ha conformado previamente un consorcio para participar, y a la postre ganar, la licitación de la prestación del servicio de recolección de residuos en algunas ciudades de Córdoba, la compraventa de la totalidad de su paquete accionario en la sociedad URBACORDOBA SA.

En dicho acuerdo se pacta la transferencia del 49% de las acciones clase B que poseía la concursada en URBACORDOBA.

Como parte de la operación se acuerda además la transferencia de vehículos de titularidad de la concursada a URBACORDOBA.

El pago por parte de URBASER resulta, en parte consignado y depositado en cuenta bancaria, en parte resuelto en el incidente, ordenando depósito en cuenta judicial, siendo a su vez embargado por acreedores concursales.

La solicitud de autorización se realiza “*ex post*” por parte del cocontratante in bonis, a los fines de obtener la convalidación judicial de lo actuado y tornar oponible el contrato a la masa de acreedores.

Sin perjuicio de ello, obtenida la venia judicial, se incorporan en el incidente de autorización, diversos planteos en torno al cumplimiento del contrato, consignación de sumas de dinero, medidas de ejecución de bienes registrables, embargos de los fondos pactados.

Por otra parte, la sociedad acreedora (URBASER), en el marco de acuerdo de compraventa celebrado, se presenta y obtiene declaración verificatoria de su crédito, en carácter eventual y con privilegio especial prendario (Art. 241 inc. 4), por la suma de \$ 31.130.594,97 (\$ 29.994.202 capital + \$ 1.136.392,97 intereses), ello más la suma de \$ 1.250 en concepto de arancel establecido en el art. 32 de la LCQ.

c) La administración vigilada y la competencia del Juez concursal en materia patrimonial.

La resolución judicial (sentencia) que declara la apertura del proceso concursal, tiene derivaciones o consecuencias no sólo para el deudor y acreedores, sino “erga omnes”, ya que afecta todas las relaciones jurídicas preexistentes que tengan contenido patrimonial.

Adiferencia de la quiebra, el concursado conservará durante la tramitación del proceso, la administración de su patrimonio, bajo la vigilancia del síndico y en un marco de limitación a la libre disponibilidad de sus bienes.

Esta limitación, reconoce distintas categorías de actos que se encontrarán: prohibidos (actos a título gratuito o aquellos que alteren la situación de los acreedores concursales); permitidos (actos de administración ordinaria propia del giro empresarial); y sujetos a autorización (aquellos relacionados con bienes registrables y los que excedan de la administración ordinaria).

En principio, la autorización debe ser previa como requisito de eficacia, pues constituye un presupuesto legal por lo que no habilitaría el otorgamiento ex post facto, aunque se ha propuesto la admisión en forma excepcional de la ratificación posterior del acto, debiendo valorar siempre el caso concreto y la conveniencia o perjuicio del acto para la masa de acreedores¹⁹².

Las consecuencias, en caso de incumplimiento, podrían ser por una parte la ineficacia e inoponibilidad del acto a la masa de acreedores, y por otra la sanción al concursado privándolo de la administración de su patrimonio.

Respecto el dies a quo, se ha planteado que el alcance de la norma debe extenderse a los actos celebrados por el deudor en el tiempo transcurrido entre la presentación en concurso y la sentencia de apertura¹⁹³.

A su vez, se establecen en la ley concursal, otras disposiciones tendientes a asegurar la uniformidad decisonal en cabeza del juez concursal en materia patrimonial, tales como el fuero de atracción y la facultad para ordenar el levantamiento de medidas cautelares, por una parte, y por otra, la obligatoriedad del acreedor privilegiado especial de verificar su crédito en el concurso y rendir cuentas del remate ocurrido, así como la facultad del juez del concurso para suspender las ejecuciones de bienes en determinados supuestos especiales en pos de la conservación de la empresa, a veces desvirtuados en la realidad cotidiana.

192 CAMARA, Héctor, “El concurso preventivo y la quiebra”, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1978, t. I, p. 473.

193 GRAZIABILE, Dario J. PATRIMONIALES DEL CONCURSO PREVENTIVO. EL LLAMADO “DESAPODERAMIENTO ATENUADO”. Publicado en: DJ 2005-2 , 983. Cita Online: AR/DOC/2107/2005



A su vez, también se ha considerado la facultad del juez concursal de dictar diversas medidas en torno a la conservación de la actividad empresarial, tales como medidas tendientes a evitar la suspensión cautelar de la matrícula de importador/exportador del concursado, disponer la continuidad de planes o moratorias fiscales, ordenar la conservación de cuentas corrientes bancarias o su reapertura.

Es que a los fines de tutelar el interés iuspublicístico comprometido en el proceso concursal, el juez está autorizado a dictar medidas cautelares de excepción, cuando de ello se sigue un beneficio para el concurso, sin verificarse un perjuicio irreparable para el tercero afectado.

En caso de eventual colisión entre dos normas legales, ha de conferírsele primacía a aquélla que tiende a la preservación de la empresa, salvaguardando adecuadamente el interés de los acreedores y el orden público que campea en toda la normativa concursal (arts. 20, 21 y 22, L.C.) (Cám. Civ. y Com. 2da., Sala I, La Plata, 96.370, RSD. 35/2002, 22/3/2002, “ACIBIS S.A. s/Incidente de inconstitucionalidad art. 89 del Reglamento de Contrataciones”).

d) Opinión crítica sobre el fallo comentado.

De la lectura del fallo comentado se advierte una concepción restrictiva en torno a una interpretación literal de las facultades conferidas por el Art. 16 de la LCQ al juez concursal, limitando exclusivamente la competencia a considerar la conveniencia del acto para el concursado y la masa de acreedores.

De allí que frente a la resolución de la primera instancia en la que se han ordenado medidas tendientes al cumplimiento de lo pactado, se revoca la decisión por considerar ello excluido de la competencia del juez del concurso.

No compartimos, respetuosamente, la solución adoptada por la Cámara de Apelaciones, ni como resolución del caso particular, ni como postura de interpretación del Art. 16 de la Ley Concursal.

En nuestra opinión, la competencia del juez del concurso debe entenderse comprensiva de aquellos actos que resultan concomitantes o derivados de los actos sujetos a autorización y sometidos en tal instancia a la competencia del juez del concurso.

Por su parte, las medidas de ejecución de los acuerdos celebrados, aunque pudieran extralimitar, en apariencia, aquellas facultades jurisdiccionales, resultan conexas con la finalidad e intereses del concurso, en cuanto pueden involucrar consecuencias sobre bienes del deudor y su actividad, tales como la transferencia de bienes registrables (acciones,



automotores, inmuebles), involucrar movimientos de fondos, requerir levantamientos de embargos o medidas cautelares, o incluso el levantamiento de la medida genérica de inhibición de bienes dispuesta sobre el concursado.

Todas aquellas medidas, que pueden resultar necesarias, ya sea para el cumplimiento voluntario de lo pactado, como también para su ejecución forzosa judicial, no pueden sino pensarse en el marco de la competencia del juez del concurso.



Vencimiento de los plazos como efecto del concurso preventivo - Artículo 353 del Código Civil y Comercial

*Por Horacio Pablo Garaguso, Guillermo Horacio F. Garaguso, Andrés
Alejandro Garaguso*

*Colegio de Abogados de Mar del Plata, de Dolores y de los
graduados de la Universidad de la Atlántida Argentina y del Partido
de La Costa*

PONENCIA

El artículo 353 del C.C. y C. no es una reforma del régimen de la ley 24522 sino que es una norma que la integra, desde que ella omitió norma alguna sobre la “caducidad de los plazos” como suele denominarla la doctrina. El texto legal adolece de precisión y por cierto deberá ser materia de estudio por la doctrina y de cuidadosa aplicación por la jurisprudencia.

FALLO

“LUPULO S.A. SU CONCURSO PREVENTIVO-PEQUEÑO”, Expte. Nro. MP 9722-2020- Juzgado Civil y Comercial Nro.9 del Departamento Judicial de Mar del Plata.

DESARROLLO

El párrafo segundo del artículo 353 del Código Civil y Comercial prescribe:

“La apertura del concurso 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”.

Esta norma debió ser incluida a continuación del artículo 19 de la ley 24522 pues regula un efecto de la sentencia de apertura del concurso - debió decir preventivo- y no de la presentación del deudor - la que sirve para establecer quienes son acreedores concursales y cuales no- o de la publicidad del concurso la que tiene efectos diversos tales como impedir el desistimiento voluntario del proceso y operar el fuero de atracción de los procesos suspendidos como consecuencia de la apertura del concurso



preventivo, generando la radicación de los mismos ante la jurisdicción del juez concursal.

Tal a nuestro juicio el ámbito donde debió ser regulada la cuestión que dividía a la doctrina ante el silencio de las leyes concursales 11719, 19551 y 24522. Entre nosotros y en estos encuentros era Hugo Stempels quien propiciaba la solución que ahora ha reglado el nuevo código y fue uno de los autores de la presente quien sostenía la posición contraria a la del recordado colega del Instituto de Derecho Comercial del Colegio de Abogados de Bahía Blanca (Horacio Garaguso en el recordado Encuentro realizado en Azul hace ya 30 años).

Es por eso que interpretamos que la nueva preceptiva no modifica el estatuto concursal sino que ha venido a llenar un vacío que debió soslayar “a los tumbos” la jurisprudencia (“Fargo S.A. su concurso preventivo”, lejano precedente de la Cámara Nacional de Comercio”) sin que el tema haya desvelado a muchos autores.

En el caso que inspira esta ponencia la cuestión es clara, si los términos no han caducado los garantes pueden atender el pago de los créditos a SUS VENCIMIENTOS y conforme el plan de cuotas pactado. Como vemos la cuestión no es menor y tiene relevancia práctica.

Se trata de una nueva categoría de acreedor, a la que le reconoce “el derecho a verificar su crédito...” y como contrapartida le somete a “todas las consecuencias previstas en la legislación concursal”. Son los acreedores de obligaciones a plazo que no son exigibles ni contra el deudor principal ni contra los garantes solidarios o no, y menos a los codeudores pari passu, ya que la sentencia de apertura del concurso preventivo del “obligado al pago” (debió decir CONCURSADO desde que se ha dictado resolución instituyente del proceso) no opera la caducidad de los términos que se hubieran pactado.

La pregunta a efectuar a esta altura de la ponencia es: ¿si se hubiera pactado la caducidad del plazo por el pedido o la apertura del concurso preventivo, sería aplicable el artículo 22 L.C.?

La norma del artículo 353 que vino a traer certezas ya empieza a generar dudas nuevas, que el silencio de la legislación pretérita no había producido. El concurso del obligado al pago si no caduca los plazos no habilita al acreedor a demandar a los codeudores y garantes, solidarios o no, pues el concurso preventivo no altera el curso natural de la obligación.

Es cierto que las leyes concursales no reglaron ni la caducidad del plazo ni la no caducidad de los términos, simplemente omitió regular la cuestión dejando un conjunto de preguntas sin responder. Pero la nueva norma - que si da algunas respuestas- genera otras preguntas: ¿Qué quiere decir el nuevo precepto cuando dice que el derecho del acreedor queda sometido



a todas las consecuencias previstas en la legislación concursal?

¿Todas o algunas? Me parece atinado expresar algunas, desde que si es un acreedor garantizado con derechos reales de garantía ¿podrá éste iniciar las ejecuciones correspondientes aun cuando este verificada su acreencia? La respuesta negativa, tanto como la positiva pueden ser impugnadas.

Analicemos algunas cuestiones más: ¿El acreedor tiene el derecho a “verificar su crédito”? En puridad debió decir que tiene el derecho -puede- y la carga - debe- pedir verificación, pues si no lo hace queda apartado del proceso y sufre la extinción de la obligación por la prescripción verifcatoria o por la natural de la acreencia si fuese el plazo inferior a dos años contados desde la demanda de concurso preventivo (artículo 56 LC y Q). El artículo 32 LC y Q. determina que todos los acreedores y sus garantes DEBEN pedir verificación de sus acreencias. El uso de la palabra debe no puede desviarnos de nuestra interpretación: se trata de un imperativo en el propio interés - carga- y no de una obligación. Si no lo hace no interrumpe el curso de la prescripción liberatoria y no podrá ejercer derecho alguno contra el concursado y dentro del proceso concursal. Desde luego que quien tiene el derecho “puede”, pero este poder es un deber si se lo analiza en función a las relaciones con el deudor -prescripción liberatoria- y con los demás acreedores, al quedar excluido de las tomas de decisión pero obligado por las consecuencias de estas.

La carga verifcatoria se impone respecto de todos los acreedores por causa anterior a la presentación, con independencia absoluta del vencimiento o la exigibilidad de la obligación y de la fecha del título, desde que si la causa es anterior el acreedor es concursal, cualquiera sea la fecha del título que exhiba para el reconocimiento de su derecho. Queda claro que lo que determina la carga de verificar el crédito es la fecha de la causa y no las fechas del título, del vencimiento o exigibilidad de la obligación.

Concluimos que si bien el giro gramatical empleado alude a un “poder” - tiene el derecho a pedir verificación- en definitiva se trata de un imperativo para el resguardo de su crédito, es un DEBE SI QUIERE CONSERVAR SU ACREENCIA. Si el acreedor soslaya la carga del artículo 32 ocurren varias consecuencias previstas en el derecho concursal:

- a) No interrumpe el curso de la prescripción liberatoria en curso ni impide la caducidad de la instancia y del derecho,
- b) No puede participar en los actos del proceso concursal pero resulta alcanzado por los efectos del acuerdo homologado,
- c) Opera la prescripción liberatoria concursal al cumplirse dos años de la demanda de concurso preventivo o el plazo menor que

correspondiera según la naturaleza de su crédito y la causa del mismo.

- d) Si percibe del deudor aquello que le es debido queda expuesto a la ineficacia de pleno derecho del artículo 17 L.C. y puede ser repetido aquello que le ha sido pagado.

¿Qué sucede con el curso de los intereses financieros que pudieran haberse Pactado?

¿Estas obligaciones quedan novadas por la homologación del acuerdo preventivo?

¿Qué ocurre con el Acuerdo preventivo extrajudicial?

Estamos ante nuevas preguntas que por supuesto deberá responder la justicia integrando la brevedad de la norma.



Cómputo de la prescripción liberatoria de obligaciones novadas por la Homologación del Acuerdo Preventivo

Por Horacio Pablo Garaguso, Guillermo Horacio F. Garaguso, Andrés Alejandro Garaguso

Colegio de Abogados de Mar del Plata, de Dolores y de los graduados de la Universidad de la Atlántida Argentina y del Partido de La Costa

PONENCIA

El cómputo de la prescripción liberatoria de las obligaciones novadas por la homologación del acuerdo preventivo o del acuerdo preventivo extrajudicial que estableció el pago en cuotas de las mismas, principia cuando se hace exigible la última, no siendo aplicable en tal caso la regla del artículo 2556 del Código Civil y Comercial.

El plazo es el genérico supletorio del artículo 2560 del Código Civil y Comercial o sea, el quinquenal.

FALLO

“NUMACO S.A. SU CONCURSO PREVENTIVO”, Expediente A4-13AA, Juzgado Civil y Comercial Nro. 3 de Mar del Plata, fallo del 18/12/2019.

“El plazo de prescripción liberatoria de las obligaciones novadas conforme el artículo 55 de la ley 24522 - por la sentencia de homologación del acuerdo preventivo- es el que fijaba los artículos 4023 del Código Civil y hoy es el artículo 2560 del Código Civil y Comercial, y se computa desde que se hace exigible la obligación. Estando pactado el pago en cuotas para facilitar al deudor su cancelación, el plazo se computa desde que se hace exigible la última de las cuotas pactadas, no siendo aplicable a este caso la regla del art. 2556 del Código Civil y Comercial”.

DESARROLLO

En el caso que motiva esta ponencia el juez a quo descartó que pueda aplicarse al supuesto enunciado el artículo 2556 del CC y C, desde que se trata de una obligación única fraccionada en cuotas y no de prestaciones

periódicas independientes, que es a las que en forma clara e irrefutable se refiere la norma en cuestión.

“Prestaciones periódicas. El transcurso del plazo de prescripción para reclamar la contraprestación por servicios o suministros periódicos comienza a partir de que cada retribución se torna exigible”.

Establece al mismo tiempo que la prescripción liberatoria de los créditos alcanzados por el efecto novativo reglado por el artículo 55 de la ley 24522 está sometida al plazo quinquenal que fija el artículo 2560 del CC y C y no al que correspondía según la causa de la obligación, y ello como consecuencia de la novación que la homologación del acuerdo preventivo trae aparejada. Todos los créditos resultan así igualados y todos tienen como causa la sentencia que homologa el acuerdo preventivo. Agregamos por nuestra parte que el mismo efecto opera la homologación del acuerdo preventivo extrajudicial conforme la regla del artículo 76 de la ley concursal, aunque la misma solo se remite al régimen del artículo 56 de la ley 24522. Una interpretación contraria a la que propiciamos generaría un verdadero pandemio si sucediera la quiebra por incumplimiento del acuerdo homologado.

Acierta el fallo tanto en cuanto al plazo de la prescripción liberatoria como en el cómputo del mismo, aunque ha dado el tema lugar a interpretaciones diversas en la jurisprudencia, pero la mayoría de los precedentes hallados coinciden con la ponencia propuesta, descartando en virtud de la novación concursal, que puedan aplicarse a las obligaciones novadas los plazos prescriptivos fijados para cada una de esos créditos por el derecho común o en leyes especiales. De modo concordante se ha establecido que el plazo de la prescripción liberatoria en los casos propuestos en esta ponencia, fue el decenal fijado por los artículos 846 del Código de Comercio y 4023 del Código Civil. El plazo de la prescripción liberatoria es hoy - para el caso- el de cinco años establecido por el artículo 2560 del CC y C. Así lo ha resuelto la jurisprudencia (“LK Instalaciones S. A. s/ Concurso Preventivo”, C. N. Com. Sala E, fallo del 30/9/2013, disponiendo la vigencia del artículo 4023 del C.C. conforme con ello Miguel Rubín, “Prescripción de cuotas concordatarias”, Microjuris Argentina, 11 de mayo de 2017 donde analiza intensamente el caso “Unicampos”, de la C. N. Com. Sala C, fallo del 6/4/2017).

En el precedente que motiva esta ponencia el juez interpreta que el plazo de prescripción liberatoria del crédito, que al homologarse el acuerdo, fue sometida al pago del mismo en cuotas, por tratarse de una única obligación, debe ser computado desde que sucedió el vencimiento de la última de las parcelas, que es cuando se hace exigible in totum el crédito y no desde el vencimiento de cada cuota, extremo este que el juez a-quo descartó pues no se trata del supuesto del art. 2556 del CC y



C el que, como se ha dicho, se refiere a contraprestaciones por servicios o suministros periódicos. En este supuesto el plazo prescriptivo debe computarse desde que cada obligación periódica se torna exigible.

Si al supuesto no le es aplicable la regla del art. 2556 citado, pues se trata de una obligación cuyo pago, como consecuencia de la novación concursal sucederá en cuotas, solo se prescribe desde que se cumple el plazo quinquenal, cuando la obligación se torna exigible, es decir, una vez vencida la última de las cuotas pactadas.

Reconocemos las dificultades que apareja esta interpretación cuando los plazos de pago son dilatados, pero... es lo que la ley ha resuelto.



Caducidad de la instancia en los procesos incidentales concursales: incidentes genéricos, específicos y juicios incidentes

*Por Horacio Pablo Garaguso, Guillermo Horacio F. Garaguso, Andrés
Alejandro Garaguso*

*Colegio de Abogados de Mar del Plata, de Dolores y de los
graduados de la Universidad de la Atlántida Argentina y del Partido
de La Costa*

PONENCIA

La caducidad de la instancia en los procesos accesorios concursales queda íntegramente regida por la ley concursal y la aplicación de los Códigos Procesales locales solo es posible si media una remisión legal y en la medida en que la norma adjetiva sea compatible con la rapidez y economía de los procesos concursales.

FALLO

“Galeno ART S.A. en J1250395 HOSPITALES PRIVADOS DE MENDOZA S.A. S/CONCURSO GRANDE-RECURSO EXTRAORDINARIO PROVINCIAL”, Suprema Corte de Justicia de Mendoza, CUIJ 13-02153030-6-19”

“Para el cómputo del plazo de la perención de la instancia en un incidente concursal debe tenerse en cuenta tanto los días hábiles como los inhábiles, lo que incluye la feria judicial”

DESARROLLO

Debemos destacar que el fallo citado constituye una excusa para abundar en un tema tratado exhaustivamente por Gabriela Boquín y solo para aportar algunas miradas que deben ser consideradas desde una óptica procesal concursal como lo proponen Mario Kaminker y Darío Graziabile dentro de la doctrina Bonaerense.

En el volumen 3 de “El proceso concursal - El concurso como proceso” dos de los autores de la presente propiciábamos una clasificación cuatripartita de los procesos accesorios concursales, distinguiendo las simples incidencias, de los incidentes genéricos, de los específicos y de

los que denominamos juicios incidentes.

El impulso procesal de oficio, que a diferencia con la ley 19551, es en la ley 24522, limitado con exclusividad al proceso principal. Por lo tanto, quedan los procesos accesorios sometidos a las reglas genéricas de los artículos 277 y 278 de la normativa concursal vigente. En efecto, la caducidad de la instancia opera a los tres meses. Pero no es este el plazo único y su campo de actuación alcanza a los incidentes genéricos de cualquier tipo, a los incidentes específicos y a los juicios incidentes que las partes opten tramitar por la vía incidental.

El acotado plazo de tres meses del artículo 277 LC Y Q. se ve dilatado en los casos de juicios incidentes reglados en el estatuto concursal o en aquellos que son consecuencia de una remisión a la vía ordinaria de los códigos procesales locales.

Analizaremos algunos de estos supuestos:

- 1) **ACCIÓN DE DOLO:** De conformidad con el artículo 38 LC Y Q. tramita por JUICIO ORDINARIO, de tal manera se le aplican las reglas locales de este proceso de conocimiento, y en consecuencia el plazo trimestral del artículo 277 LC Y Q. se expande al semestral que fija el código procesal de nuestra provincia.
- 2) **NULIDAD DEL ACUERDO PREVENTIVO:** Se trata de un proceso de conocimiento alcanzado por la regla supletoria de los artículos 280 y siguientes de la ley concursal. Es decir, tramita y es juzgado como un incidente genérico concursal y no como un incidente de nulidad de los códigos procesales locales. En este supuesto la aplicación del artículo 277 citado es inexcusable.
- 3) **ACCIÓN DE INEFICACIA CONCURSAL del artículo 119:** Determina la norma en cuestión que tramite por JUICIO ORDINARIO y que la acción PERIME - CADUCA- a los seis meses, computándose dicho plazo conforme el mecanismo compatible con la rapidez y economía de los procesos concursales, lo que descarta el sistema de previa intimación que regula el código procesal de nuestra provincia.
- 4) **REVOCATORIA ORDINARIA:** conforme el artículo 119 tramita por la vía ordinaria de los artículos 319 y 323 y siguientes del CPCPBA y como consecuencia de ello, ante la remisión explícita legal la perención de la instancia será la se SEIS MESES.
- 5) **EXTENSION DE LA QUIEBRA:** De acuerdo con el artículo 164

LC Y Q. tramita por la vía ordinaria - juicio de conocimiento más amplio regulado en los estatutos procesales locales- y PERIME a los SEIS MESES.

- 6) **ACCIONES RECOMPOSITORIAS DEL ARTÍCULO 173 LEY 24522:** Sea la acción contra representantes o terceros, ambas tramitan por vía ordinaria y la instancia perime a los SEIS MESES como lo regla expresamente el artículo 174 LC Y Q.
- 7) Cuando las acciones recompositorias citadas en los números 3 y 6 tramiten por acuerdo de las partes por la vía del incidente genérico de los artículos 28 y siguientes, el plazo de caducidad de la instancia será el trimestral del artículo 277 LC Y Q.
- 8) **ACCIONES RECOMPOSITORIAS DE DERECHO SOCIETARIO a las que alude el art. 175 LC Y Q.:** La ley de concursos no ha establecido el trámite de las mismas. Debe distinguirse empero de aquellas que están iniciadas a la fecha de la quiebra de las que se deduzcan por el síndico en resguardo de los intereses concursales. Las primeras continuarán con el procedimiento fijado por la ley de sociedades y los códigos locales, pudiendo ser juicios de conocimiento plenos -ordinarios- o abreviados- sumarios-. En este supuesto el término de la caducidad diferirá según las normas de los códigos locales. Pero si es promovida la acción por el síndico, se aplicarán las reglas de los artículos 280 y siguientes y en consecuencia la caducidad de la instancia sucederá a los tres meses conforme lo regla el artículo 277 LC Y Q.

Para concluir sostenemos que en ningún caso es aplicable a la caducidad de la instancia en procesos accesorios concursales el sistema de previa intimación contenido en el CPCPBA, por no ser el mismo compatible con la rapidez y economía de los concursales, compatibilidad imprescindible para que los códigos locales sean aplicables en los incidentes o juicios incidentes de los concursos.

Es más, nada impide en el régimen de la ley 24522 la declaración oficiosa de la perención atendiendo a la celeridad procesal y principios propios de los concursos como procesos.



Prescripción de la acción de simulación iniciada por la sindicatura concursal

Por Horacio Pablo Garaguso, Guillermo Horacio F. Garaguso, Andrés Alejandro Garaguso

Colegio de Abogados de Mar del Plata, de Dolores y de los graduados de la Universidad de la Atlántida Argentina y del Partido de La Costa

PONENCIA

Las acciones de simulación promovida por la sindicatura en la quiebra si la simulación es relativa y se acumula con la acción revocatoria concursal del art. 119 LC. Y Q. quedan sometida al plazo único de caducidad del artículo 124 LC Y Q. Si por el contrario la simulación es absoluta la acción promovida por la sindicatura queda sometida al plazo de prescripción de dos años que fija el Código Civil y Comercial y el mismo debe computarse desde que la simulación es conocida por el síndico.-

EL CASO: “SINDICATURA CERALES DE ARRECIFES S.A. SU QUIEBRA C/ IBÁÑEZ ALEJANDO J. Y OTRO S/SIMULACION Y ACCIÓN REVOCATORIA O PAULIANA”, Expte. 122820, fallo del 17/11/2020 SCJBA.-

PRECEDENTES - NORMAS APLICABLES - FUNDAMENTACION.-

El tema de la prescripción de la actio simulandi ha sido materia de una evolución lenta que principió con un fallo de 1982. En efecto, la *Cámara Nacional en lo Civil, en fallo Plenario “Glusberg, Santiago s/ concurso c/ Jorio, Carlos s/ suc. s/ ordinario (simulación)” del 10/9/82, por mayoría resolvió que el plazo bienal de prescripción de la acción de simulación del artículo 4030 C.C. era aplicable también a los terceros*. Esta posición fue cediendo gradualmente y en el *plenario “Arce, Hugo Santiago c/ Arce, Haydee Cristina Carmen s/ colación” del 1/2/2011, formuló una excepción a la aplicación del plenario Glusberg cuando la acción de simulación era ejercida por los herederos en forma conjunta con las acciones sucesorias. Allí se dijo que no resultaba aplicable la doctrina plenaria sentada en el caso “Glusberg” cuando la simulación se ejercía en forma conjunta a las acciones de colación o de reducción*.



Estas cuestiones han tenido solución en el régimen del Código Civil y Comercial, conforme el cual *el plazo de prescripción será de dos años para el pedido de declaración de nulidad relativa (inc. a) del art. 2562). A su vez, aclara cómo se computan los plazos. En efecto, el art. 2563 dispone que en la acción de simulación entre partes, el plazo se computa desde que, requerida una de ellas, se negó a dejar sin efecto el acto simulado (inc. b) mientras que en la acción de simulación ejercida por tercero, desde que conoció o pudo conocer el vicio del acto jurídico (inc. c).*

En el caso analizado, todas estas cuestiones son analizadas de una manera exhaustiva: Se descarta la aplicación del plazo único para ambas acciones desde que invocándose la simulación absoluta el fin recompositorio se logra desde el momento en que la simulación es declarada. Dice en su voto el Dr. Genoud que se justificaría si la simulación encubre un acto real, en cuyo caso será la vía de la acción revocatoria la que dejaré expedita la incorporación del bien al patrimonio cesante.-

No puede aplicarse asimismo a la acción de simulación absoluta el plazo de caducidad que fija el artículo 124 LC Y Q. desde que su campo de acción queda limitado a las declaraciones de los artículos 118 y 122 y a las acciones contempladas en los arts. 119 y 120, todos de la ley 24522, y entre estas declaraciones y acciones no se encuentra la acción de simulación. *Será entonces el aplicable el plazo bianual que fija el artículo 2562 y será computado conforme con el inciso c) del artículo 2563, ambos del Código Civil y Comercial, cuando la acción sea promovida POR UN TERCERO - carácter que puede atribuirse a la sindicatura concursal- desde que este conoció o pudo conocer el vicio del acto jurídico.*

Tal el basamento del fallo que motiva la presente ponencia, el que nos obliga a distinguir entre la simulación absoluta y la relativa y a considerar si la acción es promovida por las partes o por un tercero.

No es la ley de concursos la que determina la extinción de la acción por prescripción o caducidad sino que deberán aplicarse los principios y el régimen emergente del Código Civil y Comercial.

Este tema fue abordado por uno de los autores de la presente cuando se acumulan las acciones recompositorias del artículo 173 apartado 2 y 119 de la ley 24522, supuesto en el cual Maffia consideraba que debía aplicarse el art. 124 y no el 174 de la ley concursal.



El fideicomiso ante un proceso de liquidación judicial: análisis de las insinuaciones verificadorias de los adherentes

Por C.P. María Cristina Osso¹⁹⁴

Colegio de Abogados de Morón

PONENCIA

El Art. 1687 del CCCN, dispone que ante la insuficiencia de los bienes fideicomitados no da lugar a la declaración de su quiebra, ante la falta de recursos provistos por el fiduciante o el beneficiario, le confiere al juez amplias facultades para proceder a la liquidación judicial, aprovechando los mecanismos que le infiere la Ley de Concursos y Quiebras, ante la situación de indefensión de las partes, manteniendo la liquidación del patrimonio de afectación ajeno al fiduciario que pudo haber sido responsable en su gestión del estado de situación de insuficiencia.

Es así que los adherentes del emprendimiento inmobiliario “Fideicomiso Estrella del Sur” se presentaron a verificar los créditos en oportunidad del Art. 32 de la LCQ ante la sindicatura, con las siguientes insinuaciones verificadorias:

- **Privilegio del 241 inc.1) o preferencia general en subsidio;** según la ley sólo pueden ser admitidos en forma restrictiva, no pueden aplicarse por mera analogía debido a que revisten carácter excepcional, (CCiv.3876, hoy Art. 2573 CCCN, y Art. 239 LCQ).-

- **Solicitando la escrituración,** una mínima cantidad de casos, la oponibilidad del boleto de compraventa a la quiebra está supeditada a la posibilidad fáctica y jurídica de otorgarse la escritura. Si no existe tal posibilidad, el adherente sólo tendrá posibilidad de verificar su crédito dinerario resultante del importe abonado a la fallida. Si la construcción del inmueble se encuentra inconclusa, obstaculiza la pretensión escrituraria, sin que pueda argüirse que la fallida deberá terminar la obra o ser conminada ello, toda vez que tal supuesto es ajeno a la normativa del Art. 1185 bis del anterior C. Civil y 146 de la ley 24.522.

- **Acreedores quirografarios** en su gran mayoría.

Se debe tener en cuenta que no corresponde alterar la paridad de trato

¹⁹⁴ Contadora Pública. Especialista en Sindicatura Concursal (U.N.A.). Magister en Insolvencia Empresarial (U.M.). Docente

con los demás acreedores adherentes quienes en su mayoría se insinuaron pidiendo la restitución de los fondos aportados más los intereses, además de haber tenido en cuenta la viabilidad o no de la posibilidad de escriturar.

I- Introducción

El Art. 1687 del CCCN, dispone en su parte pertinente 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 recursos provistos por el fiduciante o el beneficiario según previsiones contractuales, procede su liquidación, la que está a cargo del juez competente, quien debe fijar el procedimiento sobre la base de las normas previstas para concursos y quiebras, en los que sea pertinente.

Es así, como se presenta un híbrido entre el procedimiento extrajudicial previsto por la Ley 24.441 mediante el cual, el fiduciario es quien elige el liquidador y la normativa de la Ley 24.522, para el caso de que los bienes del fideicomiso no fueran suficientes para atender a las obligaciones asumidas, que se aclara no se aplicarán directamente, sino en la medida en que se consideren pertinentes.

Este artículo le confiere al juez amplias facultades para proceder a la liquidación judicial, aprovechando los mecanismos que le infiere la Ley de Concursos y Quiebras, como es, la intervención de una sindicatura, logrando así mediante ella una correcta publicidad y determinación del pasivo ante una eventual distribución de remanente a las partes afectadas, siendo importante resaltar que no debe perderse de vista que el fideicomiso no es un sujeto de derecho ni goza de personalidad jurídica, sino un contrato cuya finalidad determinada no se asemeja a lo que exige el Art. 6 de la LCQ.

El contrato de fideicomiso le confirió al fiduciario facultades y atribuciones que fueran necesarios para la protección y exigibilidad de sus derechos bajo las normas de ese contrato así también como la conservación de los bienes fideicomitidos y la protección de los intereses de los beneficiarios-adherentes, reemplazándolo por un proceso judicial, a cargo de un juez que dirimirá quien se hará cargo de la liquidación, ante la situación de indefensión de las partes, manteniendo así el patrimonio de afectación ajeno al fiduciario, que pudo haber sido el responsable en su gestión de ese estado de situación de insuficiencia.

II.- El particular caso del Fideicomiso Estrella del Sur s/Liquidación Judicial. Presentación de verificación de los Adherentes, Análisis de la Sindicatura.



“Estrella del Sur” era un emprendimiento inmobiliario instrumentado bajo la forma de fideicomiso y cuyo fiduciario era BAPRO Mandatos y Negocios, que incluía 924 unidades funcionales, 728 cocheras, distribuidos en cuatro torres, el cual se encontraba en un grado de avance promedio del 40% y cuya obra se inició en el año 2010. Dos años y medio después comenzó a vislumbrarse un notorio desfasaje entre el ritmo de actualización de las cuotas y la inflación que no permitiría cumplir con los plazos e incrementaría los pagos mensuales, motivo por el cual 287 beneficiarios abandonaron el proyecto. Así las cosas, en el año 2012 se abandonó la construcción. Entre el año 2014 y 2017 el plan de obras fue reformulado tres veces pero no se pudo cumplimentar en ninguna de las ocasiones, por ende a fines de noviembre 2017 el fiduciario pidió la liquidación judicial de bienes¹⁹⁵.

Tal situación provocó que la obra quedara totalmente paralizada sin ningún plan aprobado, generando gastos fijos impostergables para asegurar la protección y seguridad ante una probable intrusión del patrimonio fideicomitado.

Ante tal situación, los adherentes se presentaron a verificar según lo instituido por el Art. 32 con tres variantes de insinuación:

- Acreedores con privilegio del 241 inc.1) o preferencia general en subsidio;
- Solicitando la escrituración (obligación de hacer consistente en el otorgamiento de posesión y escritura de dominio), en una mínima cantidad de casos
- Acreedores quirografarios en su gran mayoría

1) Acreedores con Privilegio del 241 inc.1) o preferencia general en subsidio.

El aporte del adherente no puede ser concebido como un “gasto” a los fines de la construcción edilicia que conforma el principal activo del Contrato de Fideicomiso en liquidación ya que la intención de los mismos, fue la de obtener una inversión a futuro con la compra de una unidad funcional del emprendimiento inmobiliario.

Dicha prestación de modo alguno transforma a los “aportes”, en un “gasto” que deba ser privilegiado ante el resto de los acreedores que participaron de la misma relación contractual. Dentro de las particularidades que inviste el privilegio especial, refiere a que el incremento o mayor valor obtenido en el bien del patrimonio del deudor, debe encontrarse “individualizado”¹⁹⁶, circunstancia que no logra ser definida en

¹⁹⁵ Juzgado Nacional en lo Civil y Comercial de Primera Instancia N° 12.

¹⁹⁶ Villanueva, Julia “PRIVILEGIOS”, Ed. Rubinzal-Culzoni, pág. 130/1.

emprendimientos inmobiliarios en los cuales los aportes de todos los adherentes son precisamente los que configuran el empuje y capital necesario para dar forma y cumplimiento al objeto del fideicomiso.

Los privilegios dice la ley sólo pueden ser admitidos en forma restrictiva, por ende, si no existe ley que los reconozca expresamente, no pueden aplicarse por mera analogía debido a que revisten carácter excepcional, justamente con el fin de evitar que se conviertan en regla general (CCiv.3876, hoy Art. 2573 CCCN, y Art. 239 LCQ).

Por las consideraciones expuestas, no corresponde la graduación privilegiada.

2) Solicitando la escrituración del inmueble

Los adherentes basan su pretensión con fundamento en:

- el Art. 146 de la LCQ: “...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 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...” y el Art. 1171 del CCCN¹⁹⁷;
- el fallo de la Sala C de la Cámara Civil en tanto sostiene que “... es oponible a los acreedores privilegiados o quirografarios -aún los hipotecarios- si ha mediado desplazamiento de la posesión a favor del adquirente”¹⁹⁸
- la cláusula sexta del Boleto de Adhesión Definitiva al Fideicomiso en la cual surge como obligación a cargo del fiduciario otorgar la escritura traslativa de dominio, libre de todo gravamen y sin asumir responsabilidad alguna respecto de cualquier deuda garantizada con hipoteca.

Sin embargo, lo más importante a tener en cuenta, es la particular viabilidad de la aplicación de la norma ya que en el caso en particular

¹⁹⁷ “Art. 1171 CCCN: 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 del precio”.

¹⁹⁸ Rey Raúl O. Pisicaro D. S. y otro del 17/6/88, LL 1990-A 207 y sig.).

no es posible pensar en “escriturar”, cuando surge que la obra está totalmente paralizada de hace tiempo, los espacios y áreas comunes no están habilitados, se encuentra en su totalidad en un grado de avance de apenas un 40%, en sentido lato es fácil presumir que, en los términos pretendidos resulta de cumplimiento imposible la escrituración.

El principal efecto que deviene de la constitución de un fideicomiso es la “separación” de los bienes que lo componen respecto del patrimonio de las partes del contrato, es decir, del fiduciario que los trasmite, del fiduciario propietario-administrador y de los beneficiarios-adherentes. Es un modo de disposición de la propiedad que sujeta los bienes a un destino determinado, en interés de personas distintas de aquella que recibe la propiedad.

Como se puede advertir los bienes fideicomitidos son insuficientes para el cumplimiento del contrato de fideicomiso, la conclusión de la construcción del edificio de viviendas y la entrega de las mismas terminadas a los beneficiarios.

Se debe tener en cuenta además que no corresponde alterar la paridad de trato con los demás acreedores adherentes, quienes se insinuaron pidiendo la restitución de los fondos aportados, sin perjuicio de considerar que el adquirente en subasta que tomará a su cargo la construcción o terminación del complejo, deberá contemplar una opción de compra para todos los adherentes, mientras tanto, en esta instancia importará la disposición de fondos del activo, para ejecutar la obra, prestación que incumplió el Fideicomiso Estrella del Sur.

La doctrina y la jurisprudencia ha sido conteste en que “...la oponibilidad del boleto de compraventa a la quiebra está supeditada a la posibilidad material y jurídica de otorgarse la pertinente escritura. No existiendo tal posibilidad, el comprador solo tendrá posibilidad de verificar su crédito dinerario resultante del importe abonado a la fallida... En consecuencia si la construcción del inmueble se encuentra inconclusa ello obsta a la pretensión escrituraria, sin que pueda argüirse que la fallida deberá terminar la obra o ser conminada ello, toda vez que tal supuesto es ajeno a la normativa del art. 1185 bis del Código Civil y 146 de la ley 24.522” y así lo ha entendido la jurisprudencia¹⁹⁹. Heredia²⁰⁰, en el mismo sentido señala que el titular de un boleto de compraventa no lo es de un crédito contra la masa, sino de un crédito contra el fallido, de carácter concursal, por una obligación de hacer, que debe cumplir con la carga

199 Conf.: ROITMAN, Horacio, “Efectos de la Quiebra Sobre los Contratos Preexistentes”, 2da Edición Actualizada Rubinzal - Culzoni, pág. 220-221, Conf: CNCom Sala C, 17.02.1986, “García Labandal, Anibal c/ SACIMIE s/ Quiebra, La Ley 1986 C, pág. 258).-

200 HEREDIA, Pablo D., “Tratado exegético de derecho concursal”, Ábaco, Buenos Aires, 2005, Tomo 5, pág. 232.

verificatoria declarativa de un derecho concurrencial. Los acreedores son concurrentes o no lo son, independientemente del carácter del crédito insinuado, si es obligación de dar, hacer o no hacer. El acreedor por escrituración exigible en función de haber cumplido los requisitos del art. 146, párr. 2°, LCQ es, sin dudas acreedor concurrente, pero su condición es la de un quirografario de características especiales, pues, aunque en principio se sustrae de la suerte común que corresponde a los demás quirografarios como en este caso, cuando la escrituración se torna imposible concurre al pasivo por el precio que hubiera pagado.

III. Créditos Quirografarios.

Por las razones expuestas, los aportes efectuados por los adherentes constituyen créditos quirografarios por una inversión efectuada sobre la obra en construcción, siguiendo a Heredia por ende constituye un acreedor quirografario de características especiales (II.2 último párrafo).

La Resolución del Art. 36²⁰¹

En el caso del Fideicomiso Estrella del Sur el a quo falló en el mismo sentido planteado por la sindicatura considerando que:

La mayoría de los créditos insinuados tenían causa y origen en la inversión hecha por los pretensos acreedores de una vivienda y/o cochera.

- El objetivo de la gran mayoría de estas insinuaciones consistía en la restitución de los fondos desembolsados con sus respectivos intereses -desde la fecha de mora hasta la presentación de la Liquidación Judicial conforme a la tasa receptada en el Fuero-, aun cuando los instrumentos no contaran con la certificación notarial, -fecha cierta-.

- En referencia al privilegio pretendido, consideró también que por la enunciación taxativa que impone la LCQ y la interpretación restrictiva, dicha graduación resultaba inadmisibles.

- En cuanto a la aplicación del Art. 146 de la L.C.Q, no se apartó del criterio aconsejado por la sindicatura en oportunidad del Informe Individual, en relación al derecho que la ley le otorga a aquellos adherentes que hubieran abonado el 25% del precio y solicitaron en consecuencia la obligación de escriturar, pero aclaró que fácticamente la misma era imposible, por ello le reconoció el carácter de crédito quirografario.

201 Hernán Diego Papa, 06/08/2018, Juez de Primera Instancia en lo Comercial Juzgado 12, Secretaría 24, Expediente 24334/2017.

IV. Conclusiones

Es fácil inferir que solicitar la escrituración no podía prosperar porque operativamente era imposible en virtud de que la obra se encontraba en el 40% de grado de avance, como tampoco podía prosperar la solicitud de privilegio especial del Art. 241 inc. 1) por el carácter restrictivo que la ley le otorga a los mismos, pero además no correspondía alterar la paridad de trato con los demás acreedores adherentes que en su gran mayoría se habían insinuado pidiendo la restitución de los fondos aportados como quirografarios.



Acciones concursales de ineficacia y de responsabilidad en la liquidación judicial del fideicomiso²⁰²

Por Fernando Javier Marcos

Colegio de Abogados de Morón

Sumario

La liquidación judicial del fideicomiso que regula el artículo 1687, tercer párrafo, del Código Civil y Comercial ante la insuficiencia de los bienes fideicomitidos, habilita al liquidador a promover las acciones de recomposición patrimonial previstas por la ley 24.522 en sus artículos 118, 119 y 120, lo que incluye las acciones de simulación, por fraude y de responsabilidad, reguladas por los artículos 333, 338, 1674, 1675 y conc., todos del Código Civil y Comercial.

I. El problema a considerar

Me propongo analizar en esta ocasión, si en el marco de una liquidación judicial fiduciaria promovida de acuerdo a lo que dispone el tercer párrafo del artículo 1867 del Código Civil y Comercial, es pertinente admitir la aplicación de las denominadas *acciones concursales de ineficacia* (artículos 118 y 119, ley 24.522 y 1.687, CCyCo.) y *de responsabilidad* (artículo 173 y ss., ley 24.522), en los términos del artículo 120 y 174, ambos de la ley 24.522 respectivamente y, como inmediata consecuencia de ello, si el liquidador designado por el juez se encuentra legitimado para promover esas acciones concursales²⁰³.

Ello, al margen de la acción de responsabilidad que se desprende de 1674 y 1675 del Código, de la acción de simulación (artículo 333 y ss., CCyCo), de la acción por fraude (artículo 338 y ss., CCyCo.) y de responsabilidad civil en general contra todo aquel que hubiese causado un daño injustificado (artículos 1708, 1716 y ss., CCyCo.).

202 Artículo de mi autoría publicado en la *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot, 2021, n° 307, p. 75 y ss.

203 Este trabajo reconoce como antecedente inmediato, la ponencia de mi autoría presentada el *Encuentro de Institutos de Derecho Comercial de Colegios de Abogados de la Provincia de Buenos Aires*, realizado en Bahía Blanca, Provincia de Buenos Aires, los días 28 y 29 de noviembre de 2.019. Su título: “Aplicación de las acciones de recomposición patrimonial y de responsabilidad en la liquidación judicial del fideicomiso por insuficiencia de los bienes que lo integran. Legitimación del liquidador para su promoción”.

Ante estos interrogantes, avanzaré en el estudio aquí propuesto tratando diversos temas y aspectos que entiendo esenciales para dilucidar esta cuestión, tales como, los alcances del concepto de insuficiencia y su vinculación con la cesación de pagos, el rol de los principios concursales que rigen en el caso y la naturaleza de esta liquidación del fideicomiso cuando se dan los presupuestos sustanciales que prevé el citado artículo 1687; pero sin perder de vista en todo momento el interés por dilucidar el fin perseguido por la norma y el bien o bienes jurídicos que esta tutela, fundamentalmente porque esa es la manda principal que el mismo codificador impuso al redactar el contenido del artículo 2° del Código Civil y Comercial, donde nos recuerda que la *finalidad de la ley* es el principal criterio de interpretación junto con *las palabras* —la letra— que conforma la proposición que integra el precepto legal.

Tan importante es esta vinculación entre palabra y fin, que se ha afirmado con justa razón que, no existe una norma jurídica “que no deba su origen a un fin, es decir, un objetivo práctico que constituye el eje de interpretación”²⁰⁴.

De todos modos, solo plasmaré aquí unas pocas reflexiones que en modo alguno pretenden agotar una problemática compleja como la que se ha presentado al comienzo, pero que permitirán definir un camino que represente una visión integradora y comprensiva del objetivo perseguido al remitir a la ley concursal como soporte normativo para dar cauce a la liquidación del fideicomiso.

2. Las controversias que se han suscitado en la doctrina y la jurisprudencia sobre este tema no son pocas, muchas de ellas originadas en la imprecisa regulación que contiene el artículo 1687 del Código Civil y Comercial, porque en mi opinión, no se terminaron de llamar las cosas por su nombre y esto hizo que todo quedara “a medias”.

Recuérdese que la ley 24.441 no solo excluyó toda posibilidad de declarar en quiebra al fideicomiso —algo que repite el actual código—, sino que además, propuso que cuando se diera el supuesto de insuficiencia de los bienes que lo conforman para responder por las obligaciones a su cargo y no existan otros recursos provistos por el fiduciante o el beneficiario según visiones contractuales —una suerte de insuficiencia o impotencia patrimonial definitiva similar a la que conduce al estado falencial—, se debía proceder a su liquidación, encomendando dicha tarea al fiduciario (artículo 16 y 24, ley 24.441, preceptos derogados por la ley 26.994), solución esta que dio paso a interesantes y atendibles objeciones, al extremo que se llegó a calificar a la norma del mencionado y derogado

204 GAGLIARDO, Mariano, *Interpretación en el Código Civil y Comercial*, Buenos Aires, Ed. Zavalia, 2018, p. 95. Con cita de Ihering efectuada por el autor.

artículo 16 de la ley 24.441 como “una verdadera “caja de Pandora” cuyo contenido resulta difícil de develar”²⁰⁵.

En cambio, el Código Civil y Comercial, si bien ratificó la imposibilidad de declarar en quiebra al fideicomiso, optó para el mismo supuesto, que se transcribió casi textualmente —en ese punto— en el artículo 1687, no solo por la *liquidación judicial*, sino que además, dispuso que el juez debía fijar el procedimiento a aplicar en base a las normas de la ley 24.522 “en lo que sea pertinente”, aunque sin modificar el ordenamiento legal concursal en lo que se relaciona con los sujetos o patrimonios concursables.

O sea, el fideicomiso a la fecha no es concursable pero le aplicamos las reglas de los concursos, es liquidable judicialmente ante su insuficiencia pero que no quiebra —liquidación forzosa, universal y colectiva, sin quiebra— y se le aplican en lo que resulte pertinente las reglas concursales.

Lo cierto es que, el estado en que se encuentra dicha cuestión obliga frente al caso concreto, a tener que entender y definir cuál es el verdadero alcance —finalidad— de la norma y, ciertamente, la voluntad del legislador del año 2015, al tomar el camino que se desprende del precepto que se viene comentando, es decir, la aplicación de la ley concursal que sean compatibles con la realidad fáctica y jurídica del fideicomiso.

3. Como punto de partida, se trata de un patrimonio especial que, como tal, responde por las obligaciones que lo gravan (artículo 242, *in fine*, CCyCo.) y, que en caso de *insuficiencia* de bienes y de otros recursos previstos por el fiduciante o el beneficiario, debe ser liquidado judicialmente siguiendo las normas de la ley de concursos y quiebras “en lo que sea pertinente”.

Y si bien se puede sostener que el fideicomiso como *patrimonio de afectación* guarda cierta similitud con el *patrimonio del fallecido* —mientras se mantenga separado del patrimonio de los sucesorio—, a diferencia del último que si es *concurables*, aquel no lo es, pues no integra la taxativa lista que contiene el artículo 2° de la ley 24.522 y “nada permite inferir lo contrario”²⁰⁶.

Sin duda esto lo complica todo, porque como ya se dijo, deja el tema a medias, aunque, adelante, no sin elementos suficientes como para definir un camino razonable y coherente a la hora de desentrañar los

205 KIPER, Claudio M. y LISOPRAWSKI, Silvio V., *Teoría y Práctica del Fideicomiso*, Buenos Aires, Ed. LexisNexis - Depalma, 2002, p. 36.

206 DAVID, Marcelo A., “Liquidación de patrimonios fideicomitados insolventes. Cambios sustanciales o límites razonables a la autocomposición”, en *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, Buenos Aires, Ed. AbeledoPerrot, 2020, n° 304, p. 2 versión *on line* (Cita Online: AR/DOC/3213/2020).



alcances y la finalidad de la norma que el codificador ha incorporado en esta materia, que con sus limitaciones, vino a dar un poco de aire fresco a la liquidación de ese específico patrimonio para proteger de una mejor manera –al menos, mejor a la que trajo la ley 24.441– los derechos e intereses de las partes, pero especialmente, de los acreedores del fideicomiso.

II. El contrato de fideicomiso. Algunas referencias

1. Habitualmente se dice que el contrato de fideicomiso es un vehículo para desarrollar negocios de diversa especie, lo que en la gran medida así es, aunque no en todos los casos necesariamente, dado que puede perseguir otros objetivos que nacen del interés que el fiduciante persigue al utilizar esta figura contractual tan versátil y sumamente útil.

En rigor de verdad, nada nuevo digo al señalar que se trata de un “contrato” que da origen a un patrimonio separado (artículos 242 y 1685, CCyCo.) que, como un “centro de imputación sin personalidad jurídica” posibilita “dinamizar activos y excluir las acciones singulares y colectivas de las partes firmantes del *pactum fiduciae*”²⁰⁷.

El *fiduciario* es jurídicamente el propietario de ese “patrimonio separado o afecto” que conforman las cosas –dominio fiduciario– y otros bienes –propiedad fiduciaria–, el cual no se confunde con el patrimonio universal de aquel, ni con otros patrimonios separados que sean consecuencia de diversos contratos de fideicomiso que pudiera haber celebrado²⁰⁸.

Es por ello que, en su primera parte, el artículo 1687 del Código Civil y Comercial dice que “[l]os bienes del fiduciario no responden por las obligaciones contraídas en la ejecución del fideicomiso, las que sólo se satisfacen con los bienes fideicomitidos”, estableciendo una similar solución para el fiduciante, beneficiario y fideicomisario, salvo que existiera un pacto en contrario.

De ello se sigue que, siendo el fideicomiso un contrato que da lugar a un patrimonio especial afectado al negocio fiduciario cuyos bienes constituyen la garantía de los acreedores del mismo, cuyo propietario es el *fiduciario* –según se expresó antes–, mal podría tener a su vez “personalidad jurídica” propia.

Sin embargo, la naturaleza de contrato, sus fines y, en especial, los caracteres propios de ese dominio-propiedad fiduciaria, llevaron a

207 JUNYENT BAS, Francisco y GIMÉNEZ, Sofía, “La insuficiencia del patrimonio fideicomitido”, *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, Buenos Aires, Ed. AbeledoPerrot, 2019, n° 296, p. 645.

208 KIPER, Claudio M. y LISOPRAWSKI, Silvio V., *Tratado de Fideicomiso - Código Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires, Ed. AbeledoPerrot, 2017, T. I, p. 71.

que el legislador previera que en caso de *insuficiencia de los bienes fideicomitidos para atender esas obligaciones* —concepto similar al de la insolvencia concursal = cesación de pagos—, ese patrimonio especial no pudiera ser declarado en quiebra.

Esa, en mi opinión, es la primera y correcta lectura que se debe hacer del tercer párrafo del artículo 1687 del CCyCo., al margen que se considere acertada o no la mecánica seguida por la ley vigente, especialmente para quienes asumen una posición favorable sobre la posibilidad de establecer contractualmente mecanismos de autocomposición²⁰⁹, tema este sumamente interesante cuyo tratamiento excede el limitado objetivo que me he propuesto en este trabajo, orientado únicamente a determinar la admisibilidad o no de las acciones concursales de recomposición.

2. Según fue referido, el fideicomiso se toca en varios puntos —salvando algunas distancias— con la situación de la situación del *patrimonio del fallecido que se encuentra en estado de indivisión*, el cual puede ser sometido plenamente a los procedimientos y reglas de la ley 24.522, a pesar que el sujeto que era su titular ha dejado de ser una “verdadera entidad subjetiva”²¹⁰.

Como se puede ver, el patrimonio del fallecido mientras se mantenga indiviso que conforma también una “universalidad” que responde por las deudas del causante, se encuentra sujeto a los términos de la ley concursal sin que sus efectos se extienda a sus herederos, de la misma manera que el patrimonio fiduciario insuficiente o insolvente —pues qué otra cosa es para nuestro derecho la insolvencia, sino la imposibilidad de cumplir las obligaciones en forma regular— no comunica los efectos de esa insuficiencia al fiduciario, titular de las cosas y otros bienes que lo integran, ni a los demás sujetos que participan del contrato.

Esto demuestra que, la ausencia de personalidad jurídica —el patrimonio del fallecido tampoco la tiene— y de declaración de quiebra de una persona —el fallecido ya no lo es—, no es un obstáculo para aplicar las reglas de los artículos 106 a 124 de la ley 24.522.

Por ello, me permito agregar que tampoco es necesaria la declaración de quiebra del patrimonio fideicomitado —algo que actualmente no es jurídicamente posible, según se indicó— para tornar aplicables las acciones concursales de ineficacia y de responsabilidad, especialmente porque estas forman parte del conjunto de herramientas específicas previstas por el legislador para posibilitar la recomposición del patrimonio

209 DAVID, M. A., *op. cit.*, p. 9 y ss.

210 JUNYEN BAS, Francisco y MOLINA SANDOVAL, Carlos A., *Ley de Concursos y Quiebras - Comentada*, Buenos Aires, Ed. AbeledoPerrot, 2009, T. I, p.51.



in malis a fin de proceder a su posterior liquidación y distribución entre los acreedores.

Solo así se puede dar cumplimiento con la manda legal de tutelar la integridad del patrimonio, de proteger el crédito y el interés de los acreedores (artículos 16, último párrafo, 107, 159 y conc. de la ley 24.522), dado que si no fuera de esta manera, cuál sería la razón de ser de la remisión a la ley concursal que realiza el Código en el artículo 1687.

Nótese que sería poco razonable que se decida por la aplicación de la ley 24.522 para liquidar un patrimonio fiduciario y, que a su vez, se hubiera pensado en dejar de lado la aplicación, nada más y nada menos, que de las acciones que están pensadas para recomponer el patrimonio insuficiente o insolvente.

Mas allá de los argumentos que expondré más adelante, a esta altura no puedo dejar de destacar, que una interpretación distinta a la que propongo contradice el objetivo final o teleológico del precepto (artículo 1687, CCyCo.), donde claramente se tomó partido por el régimen legal sustancial y procesal por excelencia destinado a liquidar la totalidad de un patrimonio, que no es otro que el previsto por la ley 24.522, el cual inexorablemente comprende las normas de procedimiento y de fondo que están direccionadas a tutelar los bienes que lo conforman, para integrarlo, recomponerlo si fuere menester, para obtener el resarcimiento de los daños y, posteriormente, para liquidar y distribuir el producido de la realización de los mismos entre los acreedores.

Afirmar lo contrario es sostener que el Código ordena liquidar según la ley de concursos, pero no identificar, integrar y recomponer totalmente el patrimonio que es objeto de tutela, cuando lógicamente estas últimas acciones —cuando se requieren— son previas a la realización de los bienes alcanzados por el desapoderamiento o contemporáneas a la liquidación de los bienes oportunamente incautados.

Es que la posibilidad de liquidar un patrimonio, cualquiera sea este, requiere primero velar por su integridad, lo que involucra necesaria e ineludiblemente —cuando la situación lo exige— su recomposición, para que los bienes que de él salieron en perjuicio de la masa de acreedores, retornen y cumplan la función de garantía que la ley les asigna (artículo 242 y 743, CCyCo.).

Creo que no se puede escindir la finalidad de *liquidar* de la de *integrar* —recomponer, según el caso— el patrimonio que es garantía de los acreedores, concepto este que es extensible a la situación del fideicomiso que se vienen estudiando.

Evidentemente existe un camino crítico, lógico, jurídicamente razonable y coherente, además de responder al más elemental sentido común:



primero se tutela la integridad del patrimonio afectado y, una forma de hacerlo, es utilizando las herramientas que el ordenamiento especial que eligió el legislador —ley de Concursos— provee para estos casos.

Lo expuesto, importa el desapoderamiento y la incautación de los bienes, como así también, la recomposición de ese patrimonio insolvente mediante la utilización de acciones de ineficacia —inoponibilidad para ser más precisos (artículo 382, CCyCo.)— y de responsabilidad, esta última, para obtener la reparación del daño causado a la masa por todos aquellos que

Si el ley direccionó esta específica liquidación hacia un sistema legal previsto para tratar la insolvencia —y la insuficiencia definitiva de los bienes fideicomitidos lo es, por más vueltas que se le quiera dar a tema—, está significando que el fin de esa norma (artículo 1687, CCyCo.) es en causar la mentada liquidación dentro del marco de este esquema legal en forma integral, salvo aquellas cuestiones relacionadas con aspectos sancionatorios y efectos personales sustanciales propios de la quiebra, más allá de la prohibición legal de quebrar.

Ciertamente, ni las acciones de ineficacia —de pleno derecho o por conocimiento del estado de cesación de pagos—, ni la de responsabilidad concursal tienen carácter sancionatorio, sino integrativo o de recomposición del patrimonio a liquidar y, en lo pertinente, para obtener el resarcimiento del daño injustificado causado a la masa.

III. La reforma del Código Civil y Comercial. Alcances de la aplicación de la ley concursal

1. Continuando con el análisis de los alcances de la aplicación de las normas concursales a la liquidación del fideicomiso, también es importante recordar que, a diferencia del régimen que regulaba la ley 24.441 antes de la sanción del Código Civil y Comercial donde existían cuestionamientos en torno a cómo llevar adelante su liquidación, en el ya mencionado párrafo tercero de su artículo 1687 las cosas han quedado sustancialmente más definidas.

Esa norma prevé que, “[l]a 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, la que está 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”.



Se trata de la insuficiencia o insolvencia del patrimonio fiduciario —patrimonio *in malis*— que, para la legislación actual, impone la necesidad de liquidarlo en sede judicial, en un único proceso, y bajo las reglas concursales que resulten pertinentes y compatibles con este particular contrato y todo lo que rodea a la propiedad fiduciaria.

De este precepto se desprenden como relevante, un *presupuesto objetivo* a considerar y que atañe a la faz sustancial de la insuficiencia del fideicomiso, y otro relacionado con la *ley que rige la liquidación*, adelante, en sus aspectos procesales, a saber:

- a) *La Insuficiencia definitiva de bienes para atender las obligaciones*, y
- b) *Liquidación judicial en base a las reglas de la ley 24.522 en lo que fuere pertinente*.

De todo esto, surgen varios temas que deben ser finalmente definidos para demostrar los alcances del régimen concursal a la liquidación fiduciaria.

Me refiero a dilucidar en qué consiste la insuficiencia patrimonial a que hace mención el Código Civil y Comercial en el mentado artículo 1687 —ya he adelantado algunos conceptos—, la naturaleza del proceso, el rol del liquidador y los alcances de esa de su función en el punto bajo examen, para finalmente cerrar, concluyendo sobre los alcances que se debe dar a la remisión que el codificador hizo a las reglas de la ley 24.522 para llevar a cabo la liquidación judicial del fideicomiso.

IV. La insuficiencia definitiva de los bienes fideicomitidos como presupuesto objetivo

1. Un primer interrogante que se presenta es determinar a qué es la *insuficiencia de los bienes fideicomitidos* a la que se refiere en forma expresa el tercer párrafo del artículo 1687 del CCCN.

Inicialmente, lo que se impone destacar es que esa insuficiencia patrimonial para activar la liquidación judicial que prevé dicha norma debe ser *definitiva*, conclusión a la que inevitablemente se arriba cuando se completa la lectura del precepto, el cual, para habilitar esta particular liquidación sujeta a las reglas concursales exige para que se configure tal ineficiencia “*la falta de otros recursos provistos por el fiduciante o el beneficiario según previsiones contractuales*”.

Vale esta apreciación, porque el concepto de insuficiencia en sí representa, *prima facie*, escasez, la que puede ser transitoria o definitiva, cuando impide afrontar —como sucede el campo del derecho obligacional— el pago de los créditos de la masa, cumplimiento que, tal como sucede en líneas generales, puede ser *provisorio* porque es posible la superación de

la insolvencia —por ejemplo, concurso preventivo, cuando se trata de un sujeto concursable—, o *definitivo*, lo que ocasiona la quiebra.

Precisamente, no al concurso preventivo o a la quiebra en el caso del fideicomiso, pero sí a su liquidación, lleva esa insuficiencia definitiva que, es tal, porque no fueron previstos por los interesados —fiduciante o beneficiarios— otros recursos para enfrentar la insolvencia.

Esto es lo que me hizo señalar en algún comentario anterior que se está ante una *liquidación forzosa, universal y colectiva, sin quiebra* —esta último, en lo que hace a sus aspectos y efectos sustanciales—, que como tal, es gobernada por las normas que conforman el plexo legal concursal.

A tal extremo, que nada impediría el pedido de liquidación por un acreedor del fideicomiso, ante la inacción o ausencia de pedido de liquidación judicial por el fiduciario.

De esta forma, lo que he descripto anteriormente como *insuficiencia definitiva*, configura el presupuesto objetivo para la apertura de la liquidación fiduciaria.

Evidentemente, cuando se presenta este *requisito o presupuesto objetivo*, su similitud, por no decir directamente, su identidad con la insolvencia económica —léase, “cesación de pagos”— que regula la ley 24.522 en su artículo 1º es indiscutible, por más que se quieran forzar las interpretaciones y análisis.

Para ahondar en este punto, es útil tener presente que la solvencia en sí, exige que se den dos requisitos que han sido calificados como *estático* y *dinámico*²¹¹.

En primero se presenta cuando el activo es inferior al pasivo que debe atender, o sea, que se presenta como un mero desequilibrio aritmético —solvencia contable—, mientras que el restante, se configura cuando el deudor puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles —solvencia económica—.

Contrariamente, la sola *insolvencia contable* —desequilibrio aritmético-estático, entre un activo menor que el pasivo—, así como no alcanza para abrir el concurso, tampoco posibilita la iniciación de la liquidación judicial del patrimonio fideicomitado.

Por lo tanto, es necesario que se presente y exteriorice la *insolvencia económica* o cesación de pagos —sinónimo jurídico de la insolvencia para la legislación argentina—, para cuya conformación se prescinde de aquél desequilibrio estático entre activo y pasivo, para materializarse ante el estado de impotencia del patrimonio para hacer frente o cumplir con

211 PROCELLI, Luis A., *Régimen Falencial - Análisis Metodológico*, Buenos Aires, Ed. Hammurabi S.R.L., 2010, p. 45.



las obligaciones que lo gravan ante la exigibilidad de las prestaciones adeudadas²¹².

Como se puede apreciar, *la insuficiencia* caracterizada por el artículo 1687 del Código Civil y Comercial, guarda estrecha relación —por no decir identidad— con la insolvencia económica o cesación de pagos del artículo 1º de la ley 24.522.

2. Tal semejanza, exige para poder arribar a una conclusión razonable y ajustada a la finalidad de la ley (artículo 1687, CCCN) —sobre la que ya fueron expresadas algunas ideas—, que la cuestión se aborde en forma adecuada y con una visión sistemática e integradora de las normas del Código que regulan el fideicomiso y las que componen nuestro ordenamiento concursal por el que optó el legislador frente a la situación fáctica descrita anteriormente.

Precisamente al tomar este camino —según fue expresado—, el legislador se decidió por la ley de Concursos y Quiebras, no porque el fideicomiso resulte un sujeto concursal —evidentemente para nuestra ley 24.522, por el momento no lo es²¹³, aunque en mi opinión debería ser incluido en forma expresa en el ordenamiento concursal—, sino para dar contención y tratamiento a la insolvencia del patrimonio fideicomitado que, en sí mismo, integra una universalidad y un patrimonio especial (artículo 242, CCCN.) que ante la imposibilidad de cumplir con su objeto debe ser liquidado definitivamente.

Así, ante la crisis generalizada y definitiva que lo afecta y compromete en su totalidad, el Código propone la liquidación de todo ese patrimonio a cargo de un juez, y la convocatoria de todos los acreedores a ese proceso, de la misma manera que sucede cuando una persona, humana o jurídica concursable, es declarada en quiebra (artículo 1º, 125 y conc., ley 24.522).

Una salvedad. Cuando hablo de *crisis* la califico de como definitiva, para diferenciarla del concepto de *crisis* en su sentido más amplio y complejo, pues se manifiesta con diversas facetas, dado que abarca tanto las dificultades económicas y financieras de carácter general (pre-insolvencia, que puede incluir mecanismos “alertas”²¹⁴), y la insolvencia propiamente dicha o la impotencia para afrontar las obligaciones exigibles, que se

212 BERSTEIN, Omar R., *Inminente cesación de pagos*, Buenos Aires, Ed. Astrea, 2018, pp. 17-24.

213 GRAZIABILE, Darío J., *Instituciones de Derecho Concursal*, Buenos Aires, Ed. Thomson Reuters - La Ley, 2018, t. I, p. 223 y 225.

214 Ley n° 115 del 19 de octubre de 2017 (Italia), que reforma la disciplina de la crisis de la empresa y de insolvencia vigente desde el 14 de noviembre de 2017, Web: <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2017/10/30/17G00170/sg> (Fecha de captura 12/10/2020).

avecina o que ya se ha declarado e, incluso, exteriorizado, que puede ser provisoria y superada mediante la implementación de una solución concursal —concurso preventivo, APE— o definitiva que genera la quiebra.

Desde la perspectiva del fideicomiso que, como ya se mencionó, actualmente no es sujeto concursable, solo es relevante su crisis patrimonial cuando es definitiva, cuando la insolvencia económica —cesación de pagos— se traduce en la que he denominado *insuficiencia patrimonial definitiva* porque no fueron previstos otros recursos para superar la escasez de bienes y recursos para cumplir el objeto fijado en el contrato.

V. Consideraciones sobre ciertos caracteres y principios que rigen la liquidación fiduciaria

1. Pues bien, para dar cauce a esta verdadera patología jurídica, pero también económica y financiera que es la insuficiencia mencionada a la que hace mención el Código para activar la liquidación del fideicomiso, el ordenamiento legal vigente se orientó por un sistema idóneo como el que contiene la ley 24.522, regido esencialmente —entre otros— por tres principios “concursales” fundamentales, a saber: *universalidad, concursalidad y de colectividad*.

Estos principios, son plenamente aplicables al caso bajo estudio, por sus implicancias y relevancia para establecer el marco legal “pertinente”, tal como lo prevé el artículo 1687, párrafo 3° del CCCN. Más adelante volveré sobre estos.

Ahora bien, en rigor de verdad, tampoco es necesario efectuar un esfuerzo de interpretación para darse cuenta que todos estos rasgos distintivos de los procesos concursales típicos —concurso preventivo y quiebra, en sus diversas variantes— que vengo refiriendo, se presentan con total contundencia también en esta liquidación fiduciaria.

Asimismo, se debe tener especialmente en cuenta que, a causa del reenvío a las normas concursales que efectúa el artículo 1687 del CCCN, también se está alertando a quienes “contratan” con el fideicomiso, que el legislador del año 2015 (ley 26.994) se decidió por las normas concursales, porque estas fueron elaboradas para dar solución a esta, reitero, patología jurídica, económica y financiera que es la *insolvencia* que, como ya fue destacado, aquí se identifica perfectamente con la “insuficiencia” y, por lo tanto, con la “cesación de pagos”.

Avanzando en nuestro análisis, diré que la insolvencia, cesación o insuficiencia, torna aplicable el *principio de universalidad* (artículo 1°, segundo párrafo, ley 24.522), cuya consecuencia alcanzar con los



efectos del proceso a todo ese patrimonio conformado por los bienes del fideicomiso, lo que se traduce en la *universalidad en su faz activa*.

A causa de otro principio directamente vinculado al anterior, o sea, el de *concursalidad*, esa universalidad se proyecta en su *faz pasiva* —la masa de acreedores/todas las deudas—, además de mostrar su cara *procesal*, donde se expresan con contundencia la *colectividad* que es característica saliente de este proceso único, al igual que de cualquier liquidación forzosa judicial de este patrimonio especial que conforman las cosas y bienes fideicomitidos.

Bajo tales premisas, quedan comprendidos todos los acreedores del fideicomiso quienes no se pueden sustraer de ese marco normativo, por aplicación del *principio de concurrencia*.

2. De estas primeras apreciaciones que luego ampliaré, se puede colegir que, si el legislador quiso sustraer de la declaración de quiebra al fiduciario por causa de insuficiencia de los bienes fideicomitidos —dado que aquel sí puede quebrar por la cesación de pagos originada en el incumplimiento de sus propias deudas ajenas a las del fideicomiso— y al fideicomiso mismo, que es un contrato generador de un patrimonio especial —de afectación— sin personalidad jurídica, eso no significa que ante la insuficiencia patrimonial definitiva que lo pueda afectar —pues a esta se refiere el artículo 1687 del CCyCo. como detonante de la liquidación— éste pueda sustraerse de las reglas que contiene el sistema legal que prevé la ley 24.522 para proteger, integrar y liquidar el patrimonio a ser realizado y distribuido.

Y si se coincide en que estar ante una liquidación fiduciaria judicial por insuficiencia patrimonial, significa enfrentarse a un *proceso universal y colectivo* —de eso se trata indiscutidamente esta liquidación—, ¿cuál es la razón para limitar el accionar de los liquidadores? Claramente ninguna.

Igualmente, estos y otros interrogantes continuaremos analizándolos en los puntos que siguen.

VI. Más sobre la insuficiencia como presupuesto objetivo y su exteriorización

1. Sobre el primero de los tópicos señalados, es decir, el concepto de *insuficiencia patrimonial*, como ya lo adelanté, resulta por demás evidente la similitud de esta con la cesación de pagos del artículo 1º de la ley 24.522, porque la mencionada en último término “importa un desequilibrio entre los compromisos exigibles y los medios disponibles para enfrentarlos; cuando estos últimos se revelan insuficientes —de



manera regular y con cierta permanencia— para atender a aquéllos, se configura la impotencia patrimonial técnicamente llamada insolvencia o estado de cesación de pagos”²¹⁵.

Es así que, para nuestro derecho positivo concursal, la imposibilidad definitiva de poder atender o cumplir las obligaciones exigibles a cargo del deudor en forma regular, o sea, en tiempo y forma, da origen a la cesación de pagos, que “es el estado de un patrimonio que se revela impotente para hacer frente a los compromisos que sobre él gravitan”²¹⁶.

La ley dispone que la causa y naturaleza de las obligaciones a las que afecte es indiferente para que se configure este presupuesto objetivo (artículo 1º, ley 24.522), lo que significa que “no discrimina cuáles son las causas que han provocado la cesación de pagos a los efectos de considerarlo presupuesto para la apertura de los concursos. No corresponde interpretación ni investigación sobre el particular”²¹⁷.

No se debe perder de vista que, el incumplimiento generalmente está asociado a la falta de liquidez del obligado, quien a causa de esa afección de orden económico y financiero no puede pagar —cumplir *stricto sensu*—, transformándose así en un “deudor cesante o insolvente”, dado que la insolvencia para nuestro sistema legal, se asimila al estado de cesación de pagos propiamente dicho, conceptos que son considerados sinónimos²¹⁸, y que no se identifica necesariamente con la insuficiencia del activo para atender al pasivo²¹⁹, aunque en muchas ocasiones ambos fenómenos vienen juntos.

2. Otra cuestión a tener en cuenta es que, el *acaecimiento* de esta situación fáctica de naturaleza económica y financiera debe afectar a la generalidad del patrimonio del deudor en forma permanente y definitivamente, para que el camino a seguir sea el de la liquidación patrimonial forzosa y colectiva.

Me refiero a la época o fecha en que esa insuficiencia —cesación de pagos— se exteriorizó, dato sustancial para dar cauce a lo previsto por los artículos 115, 116, 118 y 119 de la ley 24.522 en relación a las acciones de ineficacia concursal, sin olvidar la de responsabilidad del artículo 173 de la ley de Concursos y Quiebras, cuya viabilidad en nuestro caso también

215 ROUILLÓN, Adolfo A. N., Régimen de Concursos y Quiebras, Buenos Aires, Ed. Astrea, 2015, p. 31. En igual sentido, Rivera, Julio C., *Instituciones de Derecho Concursal*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 1996, T. I, p. 11, entre otros.

216 FERNÁNDEZ, Raymundo, *Fundamentos de la quiebra*, Ed. Cía. Impresora Argentina S.A., Buenos Aires, 1937, p. 294.

217 QUINTANA FERREYRA, Francisco, *Concursos*, Buenos Aires, Ed. Astrea, 1985, T 1, p. 24.

218 QUINTANA FERREYRA, F., *op. cit.*, T 1, p. 17.

219 FASSI, Santiago C. y GEBHARDT, Marcelo, *Concursos*, Buenos Aires, Ed. Astrea, 1988, p. 10.



afirmo, tal como le he mencionado con anterioridad.

3. Fijados estos básicos conceptos, corresponde ahora interpelarnos sobre los alcances de la expresión “*insuficiencia de los bienes fideicomitidos para atender*” las obligaciones del fideicomiso, que se presenta como un presupuesto objetivo que dispara la liquidación judicial que trata el citado artículo 1687 del CCCN.

Pocas dudas —como ya señalé— pueden surgir a medida que se va comparando todo lo dicho sobre la cesación de pagos de la ley 24.522 con la “insuficiencia” patrimonial de la que habla el Código para poner en marcha la liquidación judicial del patrimonio que forma parte del fideicomiso.

Es más, expresamente, la doctrina ha señalado que tal “insuficiencia de bienes debe ser interpretada como estado de cesación de pagos en los términos de la ley concursal”²²⁰, sin olvidar —insisto— que para que esta active la solución colectiva liquidatoria, esa insuficiencia debe ser *definitiva*, calificación que aquella adquiere ante la ausencia de recursos previstos en el contrato a cargo del fiduciante o del beneficiario.

Y si bien el Código no admite la declaración de quiebra del fideicomiso, su insuficiencia se asemeja a la impotencia patrimonial definitiva que sí conduce a la quiebra a los sujetos y patrimonios concursables listados específicamente en el artículo 2° de la ley 24.522.

Lo afirmo, porque si el artículo 1687 dice que la liquidación exige que no se cuente con otros recursos provistos por el fiduciante o el beneficiario de acuerdo a lo acordado en el contrato, qué es esto sino la cesación de pagos o la insolvencia reconocida por el propio fiduciario al peticionar la liquidación del fideicomiso, en su caso.

Esclarecido o, por lo menos, fijada mi posición en relación a este tema, pasaré a tratar la índole del proceso en el que nos encontramos inmersos.

VII. La naturaleza del proceso liquidatorio fiduciario

1. Un extremo por demás trascendental para el tema que nos convoca es desentrañar cual es la naturaleza de la liquidación fiduciaria.

Una primera conclusión —*a priori*— que se puede extraer es que, el hecho

220 LORENZETTI, Ricardo L. —dir. —, MÁRQUEZ, José F., *Código Civil y Comercial de la Nación - Comentado*, Santa FE, Rubinzal-Culzoni Editores, 2015, T. VIII, p 230. Lo resaltado en negrita es nuestro. En esa misma línea de interpretación se encuentran ALTERINI, Jorge H., AICEGA, María V. y GÓMEZ LEO, Osvaldo R. (dirs. del tomo), *Código Civil y Comercial Comentado - Tratado Exegético*, Buenos Aires, Ed. Thomson Reuters La Ley, 2016, T. VII, p 1158.

que no sea admisible la declaración de quiebra del fideicomiso que, como ya fue advertido, tampoco es un sujeto concursable, no le quita la “impronta concursal” —para-concursal²²¹— a la liquidación que aquí se considera, aunque no sea un concurso liquidatorio *stricto sensu*.

Es que su calidad esencial de *proceso colectivo* —y único— se aprecia en todo momento, transformándose esto en una cuestión fundamental e insoslayable al momento de interpretar la ley que rige el caso que, en mi opinión, refleja claramente el camino elegido por el legislador al sancionar la ley 26.994.

Sabemos que la solución que inicialmente había propuesto la ley 24.441 para tratar la insuficiencia del patrimonio fideicomitado había generado importantes observaciones por parte de la doctrina que, a su turno, la unificación vino a contener —en parte— con el precepto que contiene el párrafo tercero del artículo 1687 del Código Civil y Comercial que da origen a estas cavilaciones.

En su último párrafo, donde se prevé que, ante la falta de otros recursos provistos por el fiduciante o los beneficiarios en virtud de lo plasmado en el contrato, *“procede su liquidación, la que está 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”*, se resuelven y se superan en este aspecto alguno de los problemas y cuestionamientos otrora generados por la citada ley 24.441.

Frente al panorama que presenta la mencionada regla del Código y, para poder establecer cuáles son las normas “pertinentes” que el juez deberá aplicar, es esencial determinar primero, de qué tipo de proceso estamos hablando cuando se trata de la ejecución judicial del patrimonio especial que se configura a raíz del contrato de fideicomiso, el cual con el transcurso del tiempo y por distintas razones o causas, resultó finalmente insuficiente para cumplir con las obligaciones que garantiza.

Esto es lo mismo que preguntarse, cuál es la naturaleza de este verdadero “híbrido” que es esta liquidación fiduciaria bajo normas concursales, pero que no es un “concurso” y, menos aún, uno de los sujetos listados en el artículo 2º de la ley 24.522.

2. Pero tal particularidad no deja margen de duda para sostener que, aun cuando puedan existir ciertas normas —básicamente de orden sustancial personal y sancionatorio— que no le van a ser aplicadas por no existir lo que típicamente se denomina un “fallido”, ello no es óbice para *“aplicar los principios generales de la legislación concursal a la liquidación*

221 JUNYENT BAS, F. y GIMÉNEZ, S., *op. cit.*, p. 658.

judicial del patrimonio fiduciario”²²² en plenitud, salvo, claro está, aquellos aspectos relacionados íntimamente con la declaración falencial que tienen alcances más específicos y personales.

Cuando el codificador del año 2015 elaboró la norma que surge del tercer párrafo del 1687, ciertamente dejó a la luz que veía en la liquidación del patrimonio fiduciario *in malis* un verdadero proceso universal, único y colectivo, por lo que razonablemente tomó partido por las normas legales previstas precisamente para tutelar el patrimonio insolvente, realizarlo para cancelar el pasivo hasta donde fuera posible, es decir, por las que integran la Ley de Concursos y Quiebras (ley 24.522).

Considero que esto aparece con meridiana claridad en el texto legal antes mencionado, porque si algo queda expuesto al dirigir su mirada a un proceso como el concursal, es que la liquidación debe regirse por esos dos principios basales en este campo del Derecho —universalidad y colectividad—, que dan paso a otro principio no menos trascendente como es el de concursabilidad, que motoriza la necesaria concurrencia de todos los acreedores que pretendan ser reconocidos y validados como tales para participar de la liquidación.

Hago hincapié en el texto legal, para nada dudoso en este sentido, porque como lo ha expresado reiteradamente la Corte Suprema de Justicia “la primera fuente de hermenéutica de la ley es su letra” (Fallos: 318:198 y 318:441); sin olvidar la expresa previsión del artículo 2° del Código Civil y Comercial que pone el acento a la hora de interpretar la ley, en sus palabras y finalidades, porque son datos que no se pueden dejar de tener presentes en cualquier evaluación que se realice de las normas en estudio.

Dicho esto, desde esta plataforma normativa, se refuerza la caracterización que hemos realizado en párrafos precedentes de la liquidación fiduciaria como un *proceso universal y colectivo*, ciertamente no concursal en sentido estricto —porque el fideicomiso no es concursable para la ley 24.522—, pero si asimilable o *para-concursal* como se ha mencionado, lo que da sustento cierto y firme a la aplicación en este tipo de liquidación de principios propios del derecho de crisis (ley 24.522) como son el de “universalidad”, de “colectividad” y de “concursabilidad”, varias veces invocados a lo largo de este análisis por su trascendencia.

Tales principios, conforman verdaderos criterios pautas orientadoras que deben guiar al juez en el momento de decidir sobre la “pertinencia” de las normas que integran el estatuto concursal regido por la ley 24.522, agrego, sin perder de vista la finalidad tutelar del patrimonio como garantía que deja expuesta el artículo 1687, a la que ya me he referido.

222 ALTERINI, Jorge H., AICEGA, M. V. y GÓMEZ LEO, O. R., *op cit.*, T. VII, p 1160.

Tener presente estas máximas no es un tema menor, especialmente luego de la revalorización que de los *principios y valores jurídicos* que se desprenden del mentado artículo 2° del CCyCo., los que se erigen como pautas de interpretación de las normas de nuestro ordenamiento legal.

3. Continuando con nuestro análisis, recuerdo que el primero de estos principios, es decir, el de “universalidad” al que inicial y directamente refiere la ley 24.522 en el segundo párrafo de la ley 24.522, establece que el proceso concursal “produce sus efectos sobre la totalidad del patrimonio del deudor”.

Una consecuencia lógica de la universalidad “*es la unidad del proceso*” —principio de unidad del proceso—, “*cuya concreción se expresa a través de un juez único y el fuero de atracción*”²²³.

En lo que respecta a este principio y a sus distintas facetas —la *universalidad* activa, pasiva y procesal—, me remito *brevitatis causae* a lo expresado en el capítulo IV, pto. 1.

Así, el alcance de este principio a la liquidación del fideicomiso es total y excede ampliamente el hecho que el Código Civil y Comercial impida la declaración de quiebra, dado que jurídicamente, también en el supuesto de la “insuficiencia de los bienes fideicomitidos” todo ese patrimonio especial está afectado al proceso liquidación que impone ahora el artículo 1687 del CCyCo.

Tal como lo señala Gerbaudo, es precisamente “esa nota de universalidad” la que caracteriza a estos procesos como “colectivos”²²⁴, cualidad que también alcanza a la liquidación fiduciaria y que nos da pie para tratar efectuar una mera referencia conceptual sobre el otro principio concursal que entiendo totalmente aplicable al caso bajo análisis, cual es, el de “colectividad”.

4. Efectivamente, otra de las patas de la misma mesa que representa la universalidad está representada por este último principio denominado “*de colectividad*”, el cual, encuentra su base de sustentación en la convocatoria de todos los acreedores (artículos 32 y 200, ley 24.522) para participar de la liquidación del patrimonio afectado y su distribución —al menos desde el plano netamente liquidatorio que es el que nos trae a esta discusión—, lo que torna a ese procedimiento en “*colectivo, porque no se desarrolla en beneficio de uno o de determinados acreedores sino*

223 KIPER, C. y LISOPRAWSKI, S. V., *op. cit.*, T. I, p. 441.

224 GERBAUDO, Germán E., *Introducción al Derecho Concursal*, Buenos Aires, Ed. Astrea, 2018, p. 84.

de la totalidad de ellos”²²⁵.

Esto da curso a la necesaria actuación de los liquidadores quienes obran en el proceso en representación y beneficio de la masa de acreedores concurrente.

5. Por último, queda por considerar el otro principio citado, es decir, el de “concurzalidad”, el cual impone a los acreedores la carga legal de concurrir al proceso a verificar sus créditos, sea para participar del acuerdo y/o percibir sus acreencias en función de los términos el acuerdo que resulte homologado (concurso preventivo), o para percibir el dividendo que le corresponda si se trata de una quiebra o de la liquidación del patrimonio fiduciario (artículos 1º, 32, 125, 200 y conc., ley 24.522).

Y si bien la liquidación del fideicomiso no es “concurzal”, igualmente se rige por el principio de “concurzalidad” y los efectos que de este se derivan, principalmente, la carga jurídica para todos los acreedores que pretendan percibir sus créditos, quienes con tal objeto deberán presentarse en el proceso para hacer valer sus derechos²²⁶, llámese este, agregó, “concurso”, “quiebra” o “liquidación fiduciaria” en los términos del artículo 1687, párrafo 3º, del CCCN.

Finalmente “esta directriz, que se conoce como principio jurídico de *concurzalidad*, es la que permite estructurar la obligatoriedad de la concurrencia en el proceso principal, lo que conduce a la colectividad del juicio universal”²²⁷, aspectos y efectos todos estos que alcanzan plenamente al proceso de liquidación del patrimonio fideicomitido.

6. En resumen, como se puede ver, todo se relaciona en forma ordenada, coherente y razonable, porque:

- a) es un hecho que esta liquidación del fideicomiso afecta y propaga sus efectos sobre todo el patrimonio especial compuesto por los bienes fideicomitidos,
- b) todos los acreedores deben presentarse a verificar sus acreencias para poder participar de la liquidación y distribución de las cosas y otros bienes que lo integran, y
- c) a partir de la necesaria y obligatoria participación del liquidador designado.

225 TONON, Antonio, *Derecho Concursal - Instituciones Generales*, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1992, T. I, p. 27.

226 GARAGUSO, Horacio P., *Fundamentos de Derecho Concursal*, Buenos Aires, Ed. Ad-Hoc, 2001, pp. 136-138.

227 JUNYENT BAS, F. y MOLINA SANDOVAL, C.A., *op. cit.*, T. I, p. 24.

Este último, tiene también la obligación legal de velar por la integridad de ese patrimonio —lo que involucra su recomposición—, todo ello, en el marco de un proceso dirigido a *tutelar los derechos de la masa pasiva de acreedores*, quienes solo podrán percibir sus créditos en la medida que concurran a la liquidación y validen su condición de tales, lo que conlleva la legitimidad y exigibilidad de sus acreencias en caso de ser reconocidos por el juez de este indiscutido proceso universal —ejecución colectiva— que es la liquidación forzosa judicial de los bienes que integran el fideicomiso.

VIII. Sobre la viabilidad de la eventual promoción de acciones de responsabilidad

Sobre el final, queda por hacer algunas puntuales consideraciones sobre este tópico tan relevante y controvertido a la hora de decidir su aplicación, como es la viabilidad de la acción de responsabilidad concursal.

En lo sustancial, creo necesario resaltar que si bien el artículo 173 de la ley 24.522 habla del fallido en forma directa, esto no es un impedimento para extender el uso de esta acción de responsabilidad a la liquidación del fideicomiso, especialmente siendo esta de neto corte *resarcitorio*, también persigue a través de la reparación del daño causado, recomponer el patrimonio que luego debe ser liquidado.

Aquí no hay sanción originada en la condición de fallido, ni otra situación personal sustancial que pueda estar relacionada con una necesaria declaración de quiebra, como se ha sostenido en algún caso²²⁸, sin atender al texto expreso del artículo 1687 del Código Civil y Comercial, a la naturaleza de la liquidación que el mismo precepto instruye y los fines de dicha norma.

Tal como se desprende del texto legal, se trata de una acción de responsabilidad especial dirigida a obtener el resarcimiento del daño injustificado (artículos 1716 y 1717, CCCN) de quienes dolosamente —actualmente admite el dolo directo y el indirecto o eventual (artículo 1724, CCCN)— han incurrido en las conductas consideradas ilícitas y, por lo tanto, reprochables por el artículo 173 de la ley Concursal, a saber: *producir, facilitar, permitir o agravar la situación patrimonial*, en este caso, del patrimonio fideicomitado, o sea, de esa insuficiencia patrimonial que tornó imposible el cumplimiento del objeto fijado en el contrato.

Adviértase que esta acción resarcitoria puede ser dirigida contra diversos sujetos, como son los representantes, administradores, mandatarios o gestores de negocios que hubieran obrado con dolo, actualmente en sus

228 CNCOM, sala A, autos “Fideicomiso de Administración y Garantía Taxodium Vida Park s/ Liquidación Judicial”, 17/11/2020, (Exp. 21733/2016).



dos versiones, directo o indirecto —eventual—, además de comprender a los terceros en las condiciones y con los alcances que se prevén en el precepto antes citado (artículo 173, ley 24.522 y 1724 CCCN).

De todo lo que hemos expuesto se sigue que, nada impide acudir a la acción de responsabilidad concursal, para lo que se encuentra plenamente legitimado el liquidador judicial designado (artículo 110, ley 24.522) cuando se verifiquen los presupuestos fácticos y objetivos descriptos anteriormente, contra los sujetos —agentes— que dolosamente hubiesen incurrido en conductas generadoras del daño cuya reparación persigue se persigue en los artículos 173 y ss. de la ley de Concursos, en la medida que tal proceder —acción u omisión dolosa— se encuentre en relación de causalidad adecuada con el perjuicio.

Al margen de ello, queda por resaltar que el liquidador podrá promover también la acción de responsabilidad por daños y perjuicios en beneficio de la masa de acreedores del fideicomiso, que se deriva de los artículos 1674 y 1675 del CCCN, u otra derivada del derecho de daños en general (artículos 1708 y ss. CCCN), posibilidades ambas que de ninguna manera permiten y, menos aún justifican, la inadmisibilidad de esta acción especial concursal en el caso de la liquidación del fideicomiso.

IX. Algunas conclusiones

1. Todo lo que he expuesto —limitadamente por cierto— a lo largo de este trabajo, permite concluir a partir de la perspectiva desde la que se abordó la problemática, que es admisible y, por lo tanto, pertinente en el supuesto aquí bajo estudio, la aplicación al caso de las *acciones de ineficacia y de responsabilidad*, ambas concursales, dirigidas estas de una forma u otra, a recomponer el patrimonio insolvente, sea mediante el recupero de bienes que salieron del mismo en las condiciones previstas por los artículos 118 y 119 de la ley 24.522 en el caso de las primeras, o mediante la reparación del daño causado en los supuestos regulados por el artículo 173 y ss. de la ley antes mencionada.

Los argumentos que se han presentado luego de analizar diversos temas, principios e institutos del derecho concursal, hacen que solo bajo una lectura muy lineal del texto legal y prescindente de todo análisis teleológico del precepto, se pueda interpretar que la referencia a la *pertinencia* de las normas concursales que se efectúa en el artículo 1687 del Código y la imposibilidad de declarar la quiebra del patrimonio del fideicomiso que se dispone en esa norma, son un impedimento para aplicar a la liquidación del mismo las acciones que la ley especial elegida y designada por el legislador —no como un grupo de normas aisladas y desconectadas entre sí, sino como un sistema legal que da



cauce y tratamiento a la insolvencia patrimonial—, den lugar a excluir la aplicación de las acciones concursales de ineficacia y de responsabilidad.

Se debe tener presente que, al decidir la apertura de una liquidación fiduciaria por insuficiencia patrimonial definitiva, inevitablemente el juez debe desapoderar al fiduciario de todos los bienes que integran el fideicomiso, perdiendo aquel la administración y disposición sobre éstos, como así también su representación legal y la legitimación procesal para actuar en juicio en relación a los bienes desapoderados; porque a partir de ese momento, tales facultades y calidades van a ser ejercidas por el liquidador designado, todo ello de conformidad con lo que disponen los artículos 106, 107, 109, 110 y conc. de la ley 24.522 y los artículos 1687, 1688 y conc. del Código Civil y Comercial.

Esto deja en claro y sin margen de duda alguno que, como consecuencia de la naturaleza universal y colectiva que exhibe este proceso especial, donde el desapoderamiento, efecto patrimonial que define a la quiebra tiene plena y necesaria aplicación también en la liquidación del patrimonio fiduciario, la administración, tutela y legitimación procesal para intervenir en todas las acciones que fueren menester en las que se encuentren involucrados cosas u otros bienes que conforman el patrimonio especial del fideicomiso, pasan imperativamente al liquidador judicial, de acuerdo lo que prevén las normas citadas en el párrafo anterior.

Corresponde así a ese liquidador —de la misma forma que al síndico en la quiebra—, entre otras, *averiguar la situación patrimonial del concursado, los hechos que puedan haber incidido en ella y la determinación de sus responsables*, como así también, ser parte necesaria en todas las acciones de contenido patrimonial relacionadas con el patrimonio sujeto a liquidación (artículo 275, ley 24.522).

Esto comprende, el deber de desplegar todas las acciones que el ordenamiento legal en especial —y también en general, según el caso y la necesidad— regula y provee prevé para tutelar el patrimonio *in malis*, tarea que se cumple indefectiblemente realizando diversas tareas propias de esa función y objetivo legal a la vez: desapoderar y materializar este desapoderamiento mediante los actos de incautación, integrar el patrimonio, recomponerlo si fuera necesario recuperando bienes que salieron en violación de las normas legales vigentes —léase, por ejemplo, artículos 118 y 119 de la ley 24.522, cuya pertinencia no puede razonablemente negarse dada la orientación dada por el legislador a la liquidación fiduciaria— y obtener el resarcimiento del daño injusto causado a la masa.

De otra forma, si ese patrimonio no es íntegramente recompuesto, no se cumpliría con la disposición legal que manda a liquidarlo en su *totalidad*, —otra interpretación no es razonablemente admisible— para luego



satisfacer a los acreedores en la medida de lo que produzca su realización y de acuerdo a las normas de distribución sobre la base del régimen de prioridades excluyentes y no excluyentes (privilegios)²²⁹ reguladas por la ley de Concursos y Quiebras.

Esto coloca en cabeza del órgano liquidador, no solo las tareas encaminadas a llevar a cabo la efectiva liquidación de los bienes, sino también, la de velar por el patrimonio afectado a este proceso, lo que implica inevitablemente llevar adelante las tareas y acciones destinadas a recomponerlo cuando las circunstancias lo determinen.

O sea, que el liquidador, como órgano necesario del proceso, es responsable por llevar a cabo todas las tareas inherentes a su función para cuidar la integridad del patrimonio fideicomitado, el cual como ya se dijo, conforma la garantía de las obligaciones del fideicomiso, haciendo uso de todas las herramientas que el ordenamiento le provee a tal fin (artículo 242, 1685 y 1686, CCCN).

Y para esta labor, indudablemente puede y debe acudir a las acciones concursales que se vienen analizando a lo largo de estas líneas.

2. Definido este fundamental extremo, se debe señalar que cualquier acción dirigida a recomponer el patrimonio especial que es objeto de liquidación solo podrá ser ejercida por el liquidador.

Solo ante la inacción del último, sea esta por causa de negligencia de este, o porque no consideró reunidos los presupuestos legales para su promoción, o porque no se obtuvo la autorización de los acreedores quirografarios (conf. artículos 120 y 174, respectivamente, de la ley 24.522), podrán los acreedores individualmente promover tales acciones concursales.

Reiterando la idea ya plasmada y a modo de síntesis de este particular aspecto del tema que se trajo a debate, desde la plataforma legal que plantea el artículo 1687, párrafo 3º, ambos del CCCN, el impedimento de declarar la quiebra, tal como ya fue analizado, no representa de manera alguna un obstáculo cierto para que el liquidador, en representación de la masa de acreedores quirografarios del fideicomiso y como responsable por la tutela e integridad del patrimonio afectado, proceda a promover las acciones de recomposición patrimonial que regulan los artículos 118, 119 y 173 de la ley 24.522.

Por cierto, que, de corresponder, también podrá el liquidador promover también la acción ordinaria por fraude —y de simulación, agregó—,

²²⁹ KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída, “Modificaciones producidas por la ley 24.522 al régimen de las prioridades concursales no excluyentes”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario - Concursos y quiebras*, Santa Fe, Ed. Rubinzal-Culzoni, 1996, T II, pp. 156 y ss.

reguladas por los artículos 333 y ss. y 338 y ss., respectivamente, del Código Civil y Comercial, que también habilita expresamente el artículo 120 de la ley 24.522.

3. Por lo demás, de la misma forma que son aplicables en la quiebra del *patrimonio indiviso del fallecido*, tampoco existen impedimentos para su utilización en la liquidación del fideicomiso, sobre la viabilidad de las acciones de ineficacia concursal y la de responsabilidad del artículo 173 y ss., de la ley 24.522. (artículos 1º, 2º y 3º CCCN).

Abona especialmente lo expuesto, reitero, el giro que significó la incorporación del precepto contenido en el citado artículo 1687 del CCyCo., el cual, interpretado en clave de *proceso liquidatorio forzoso universal y colectivo*, despeja toda duda o inquietud en torno a la efectiva aplicación de estas acciones reguladas por la ley concursal.

Insisto, la promoción por el liquidador de las acciones de recomposición y de responsabilidad que se vienen estudiando se imponen, porque hacen a la esencia universal y colectiva del proceso, y permite la efectiva y correcta liquidación del patrimonio, el cual, para ser adecuadamente liquidado debe ser previamente integrado o recompuesto por el órgano legalmente establecido para ocuparse de las tareas liquidatoria.

4. En cuanto a la fecha de inicio de la insuficiencia patrimonial o de la cesación de pagos, su determinación no es para nada incompatible con la liquidación fiduciaria, pues hace a la revisión de los actos celebrados y no a la condición de fallido del sujeto, aunque esto sí pueda tener importancia en el quiebra de la persona humana a la hora del cese de su inhabilitación y de los efectos de desapoderamiento en cuando a sus alcances temporales, temas estos dos últimos ajenos a la liquidación de los bienes fideicomitidos.

5. Finalmente creo, que sostener una posición contraria a la que hemos presentado significaría colocar irrazonablemente a los acreedores quirografarios del fideicomiso en una situación de inferioridad y vulnerabilidad que no se advierte razonablemente al efectuar una detenida la lectura de las normas que regulan este contrato a las que nos hemos referido, bajo las directrices y reglas hermenéuticas que se desprenden de los artículos 1º, 2º y 3º, todos del Código Civil y Comercial de la Nación (conf. artículos 16, 17, 18, 19, 28, 75 inc. 22, todos de la Constitución de la Nación).



Es así que, decir que las acciones de ineficacia —y de responsabilidad concursal— “son consecuencia propia del estado de quiebra” y que estas “acciones de recomposición patrimonial” se activan a con secuencia de la declaración de falencia”²³⁰, representan una visión parcial de los alcances y fines del texto del artículo 1687 del Código Civil y Comercial.

Y aun admitiendo que existen puntos de controversia y, ciertamente, argumentos que pueden resultar atendibles, entiendo la conclusión a la que he arribado, se aproxima definitivamente a la finalidad que se ha perseguido al proponer en el Código la aplicación de un proceso universal y colectivo, con todo lo que ello implica, a la liquidación fiduciaria.

²³⁰ CNCOM, sala A, autos “Fideicomiso de Administración y Garantía Taxodium Vida Park s/ Liquidación Judicial”, 17/11/2020, (Exp. 21733/2016).



La verificación de créditos del acreedor beneficiario de un fideicomiso en garantía

Por Javier Rahman

Colegio de Abogados de La Plata

La verificación del crédito de un acreedor, beneficiario de un fideicomiso de garantía no posee regulación específica, ni en el Código Civil y Comercial de la Nación, ni en la ley de Concursos y Quiebras. En la presente ponencia se analizará la pertinencia del cumplimiento de la carga prevista por el artículo 32 de la ley 24.522 para este tipo de acreencias.

El Fideicomiso en garantía es aquel por medio del cual el fiduciante transmite al fiduciario un bien individualizado, en garantía de un crédito, con una manda específica. Ello es que, en el supuesto de incumplimiento de la obligación del constituyente o de un tercero, el fiduciario proceda a su venta y entregue el producido, o el bien, hasta el monto del crédito, al acreedor en cuyo favor se ha constituido, cancelando total o parcialmente el crédito.

Interín, durante el plazo pactado de cumplimiento, el fiduciario debe mantener los bienes fideicomitados, administrándolos, siendo responsable de su vigilancia y guarda.

En el supuesto que se cumpla con la obligación garantizada, el fiduciario deberá restituir los bienes al deudor o a un tercero que designe el contrato (fideicomisario) pero, en caso de incumplimiento, verificada la condición objetiva pactada, deberá cumplir lo estipulado en el contrato, generalmente liquidar el bien, para con su producido, proceder al pago de la obligación garantizada, restituyendo eventuales remanentes al deudor (fiduciante), o a quien se designe en el contrato (fideicomisario).

Algunos distinguen dos variantes, a saber: fideicomiso en garantía puro, y fideicomiso de garantía y pago. En el primero debe esperarse el incumplimiento del deudor para la liquidación de bienes o utilización de los frutos para el pago de la deuda, mientras que en segundo, durante la vigencia del mismo, los frutos se destinan directamente al pago de la deuda.

Puede definirse este contrato como una garantía personal, autoliquidable y accesorio.



Cabe destacar que, durante la vigencia del contrato, el único titular de un derecho real es el fiduciario a quien se le ha transmitido la propiedad fiduciaria de los bienes. El beneficiario, sólo cuenta con un derecho personal para exigir la venta de los bienes fideicomitidos en caso de incumplimiento de la obligación garantizada.

Adentrándonos en el tema que será objeto de la presente ponencia, adelanto que el beneficiario - acreedor, no tiene un privilegio para el cobro de su crédito como si se tratara de una garantía real, sino que posee una preferencia de cobro que encuentra origen en la constitución de un patrimonio de afectación destinado a asegurar el cumplimiento de una obligación. Este patrimonio no podrá ser atacado por otros acreedores del fiduciante.

Y aquí cabe resaltar que, el concurso del fiduciante de un fideicomiso de garantía, salvo supuestos de fraude, no produce ningún efecto respecto de la transmisión fiduciaria de los bienes dados en garantía (arts. 1685, 1686 CCyC). No obstante ello, se han generado algunas controversias y discusiones doctrinarias en relación a la necesidad de verificar el crédito garantizado en el concurso del fiduciante (deudor), el carácter que debería revestir ese crédito (privilegiado, quirografario, quirografario “eventual”), y finalmente si se encuentra alcanzado por los efectos novatorios de un acuerdo homologado.

En relación a la necesidad o no de cumplir la carga prevista por el art. 32 de la LCQ, existen autores, como Heredia, que consideran que resulta innecesaria la concurrencia a verificar, por el propio carácter de las garantías fiduciarias que son autónomas e independientes de la obligación que les dio origen. Otros consideran que la transmisión de los bienes al fiduciario por parte del deudor implicó la pérdida del carácter de propietario y estos bienes ya no forman parte del patrimonio del concursado, por lo que el acreedor no debería verificar su acreencia en el concurso del fiduciante, sino solicitar rápidamente al fiduciario la materialización de su garantía, mediante la enajenación de la garantía, dado que la presentación en concurso del fiduciario resulta la materialización del incumplimiento de la obligación que conlleva la garantía fiduciaria, debiendo ejecutarse la garantía autoliquidable.

La Cámara Nacional de Apelaciones Sala D, en autos “Trenes de Buenos Aires S.A. S/Concurso Preventivo s/Incidente de Apelación”, con fecha 9/9/2008, entendió que: *“...respecto del beneficiario sólo resulta necesario denunciar la garantía fiduciaria a simple título informativo, pero nunca en calidad de privilegio o preferencia, porque se trata de una garantía que afecta un activo ajeno al patrimonio del concursado. El bien que sirve de asiento de la garantía ya salió del patrimonio del deudor-fiduciante. Ergo, el beneficiario del fideicomiso de garantía, no tiene*



que verificar su crédito en el concurso de fiduciante o constituyente del fideicomiso de garantía (conf. Heredia, P., ob. cit., t. I, pág. 677/678).

Esta parte de la doctrina sostiene que “*si ante el concurso del fiduciante, el beneficiario debe someterse al proceso concursal, con todas las implicancias que ello tiene, la figura del fideicomiso de garantía no tendría razón de ser como herramienta jurídica*” (CAMERINI, Marcelo A., “*El fideicomiso de garantía frente al concurso del fiduciante*”, LL 2009-E-356, 360).

Una tesis intermedia entiende que el beneficiario debería cumplir con la carga verificatoria si al vencimiento del plazo previsto para el art. 32 de la LCQ, su crédito no hubiera sido satisfecho con la ejecución del bien fideicomitido. En caso de haber ocurrido eso, el acreedor sólo deberá informar los importes percibidos en caso de serle intimado o requerido.

Por otro lado, parte de la doctrina, entre ellos Eduardo Barreira Delfino (“*Respaldo Concursal para la validez del fideicomiso de garantía*”, LL 2009-A-1, 5), entiende que resulta insoslayable la verificación del crédito del acreedor garantizado, debiendo probarse los extremos requeridos por el art. 32 de la ley 24.522 y que el crédito es genuino y legítimo, toda vez que el crédito tiene causa o título anterior a la presentación concursal.

Refuerza esta postura el hecho de no existir norma alguna que exima a este tipo de acreedores de pasar por el tamiz verificatorio, permitiendo al juez, síndico y demás acreedores controlar la legitimidad de la causa, y el monto de la acreencia garantizada con este tipo de fideicomisos.

Esta tesis refiere como puntos centrales, la naturaleza de esta garantía personal que es accesoria del crédito garantizado y que además no produce efecto novatorio.

La constitución de un fideicomiso en garantía, aun consentida por el acreedor sin reserva alguna, no produce novación de la obligación garantizada, ni significa la extinción de otras obligaciones legales.

Algunos autores, entre ellos Héctor Alegría, entienden que corresponde verificar el crédito del acreedor de un fideicomiso de garantía como “privilegiado”, por haberse afectado determinados bienes del deudor, que si bien salieron de su esfera de dominio, vía transmisión fiduciaria, podrían ser reintegrados al patrimonio del deudor, vía acción de inejecución. Agregan a esto que, no otorgarles este carácter permitiría a este tipo de acreedores la intervención en la formación de mayorías y consecuentemente en la toma de decisiones, pudiendo esto resultar inequitativo para la masa de acreedores, dado que este especial acreedor estaría decidiendo qué sacrificio tendrían que tolerar los restantes acreedores quirografarios, cuando él muy probablemente percibirá la totalidad o gran parte de su acreencia con el producido de los bienes



fideicomitidos.

Esta tesis choca con las previsiones del art. 239 LCQ que no contempla como privilegio la preferencia que surge de un fideicomiso en garantía.

Otros autores, entienden que no debería verificarse con privilegio, sino con “preferencia”, siendo ésta la preferencia de cobro lograda por el beneficiario del fideicomiso a expensas del patrimonio del deudor, como si fuera una prenda o hipoteca. Agregan que sería inadmisibles que el acreedor beneficiario corra la suerte del conjunto de acreedores comunes a quienes puede imponerse una quita contra su voluntad, aún sin haber renunciado a su preferencia especial.

También existe parte de la doctrina que entiende que el beneficiario debe verificar su crédito como quirografario y recién luego podrá el fiduciario ejecutar la manda fiduciaria, pudiendo pagar al acreedor beneficiario con el fideicomiso en garantía luego de insinuada la acreencia.

Jurisprudencialmente se impone la tendencia de que el acreedor beneficiario debe verificar como quirografario, como cualquier otro acreedor, pero hacerlo de modo condicional o eventual, dado que, existe la posibilidad que el pago que reciba por vía de la garantía fiduciaria no resulte suficiente para cancelar la totalidad del crédito garantizado, habilitando al acreedor / beneficiario a recuperar, a prorrata, el saldo insoluto.

La Cámara Nacional Comercial, Sala E, en autos “*Compañía Argentina de Servicios Hipotecarios SA s/Quiebra s/Incidente de revisión promovido por Banco Hipotecario*”, y en el marco de un fideicomiso de garantía verificó un crédito del beneficiario acreedor y fiduciario en la quiebra de Compañía Argentina de Servicios Hipotecarios S.A. como quirografario con carácter eventual. La misma sala en autos “*Feroanco S.A. s/Concurso Preventivo s/Incidente de Verificación por Sinsbur S.A.*”, entendió que la acreedora como beneficiaria del fideicomiso, resulta titular de un crédito condicional, también sometido a la carga vericatoria, aún cuando todavía no se encuentre expedita su percepción por vía concursal, precisando que el crédito debía ser verificado con carácter de quirografario eventual.

El aditamento del carácter eventual implica que, mientras no se determine el saldo insoluto que pudiere arrojar la insuficiencia de los bienes fideicomitidos, el acreedor no podrá ejercer sus derechos en el concurso, no quedando comprendidos en la base de cálculo para la aprobación del concordato.

Ni el Código Civil y Comercial, ni la ley 24.522 regulan en forma específica el caso del concurso del fiduciante en el fideicomiso de garantía.



Ello así, atento que el mismo constituye una garantía personal y accesorio del crédito garantizado carente de efectos novatorios, entendemos se impone la carga verificatoria de toda acreencia de causa o título anterior a la presentación en concurso.

Sin perjuicio de ello, entendemos que no debe ser verificado como privilegiado, ni como preferencial, sino que corresponde que sea indicado como quirografario, condicional o eventual, con las siguientes consecuencias: hasta tanto no se verifique o se declare admisible la acreencia, el fiduciario no podrá ejecutar el encargo fiduciario. Además, al ser verificado en forma eventual, el acreedor beneficiario recién podría ejercer sus derechos como acreedor concursal, en caso de existir un remanente insoluto luego de efectivizada la manda fiduciaria. Una cuestión más debatible resulta el derecho a voto respecto de la propuesta de acuerdo preventivo. Las últimas tendencias jurisprudenciales se niegan a reconocerle este derecho, y no extienden los efectos del acuerdo homologado a la garantía fiduciaria, aún cuando el art. 55 de la LCQ podría dar lugar a una interpretación diversa.



Alcance de la afectación del bien de familia

*Por Horacio Pablo Garaguso, Guillermo Horacio F. Garaguso, Andrés
Alejandro Garaguso*

*Colegio de Abogados de Mar del Plata, de Dolores y de los graduados de
la Universidad de la Atlántida Argentina y del Partido de La Costa*

PONENCIA

El valor del bien afectado conforme el régimen de los artículos 244, 245 y concordantes del C. C. y C. no puede servir para excluirlo del mismo y para colocarlo entre los bienes alcanzados por el efecto del art. 108 de la ley 24522, en la medida que estén satisfechos los restantes recaudos que fija el ordenamiento fondal, para la protección de la vivienda.

FALLO

“R.J. A.A. S/INCIDENTES” Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial, Sala I, Salta. 10/11/2020. RCJ 868/21.-

“Los argumentos dados por el magistrado de grado para rechazar la exclusión del inmueble denunciado de la masa de bienes del fallido, basados fundamentalmente en el valor y envergadura del mismo, no resulta suficientes a dicho fin, por lo que, teniendo especialmente en cuenta la protección de la vivienda, corresponde hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por el fallido y, en su mérito, revocar en todas sus partes la resolución recurrida y, en consecuencia, hacer lugar al pedido de exclusión de la masa de bienes el inmueble objeto de autos”.

DESARROLLO

Compartimos en términos generales la dirección del fallo que en definitiva se adecua al sistema del Código Civil y Comercial. Se ha dicho que “en atención al principio de “constitucionalización del derecho privado” y el respeto de manera primordial de los tratados de derechos humanos, el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN) consagra la protección de la vivienda como un derecho humano esencial de las personas. El CCCN modifica el término “bien de familia”, protegido hasta entonces



por la ley 14.394 y la ley provincial, por “vivienda” (artículo 244). Por lo tanto, ya no es una protección del asiento familiar mirado en su conjunto, sino de la vivienda de la persona individualmente considerada” (Claudia Elizabeth Zalazar, Comentarios al Código Civil y Comercial).

En el sistema nuevo que protege la vivienda y no sólo la familiar, el titular registral aun cuando no tenga familia puede igualmente verse beneficiado por el régimen, como también los condóminos, aunque no sean parientes ni cónyuges, siempre que al menos uno de los beneficiarios habite el inmueble (artículo 245).

El alcance de la tutela y la afectación solo puede alcanzar al inmueble, de forma total o parcial, *“y en nada incide el valor del inmueble como en el actual bien de familia, el cual no debía exceder las necesidades de sustento y vivienda” (Conforme lo expresa Zabalza en artículo citado y agrega a modo de ejemplo que es posible afectar un inmueble de un country).*-

Agregamos que alcanza también a la vivienda rural condicionada a que no exceda de la unidad económica fijada por las reglamentaciones locales.

Conforme el artículo 249 del CC y C. la vivienda afectada es inejecutable y excluida del desapoderamiento concursal con relación a los acreedores posteriores a la afectación.

Debe considerarse también la tutela de la vivienda en función de la familia como claramente resulta de los arts. 456 y 552. En este caso la protección del sistema legal apunta al resguardo del seno familiar y no a la defensa de los derechos del titular dominial.

Por último, como la normativa general de la vivienda deja a salvo las normas provinciales sobre el tema, en nuestra provincia van a coexistir la protección de la vivienda (artículos 244 y siguientes del CCCN) y de la vivienda familiar en los casos previstos en la normativa de fondo (artículos 456 y 522 del CCCN), con la regulada en POR LA LEY 14432.

Queda claro entonces que el fallo se ajusta al derecho vigente tanto el federal como el local contenido en la ley 14432.



La sentencia que admite el pronto pago

Por Horacio Pablo Garaguso, Guillermo Horacio F. Garaguso, Andrés Alejandro Garaguso

Colegio de Abogados de Mar del Plata, de Dolores y de los graduados de la Universidad de la Atlántida Argentina y del Partido de La Costa

PONENCIA

La sentencia que admite el pronto pago en los términos del artículo 16 de la ley de concursos y quiebras es ciertamente verificatoria y una vez firme tiene autoridad de cosa juzgada, legitimando al acreedor en condición de tal para tomar intervención en el proceso y en la conformación del acuerdo preventivo.

FALLO

“NOROGHI S.A. SU CONCURSO PREVENTIVO”, Cámara Nacional de Comercio Sala B, fallo del 3/3/21. RCJ 1094/21.-

“Cuando se reúnen las condiciones para hacer procedente el pronto pago, la resolución que lo concede reemplaza de modo definitivo a la verificación. La que lo deniega, en cambio no hace cosa juzgada y el pretensor puede requerir la previa verificación de su crédito, posibilitando de tal modo la aportación de todos los elementos de juicio que no se acompañaron en aquel trámite”.

DESARROLLO

Decía uno de los autores de la presente (Garaguso Horacio, “Verificación de Créditos”, Depalma 1997) que el mecanismo del “pronto pago”, supone una “pronta verificación y tal vez un pago cuando se pueda”. Se encuentra en línea tal aserto con lo resuelto en el fallo que motiva el presente.

Si el juez ordena el pago de la acreencia, considera que más allá de toda duda el crédito es legítimo y el derecho del acreedor, en principio inobjetable. Es por eso que “la resolución que ordena el pronto pago reemplaza de modo definitivo a la sentencia de verificación”.

Se sigue de ello que:

a.- El acreedor beneficiado con el pronto pago tiene legitimación para intervenir en todos los actos del proceso concursal ya que está verificado.

b.- El acreedor admitido por “pronto pago” que no ha percibido íntegramente su acreencia debe estar comprendido en la resolución por la que se dispone el agrupamiento y clasificación de los acreedores.

c.- El crédito beneficiado con la sentencia que admite su pronto pago, puede participar in totum dentro del proceso de solución de la litis, conformando la propuesta que le fuera dirigida en los términos de los artículos 41, 43, 44, 47, 48, 48 bis y 52 de la ley 24522.-

d.- Puede renunciar parcialmente -de manera acotada- a su privilegio para votar la propuesta de acuerdo preventivo que formula el deudor.

e.- Puede impugnar el acuerdo preventivo y peticionar la nulidad del mismo cuando concurren las circunstancias previstas en los artículos 50 y 60 de la ley 24522.-

f.- Puede denunciar el incumplimiento del acuerdo en el que estuviera comprendido.

g.- Dispone de la acción individual si concluido el concurso preventivo con la homologación del acuerdo no hubiera percibido íntegramente su crédito en los términos del artículo 57 de la ley 24522.

h.- Puede integrar la Cooperativa de trabajo en los supuestos de salvataje de los arts. 48 y 48 bis de la ley concursal.

i.- Adquiere el derecho a participar en la quiebra que suceda en la integración de la cooperativa de trabajo o persona jurídica formada con dependientes de la fallida y acreedores laborales de la misma conforme la regla del artículo 197 LC Y Q.-

j.- Puede integrar el COMITÉ DE CONTROL tal como resulta de las reglas concordantes de los artículos 42 y 201 de la ley 24522.

En síntesis, quien resulta beneficiado con la resolución que admite su pronto pago se encuentra incorporado al proceso concursal y puede ejercer en el mismo, en plenitud, los derechos que le competen como acreedor, claro está mientras no haya sido desinteresado íntegramente de su crédito.



Necesidad de que el deudor sea titular de bienes para que proceda la apertura del concurso preventivo o para la declaración de quiebra

Por Horacio Pablo Garaguso

Colegio de Abogados de Mar del Plata, de Dolores y de los graduados de la Universidad de la Atlántida Argentina y del Partido de La Costa.

PONENCIA

La repetición de resoluciones contra legem no constituye jurisprudencia sino un ilícito judicial que debe ser estudiado.

DESARROLLO

CUANDO LA JURISPRUDENCIA DEJA DE SER FUENTE DEL DERECHO Y PASA A SER UN ILÍCITO.

Desde hace ya más de una década la justicia en algunas jurisdicciones ha consolidado una doctrina, que a más de ser opinable en lo legal es censurable en cuanto a la ética y los principios.

Los jueces de primera instancia de Rosario y Mendoza, en primera instancia y en la revisión de sus Cámaras han establecido el siguiente dogma:

SIENDO LA FINALIDAD DE LA QUIEBRA LA LIQUIDACION DE LOS BIENES QUE INTEGRAN EL PATRIMONIO CESANTE PARA EL PAGO A LOS ACREEDORES, SI NO EXISTEN BIENES LIQUIDABLES Y EL DEUDOR SOLO POSEE SU SALARIO O JUBILACIÓN, AQUELLA NO PUEDE SER DECLARADA, POR CONTRAVENIR LOS FINES LEGALES DE LA FALENCIA Y POR SUPONER QUE EL ACCESO A LA LIBERACIÓN DE LAS OBLIGACIONES POR EL FALLIDO EN TALES SUPUESTOS GENERA UN ABUSO DE DERECHO QUE LA LEY NO PUEDE TUTELAR.

Decíamos en trabajo reciente con la colaboración de Guillermo y Andrés Garaguso que: *“Allí comienzan las tribulaciones del poder judicial y los fallos contra legem realizados de manera, a mi juicio, inoportuna e ilegal, para excluir de la ley federal a los empleados - policías en Mendoza y docentes en Rosario- pues ellos “carecían de bienes” y siendo el fin de la quiebra la liquidación de los bienes, el proceso concursal deviene inaplicable...*

DOS OBJECIONES EN GENERAL y MUCHAS MAS EN PARTICULAR:

El fin o fines de los concursos no es la liquidación, sino la resolución del conflicto concursal.

La liquidación de bienes es un mecanismo técnico para cumplir con el indicado fin y no la finalidad de la legislación.

La ley no exige que el fallido tenga bienes al momento de la apertura del proceso, sino no tendría explicación la “clausura por falta de activo o por distribución final insuficiente”.

El salario o la jubilación en lo que exceden del embargo, desapoderamiento e incautación, es un bien, y aunque ningún salario perciba el fallido -lo que puede suceder en tiempos del IFE, la quiebra se declara y se sustancia hasta determinar si existen acreedores: si no los hubiere la quiebra concluye por pago total -inexistencia de acreedores- y si existieran se clausurará por falta de activo. Por otra parte como el desapoderamiento se extiende hasta el fin de la inhabilitación la falta de bienes presentes no impide la reapertura de la falencia si se alcanzara dentro del plazo legal a la incorporación de bienes futuros.

El deudor que se somete a la quiebra sin más activo que su salario no abusa de su derecho a concursarse, ni desvía la finalidad de la ley orientada a la resolución de la Litis concursal. Como bien ha resuelto la Cámara de Apelaciones de Dolores en reciente pronunciamiento motivo de análisis en varias ponencias del suscripto y de los Dres. Andrés Garaguso y Guido Rossi.

Si tiene un salario, puede ser que mediante negociación se corrija el conflicto y se resuelva la Litis concursal, lo que le abre las puertas al concurso por avenimiento o carta de pago.

Los jueces en esta vivencia de la contradicción anteponen a la solución del conflicto sus propios intereses como agentes de la administración de justicia, elevando como razones, argumentos tales como la “invasión de concursos pobres” que deterioran el servicio judicial.

Soslayan en los argumentos que emplean asimismo que, tratándose de personas humanas el concurso no solo abriga la finalidad de resolver la Litis sino que además propicia el discharge, la liberación del deudor para su reinserción en el mercado, como dice la doctrina del *fresh start air*”.

Hemos criticado la posición que también abraza parte de la justicia de Tucumán, a la que hemos calificado de soberbia. Pero, releando los textos de estudio en la carrera de Psicología social me animo a calificarla como DISCRIMINATORIA, en franca violación a los principios convencionales contenidos en la Constitución Nacional, asumiendo cierto tinte de ilicitud que no puede ser soslayado. Así lo sostuve en el Congreso Iberoamericano



de la Insolvencia realizado en las Sierras de Córdoba hace ya varios años: considerar como inhumano y abusiva la posición de los deudores personas humanas por acceder a los procesos concursales SEAN PREVENTIVOS O FALENCIALES.

En Mar del Plata se rechazó en primera instancia el concurso preventivo de un deudor que solo contaba con salario, ese salario era su único bien, tal resolución fue revocada por la Alzada y hace pocos meses se concluyó el proceso por cumplimiento del acuerdo, in re “ZAJUR RUBEN SU CONCURSO PREVENTIVO”.

Estamos en presencia de una discriminación negativa, por la que no se expanden sino se restringen derechos. Si el deudor tiene un automotor desvencijado, chocado y que no anda y ni siquiera un sueldo, el proceso de abre para liquidar el “cacharro”, pero si solo posee el 20% de su salario, que duplica el valor del rodado... Entonces no, se trata de un pobre sin audiencia falencial.

Esta actitud de la justicia es discriminatoria y deberá analizarse qué grado de licitud conlleva, toda vez que crea una categoría de deudores inexistente en nuestro sistema legal: LOS POBRES. En efecto, la legislación distingue los pequeños concursos teniendo en cuenta tres elementos que no son el valor del activo: En primer lugar el monto debido, en segundo término la cantidad de acreedores y en último sitio la cantidad de empleados. Es claro entonces que la calificación no está configurada por el monto del activo, como sí hacía la ley 11719.

Sostengo en consecuencia que no existe impedimento legal alguno para que el empleado que solo posee su salario quiebre o se concurse preventivamente.

Ramirez Lago desde la Psicología Social nos invita a distinguir el estereotipo, el prejuicio y lo discriminatorio. Dice en efecto: “Hoy en día es frecuente escuchar las palabras estereotipo, prejuicio y discriminación en multitud de contextos sociales y profesionales. Este sobreuso de estos tres conceptos puede dar lugar a errores y malentendido sobre lo que realmente significan. Debemos tomar conciencia de que son palabras que hacen referencia a realidades sociales importantes y cuyos efectos son la causa de dolor de miles de personas en el planeta”.

Los estereotipos **son creencias o ideas organizadas sobre las características asociadas a diferentes grupos sociales:** aspecto físico, intereses, ocupaciones, etnias, posición en la sociedad, etc. Se trata de imágenes simplificadas sobre cómo son vistos los grupos y lo que hacen. Las categorías están constituidas por diversas interpretaciones, miradas e ideas y opiniones sobre los elementos que los distinguen.



En definitiva, los estereotipos son generalizaciones muy difundidas sobre los miembros de un grupo social que provocan una tendencia a acentuar las semejanzas dentro del grupo, especialmente cuando la categorización tiene valor o importancia para quien la hace y las diferencias con otros grupos. “Que se creen estos tipos que vamos a poner en marcha una quiebra solo porque ellos quieren, tienen que tener bienes...si no los tienen nada puede liquidarse”.

Si conocemos a una mujer negra y extranjera, le estamos clasificando en los grupos de mujer, extranjera y raza negra, debido a clasificarle dentro de estas categorías, surgen estereotipos hacia ellas de los tres grupos y en caso de que sean negativos se crean una serie de creencias e ideas sobre ellas que seguramente no se correspondan con la realidad.

Los prejuicios son los sentimientos y emociones positivas o negativas que se tienen sobre un grupo social y sus miembros.

Tienen los prejuicios relación con los estereotipos, pero la diferencia entre ambos radica “en que **el prejuicio es una especie de evaluación emocional, mientras que el estereotipo es una creencia previa de naturaleza cognitiva**. En términos generales, las ideas y creencias previas dan lugar a evaluaciones ya “sesgadas” de forma positiva o negativa. Aquellos que se identifiquen con el Atlético de Madrid valoran de forma más positiva a los que son socios del equipo, mientras que los socios del Real Madrid serán valorados de entrada de forma negativa. Los prejuicios y estereotipos suelen estar presentes al mismo tiempo sin originarse en fases diferenciadas” (Ramírez Lazo, “Estereotipo, prejuicio y discriminación”).

La discriminación se diferencia de la estereotipia y el prejuicio “en que esta es el comportamiento propiamente dicho”. Se define como **la conducta diferenciada y observable hacia un grupo social o sus miembros**. Ello puede conducir a una discriminación positiva para favorecer a los menos resistentes o resilientes o negativa, que es la que considera ilícita el sistema legal.

En el caso de una mujer negra y pobre, los estereotipos de las personas que rodean a esta mujer, pueden desarrollarse prejuicios y esto puede llevar a la discriminación, es decir, se presentará una conducta diferenciada negativa o en un sistema de ampliación de derechos puede que sea positiva hacia su persona.

Como podemos ver, **estos conceptos están relacionados pero son distintos y es necesario conocer bien las diferencias entre ellos**. Dependiendo de las circunstancias pueden mostrar relación o no, es decir, alguien puede desarrollar estereotipos y prejuicios pero no discriminación, o solo desarrollan estereotipos pero no prejuicios ni



discriminación. Por lo general, los estereotipos dan lugar a prejuicios que pueden llevar a la discriminación. La pregunta entonces es: estas resoluciones ¿son discriminatorias?

Si así lo fuera ciertamente no se trataría de precedentes judiciales sino de actos ilícitos. La ley 23592 determina en su artículo 1: “Quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional, será obligado, a pedido del damnificado, a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionados. A los efectos del presente artículo se considerarán particularmente los actos u omisiones discriminatorios determinados por motivos tales como raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos”.

Puede observarse que existen dos prejuicios:

- “es un vivo que quiere no pagar lo que debe”
- “es un abusador, que abusa de su derecho”

En todos los fallos analizados estos prejuicios aparecen OSTENSIBLES o SOLAPADOS pero siempre aparecen.-

La estereotipia que caracteriza este pensamiento se construye sobre la idea que todos los hombres deben cumplir con aquello a lo que se obligaron, “el hombre es siervo de sus pactos”, olvidando analizar las situaciones de vulnerabilidad o hiper vulnerabilidad de las personas.

De aquí la consecuencia “no merecen la liberación de sus obligaciones y todo proceso que conduzca a ella, si es pretendido constituye un abuso de derecho”.

Esto es lo que se oculta tras la pátina de la aplicación del derecho conforme con sus fines. En realidad lo que se hace es negar la aplicación del derecho para dar cabal satisfacción a los prejuicios concretando una discriminación que a su juicio es “positiva”, despedir a los abusadores conservando la administración de justicia.



Ineficacia concursal en el concurso preventivo-Contrato de depósito-Crisis pandémica

Por Horacio Pablo Garaguso, Guillermo Horacio F. Garaguso, Andrés Alejandro Garaguso

Colegio de Abogados de Mar del Plata, de Dolores y de los graduados de la Universidad de la Atlántida Argentina y del Partido de La Costa

PONENCIA

Si bien el contrato de depósito y custodia motivo del fallo puede ser gratuito, la existencia de prestaciones a cargo de la Provincia de Buenos Aires conforme el convenio celebrado entre la Agencia de Bienes del Estado, la Municipalidad de Pilar y dicha provincia, demuestran que es un acto a título oneroso, el que, lejos de perjudicar a los acreedores los ha beneficiado. También se debe considerar la situación de emergencia que atraviesa la sociedad toda producto del coronavirus-19 a los fines de establecer si el acto impugnado es ineficaz de pleno derecho en los términos del artículo 17 de la ley 24522.-

FALLO

“PILAR BICENTENARIO S.A. S/CONCURSO PREVENTIVO - PEQUEÑO”
Cámara Primera de Apelación en lo Civil y Comercial de San Isidro, fallo del 19/10/2020 RCJ 7143 / 20.-

“Se revoca la resolución que declaró la ineficacia de pleno derecho (arts. 16 y 17 ley 24522) del “Acta de entrega en custodia entre la Agencia de Administración de bienes del estado y la Municipalidad de Pilar” mediante la cual la primera dio en depósito a la segunda un predio, cuyo titular dominial es la concursada, para establecer un centro de operaciones conjuntas, de competencia interdisciplinaria entre las áreas de seguridad, salud e infraestructura municipales, para afrontar en el Partido de Pilar la pandemia del COVID-19 e implementar un centro de diagnóstico, a fin de detectar casos de contagio y trabajar con la Nación y la Provincia de Buenos Aires, en la prevención de su propagación”.

“Es que si bien se hace referencia a la gratuidad del depósito, a poco ahondar en lo pactado se advierte que efectivamente hay contra-prestaciones o beneficios a favor de la concursada que echan por tierra la mentada

gratuidad como fundamento de la ineficacia articulada. Esencialmente en lo que respecta al pago de impuestos, tasas y contribuciones que gravan la propiedad, así como los gastos de seguridad, custodia y conservación, todos los cuales, durante la vigencia del acuerdo se encuentra a cargo de la gobernación local”.

“Por lo tanto el acto cuestionado vino a brindar una solución respecto del aumento del pasivo de la sociedad deudora y al resguardo de su único activo, circunstancia que en modo alguno puede perjudicar a los acreedores concursales, sino que, por el contrario protege sus intereses”.

“Sin perjuicio de lo expuesto, atendiendo las contraprestaciones pactadas y el beneficio para la sociedad que representa el destino brindado al inmueble, no parece atinado, en este anormal contexto, disponer que los ciudadanos de Pilar queden desamparados en su posibilidad de acceder a un centro de diagnóstico y detección del COVID 19, mediante el cual, se permite atender el derecho a la salud de toda la comunidad”.

DESARROLLO

El fallo en cuestión es una clara interpretación de los alcances del sistema de ineficacia concursal en el concurso preventivo. Por un lado el artículo 16 de la ley 24522 regula aquellos actos que se encuentran limitados o prohibidos por ser perjudiciales para los acreedores o violatorios de la par conditio creditorum y por el otro lado el artículo 17 sanciona la violación del deber jurídico estableciendo para ello la ineficacia de pleno derecho, la que si bien no demanda declaración judicial, la prudencia y el buen criterio demandan que sea declarada para evitar la inseguridad que pueda perjudicar a terceros.

En el caso se advierte que se ha invocado la realización de un acto a título gratuito, hipótesis que el tribunal descarta ante el conjunto de obligaciones asumidas por el estado provincial, no obstante lo cual la ineficacia igualmente podría ser declarada porque se ha realizado un contrato respecto de un bien registrable que integra el patrimonio de la concursada, para lo cual no se ha requerido en forma previa la autorización judicial.

Debe destacarse que no se trata de un acto clandestino - existe una amplia publicidad escrita y televisiva sobre la instalación en el inmueble de un centro de prevención y detección del COVID 19- ni que se haya comprometido de un modo negativo el patrimonio de la concursada erigido en garantía genérica de los acreedores. Dispone en efecto el Código Civil y Comercial que:



“ARTICULO 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”.

Esta norma y principio ya tenía recepción legislativa en el párrafo segundo del artículo 1 de la ley 24522 en cuya virtud el concurso comprende la totalidad de los bienes del patrimonio del deudor, salvo las excepciones legalmente establecidas respecto de bienes determinados.

El principio que el “patrimonio es la prenda común de los acreedores” antes construido sobre la base de varias normas del Código Civil, ahora se encuentra expreso y hasta de un modo repetitivo. En efecto, dispone el Código Civil y Comercial:

“ARTICULO 743. - Bienes que constituyen la garantía. Los bienes presentes y futuros del deudor constituyen la garantía común de sus acreedores. El acreedor puede exigir la venta judicial de los bienes del deudor, pero sólo en la medida necesaria para satisfacer su crédito”.

La ineficacia como sanción obedece a la necesidad de preservar esa garantía común, pero no es el único propósito de la legislación concursal, desde que entre los actos prohibidos se encuentra la ejecución de actos que “alteren la situación de los acreedores” (artículo 16 LC Y Q.). En el caso de autos no se invoca la existencia de un acto violatorio de la condición paritética de los acreedores y se ciñe la cuestión exclusivamente a la presunta gratuidad del acto. Tal el esquema fáctico conforme el cual se dicta la resolución que en buena parte se ha transcripto.

Pero el tribunal no solo ha considerado la situación de la titular registral del inmueble sino que ha ingresado en el análisis de la finalidad del acto, el que lejos de ser clandestino se hizo prontamente público y que sirve de una manera evidente al interés general en tiempos de emergencia producida por una pandemia que azota a la comunidad mundial colocando a la humanidad en tiempos de zozobra y crisis. En efecto, la convención que colocó en “depósito” - a nuestro juicio es una cesión onerosa del uso- al inmueble, persigue crear un centro de monitoreo y prevención del COVID 19 y en tal sentido el BIEN COMUN es una cuestión que debe ser sopesada al tiempo de pronunciarse sobre la eficacia o ineficacia del acto.

Tanto los fundamentos concursales como los que emanan del derecho común son respaldo pleno a la interpretación del tribunal. Este tipo de fallos van creando una doctrina judicial en punto a la trascendencia que ciertos actos realizados respecto del patrimonio cesante pueden tener en cuanto al interés social y al bienestar general.-



Agrupamiento y clasificación de acreedores

*Por Horacio Pablo Garaguso, Guillermo Horacio F. Garaguso, Andrés
Alejandro Garaguso*

*Colegio de Abogados de Mar del Plata, de Dolores y de los graduados de
la Universidad de la Atlántida Argentina y del Partido de La Costa*

PONENCIA

El inciso c del artículo 45 de la ley de Concursos y Quiebras, dispone acertadamente que para el supuesto de ser admitido como quirografario un crédito que se pretendió como privilegiado, se le excluya del cómputo de las mayorías, si el acreedor instó oportunamente el incidente de revisión. Pero mientras está en curso el plazo de veinte días hábiles judiciales, al agrupar a los acreedores ¿Dónde lo pongo?

FALLO

“ERSA URBANO S.A. SU CONCURSO PREVENTIVO” Juzgado Civil y Comercial Nro. 9 de Corrientes, Provincia de Corrientes. Fallo del 8/7/2020 RCJ 4725/20.-

“El inciso c del artículo 45 ley 24522 dispone que el acreedor admitido como quirografario, por habersele rechazado el privilegio invocado, será excluido de integrar la categoría a los efectos del cómputo, si hubiera promovido incidente de revisión en los términos del artículo 37 Ley 24522”.

DESARROLLO

El caso analizado se adapta plenamente a la normativa vigente, es lisa y llanamente la aplicación del inciso c) del artículo 45 de la ley 24522, lo que tiene además la racionalidad que uno aguarda de las leyes. En efecto si se computara dicho crédito en la categoría quirografaria que le correspondiere, es muy probable que el deudor no encuentre posibilidades de negociar la conformidad del acreedor interesado en la conservación del privilegio que pretende para su crédito. Si no ha iniciado el incidente de revisión es claro que se conforma con los términos de su admisión y asume el rol de acreedor común. Todo lo contrario es lo que evidencia la



promoción del incidente de revisión, el acreedor no acepta el rango que le ha sido adjudicado en la resolución del artículo 36 y por cierto pretende el reconocimiento de un privilegio, el que en el caso era GENERAL.

Pero aquí aparecen las dificultades de un asincronismo de la ley: Es cierto que no se computa dentro de la categoría “quirografarios”, pero si el deudor pretende efectuar propuestas diferenciadas debe agrupar y clasificar a los acreedores y para ello dispone de diez días hábiles judiciales que se computan desde el día siguiente al dictado de la resolución del artículo 36 LC y Q. Pero al mismo tiempo el acreedor dispone del plazo de veinte días para deducir el incidente de revisión plazo que, conforme lo propuso uno de los autores de la presente, debe computarse desde que se notifica ministerio legis la sentencia de verificación. Es aplicable a esta cuestión el plenario “Rafiki” de la Cámara Nacional de Comercio, y por lo tanto es muy probable que cuando se cumpla el plazo de diez días del artículo 41 LC y Q. el acreedor esté todavía evaluando las posibilidades de tener éxito en el incidente de revisión.

En tal caso, el deudor que agrupa y clasifica a los acreedores se pregunta: ¿dónde lo pongo?

Es probable asimismo que al tiempo de presentar el síndico el informe general este ignore si el acreedor ha conformado la admisión que efectuara la sentencia del artículo 36 LC y Q. por lo que se preguntará: ¿ahora que opino sobre la propuesta del artículo 41 LC Y Q.?

Es por ello que podría admitirse que el deudor pueda modificar la propuesta de agrupamiento una vez que se establezca la condición de las pretensiones del acreedor y que en tal caso el síndico pueda completar con posterioridad su opinión sobre lo que el deudor propone.

Asimismo, queda la duda siguiente: ¿Cómo diseña el concursado la arquitectura de su negociación? En general esta situación importa un “detenerse y esperar” sobre todo cuando el crédito tiene una gran trascendencia ¡ESTÉ EN EL LUGAR EN QUE ESTÉ!

Estimamos que el deudor queda legitimado para modificar su propuesta y que el juez debe tenerlo en cuenta al momento de dictar la resolución del artículo 42 LC Y Q.

Quiebra por no obtención de conformidades. Inapelabilidad

Por Bruno O Santi Taccari

Colegio de Abogados de Azul

PONENCIA

La resolución que decreta la quiebra de la concursada, por la no obtención de las conformidades requeridas resulta, en principio, inapelable conforme al principio que surge del art 273 LCQ-

FUNDAMENTOS

En el caso se trata de analizar el caso de la apelación por la concursada del decreto de quiebra indirecta por la no obtención de las mayorías legales.

El punto central, lo cual es motivo de esta ponencia, transita por analizar si el caso queda o no abarcado por la regla de inapelabilidad del art 273 LCQ.

El Art. 273 de la ley 24.522, como regla, establece que las resoluciones tanto en los concursos preventivos en las quiebras son inapelables, salvo que exista una expresa disposición en la ley que lo admita.

Este principio de inapelabilidad, encuentra su fundamento en el propio sistema recursivo especial previsto en la ley, aunque los tribunales lo han ido morigerando en casos en que se encuentre afectada la defensa en juicio y/o cuando la resolución impugnada causa un gravamen de insusceptible de reparación ulterior.-.

Recientemente el tema ha sido tratado y resuelto por el Juzgado Civil y Comercial N° 1 de Azul, causa 64790, y por la Excm. Cámara Departamental sala I, en causa n° 65783/2020 sent. 3-6-2020, reafirmando la doctrina de la SCBA en cuanto a que la declaración de quiebra indirecta por no obtención de las conformidades queda - en principio - comprendida en la regla de la inapelabilidad prevista por el art. 273 LCYQ.-

La SCBA tiene dicho que: "...la sentencia de quiebra indirecta dictada en los términos del art. 46 de la ley 24522 es, por regla, inapelable.



Ello así, por cuanto en ausencia de norma expresa que contemple la posibilidad de recurrir tal decisión ante la alzada, rige el principio sentado por el art. 273, inc. 3, LCQ.

La solución resulta lógica en tanto, la quiebra deviene como consecuencia de la mera comprobación del incumplimiento objetivo previsto en el art. 45 LCQ. (no obtención de conformidades)- Es decir, si se presentaron, o no, en tiempo y forma, las conformidades de los acreedores exigidas por la ley concursal'” (S.C.B.A. (conf. voto del doctor Roncoroni en C. 82.347, sent. del 24-V-2006; C. 89.635, sent. del 21-XI- 2007).”*Stumbo, Alicia L., de fecha 11/03/2009, La Ley, Cita Online: 70053692*); “*La sentencia de quiebra indirecta por no obtención de las mayorías necesarias para lograr el acuerdo preventivo, no escapa a la específica normativa que regula la ley 24.522 que, por regla no resulta recurrible. Ello en virtud de que, de acuerdo a la expresa manda del artículo 273 inc. 3 de la ley 24.522 y la ausencia de una norma que prevea que tal tipo de sentencias resulten apelables, la misma es inapelable.*” (SCBA LP C 103460 S 11/08/2010 Juez DE LAZZARI (OP) Carátula: Dispensa, Roger Bruno y otro s/Recurso de queja Magistrados Votantes: Genoud-Pettigiani-de Lázzari-Soria-Negri-Kogan). Carátula “Turri, Gerardo Guillermo s/ Quiebra” (c. 105.799).

En el mismo sentido ha venido siendo resuelto por nuestra Excma Cámara Departamental, a través de sus dos Salas: Sala I, causas n° 42366 “Fainmberg...” del 27.04.01.; n° 47.691 “Tentoni...” del 27.10.04; n° 54.259 “Mujica” del 12.08.10; n° 55084 “Wagner” del 09.08.11.; n° 57396-2012, «MERLINO», entre otros. Sala II, causa n° 50108 «Murgades...» del 26.06.07, entre otras, con sus citas.

En conclusión se comparte el criterio de inapelabilidad en tanto la comprobación pueda ser objetiva, dejando a resguardo los casos en que la apelación del decreto de quiebra indirecta por no obtención de conformidades lo sea con agravio en errores en el cálculo y/o computo de mayorías.



Liquidación de activos digitales en la quiebra

Por Carolina Ferro

Colegio de Abogados de San Isidro

PONENCIA

El elemento esencial de la existencia de la empresa es la organización a través del empleo coordinado de los factores productivos constituidos por capital y trabajo, ya fueren propios o ajenos.

La asociación entre el concepto de empresa y el conjunto de bienes que constituyen su fase física explica la dificultad para imaginar el presupuesto de la existencia de empresa sin tal faz física.

Ahora bien, por ejemplo, en el presente dentro de ese concepto de empresa podemos comprender que se incluyan los vínculos mercantiles internacionales que aseguren la colocación de bienes en diversas plazas, y eso es un activo mientras cuente con los elementos para operar (o alguien lo quiera pagar como tal).

Las empresas de tecnología demuestran que cada vez más podemos encontrarnos con esa organización de capital y trabajo, pero con cada vez menos faz estática o física en esos negocios. Así por ejemplo podemos encontrarnos con, mercados de créditos on line, procesos de mercados digitales, activos digitales no fungibles, líneas de mercados internacionales, plataformas de juegos, plataformas con contenidos audiovisuales (netflix, amazon), y un largo etcétera que irá creciendo junto con el propio desarrollo de la tecnología.

Así, esta modalidad de empresa presenta enormes desafíos a las soluciones que hoy tienen las legislaciones en general, y en particular sobre insolvencia, que contienen normas pensadas para modelos de empresas exclusivamente con una faz objetiva física.

Ya en estas empresas (existan en cabeza de sociedades o de personas humanas) la valuación de activos intangibles como podían ser las marcas, patentes, modelos, concesiones, franquicias, clientela o know how, presentaban a las ciencias contables una problemática a la hora de valorar dichos activos intangibles en los procesos universales y colectivos de insolvencia.

Hay que recordar que la empresa se presenta como un concepto económico antes que jurídico y de la mano de ello este análisis que propongo



habrá que hacerlo con un perfil económico, de los negocios, integrando conceptos de las ciencias económico y contables para determinar los valores, y conceptos jurídicos para entender la naturaleza de los bienes, y para determinar la factibilidad de realización y adjudicación de esos bienes a terceros (los no insolventes), en cada caso.

Las personas jurídicas o naturales son titulares de los derechos individuales sobre los bienes que integran su patrimonio. Esos derechos también pueden recaer sobre bienes susceptibles de valor económico. Los bienes materiales podemos llamarlos cosas. (conf. Arts. 15 y 16 CCCN).

De esta manera, en algunos supuestos las disposiciones referentes a las cosas son aplicables a otros bienes, en esta hipótesis de trabajo propongo que tal criterio sea aplicable a algunos activos digitales (no a todos). No desconozco que hay alguna doctrina que propone para el tratamiento de los activos digitales la aplicación de las normas de los valores desmaterializados (1836 CCCN), pero ese debate no es materia de este trabajo.

En esta instancia simplemente pretendo presentar un elenco de dificultades que estos activos presentarán en el marco de un trámite falencial. Para que, ante los casos concretos y aún careciendo de normas que nos ayuden a solucionar tales dificultades, podamos encontrar las alternativas correctas en cada caso.

Problemáticas que presentan:

- La identificabilidad de los activos.
- La naturaleza de los bienes y su posibilidad de liquidación.
- La conservación de los bienes
- La valuación
- La registración o ubicabilidad de los activos

Un activo para poder ser liquidado siempre debe ser identificable, en el mundo físico es más simple, ahora un activo digital debe ser susceptible de ser separado o escindido de la entidad (empresa persona jurídica o empresario natural), para ser vendido, transferido, dado en explotación, arrendado o intercambiado, o descartado como tal.

Los activos derivados del mundo digital también pueden surgir de derechos contractuales, o de otro tipo legal (ej. acciones de marketing con sujetos con incidencia reputacional).

Los criterios para su reconocimiento (el de activos de carácter digital o derivados de la tecnología) dependerá de las actividades del sujeto



fallido, y muchas veces deberá requerirse la asistencia de un especialista en tecnología, o tal vez exigirá un análisis de libros contables (cuando haya) para determinarse el costo de algún desarrollo que no sea de uso interno y exclusivo de la entidad.

Este tipo de activos cuando surjan de derechos contractuales o de otro tipo de información exigirá primero intentar determinar su existencia (vigencia), y además luego medir su valor.

Estos bienes, cuando sean objeto de valuación en la insolvencia (quiebra) carecerán de un parámetro objetivo de valuación (por lo menos por ahora), no serán en principio como un inmueble o un auto o una maquinaria que podemos determinar su valor de mercado (sea nuevo o usado), sino que muchas veces estos bienes se encuentran afectados por otras variables como pueden ser precisamente su transmisibilidad, su prestigio, o la desaparición de su valor reputacional (generalmente y en cuanto a mercados en plataformas) que puede ser lo más importante.

Las Normas Internacionales de Información Financiera (estándares técnicos contables adoptadas por el IASB, institución privada con sede en Londres) que constituyen los Estándares Internacionales o normas internacionales en el desarrollo de la actividad contable y suponen un manual contable de la forma como es aceptable en el mundo, definió como activo intangible a las criptomonedas anteponiendo como argumento, que estas son capaces de ser separadas o divididas del titular para efectuar su venta, transferencia, arrendamiento o intercambio, cifrándolas como un activo identificable.

Sin embargo el Banco Central de la República Argentina mediante la Comunicación “A” 7030 del 28/05/2020, estableció que “Serán considerados activos externos líquidos, entre otros: las tenencias de billetes y monedas en moneda extranjera, disponibilidades en oro amonedado o en barras de buena entrega, depósitos a la vista en entidades financieras del exterior y otras inversiones que permitan obtener disponibilidad inmediata de moneda extranjera (por ejemplo, inversiones en títulos públicos externos, fondos en cuentas de inversión en administradores de inversiones radicados en el exterior, **criptoactivos**, fondos en cuentas de proveedores de servicios de pago, etc.)”.

Un sistema parecido al de producción de las criptomonedas se utiliza para la producción de otros activos no digitales que pueden ser comercializados. Podemos ya advertir la existencia de obras subastadas por millones de dólares de carácter digital. Se ha subastado por 69,3 millones de dólares una obra de arte digital, creada con el sistema de cadena de bloques, similar a la que se utiliza para producir monedas digitales, y que garantizan su autenticidad. Esto quiere decir que, si bien se puede reproducir, nadie más que su adquirente tendrá la original.

En este sentido, en el presente conocemos un amplio catálogo de activos intangibles, las patentes, los derechos de autor, listas de clientes, licencias de pesca, cuotas de importación, relaciones comerciales con clientes o proveedores, cuotas de mercado, derechos de comercialización, etc.

Estos bienes siempre presentan dificultades en la zona de insolvencia. No es lo mismo el valor de una clientela o un modelo de negocio de una empresa in bonis, que de una empresa in malis, en la primera habrá (tal vez) oferentes dispuestos a adquirir esa “empresa” mientras que en supuesto restante parecería que no. En cuyo caso esa clientela ya no tendrá valor.

Todo esto puede ser una obviedad, sin embargo, entiendo que algunos de estos conceptos son replicables en empresas con actividades vinculadas a la tecnología.

Seguramente será necesario empezar a pensar soluciones nuevas, bajo nuevas premisas ante estas realidades inéditas. Y habría que tratar de evitar aplicar las soluciones que ya conocemos a un mundo desconocido.

Sin embargo, para empezar a transitar ese novel camino tal vez, y a la espera de una idea más novedosa, podremos tratar a los bienes derivados de la tecnología como bienes intangibles.

Considerando como “bienes intangibles” aquellos activos que resultan de importancia en la actividad de la empresa en cuanto a su valor económico o en cuanto a su incidencia en el giro de las mismas, pero que sin embargo no resultan físicamente apreciables o aprehensibles a través de ningún medio.

Igualmente, encansillar estos activos bajo un rótulo conocido (como sería el de “bienes inmateriales”) no nos resuelve la problemática sobre su naturaleza de realizables o no en cada caso, la forma de conservación de esos bienes, la inexistencia de un registro jurídico de esos bienes.

La idea de conservación, custodia o protección del bien en cánones tradicionales desaparece. En este sentido cabe destacar que algunos activos digitales pueden estar contenidos en un soporte de naturaleza física, o un soporte de documentación legal.

Los sistemas operativos de un ordenador, cuando los programas no constituyan una parte integrante de un equipo, pueden ser tratados como intangibles. Pero en algunos casos los programas informáticos que pueden ser integrantes de un sistema de empresa no serán liquidables.

El último punto a determinar en cada caso (país o jurisdicción) será si existe la posibilidad de registrar o no, inscribir o no algunos de esos activos derivados del mundo digital, y con qué alcance.



Seguramente cuando las generaciones que desarrollamos esta actividad vayamos siendo reemplazadas por generaciones más jóvenes estas inquietudes se encuentren resueltas. Así ya ocurrió de la mano de la primera revolución industrial cuando aparecieron nuevos bienes que parecían increíbles para aquel mundo y hoy los naturalizamos en nuestro mundo, y algunos ya hasta los hemos descartado o reemplazado por otros.

La economía puramente industrial que comenzó en los años 1800 fue incorporando tecnologías a sus procesos productivos, hasta que hoy, esas tecnologías en algunos casos constituyen “la empresa”, o gran parte de ella, sin que podamos imaginar una empresa sin los elementos que eran entonces las nuevas tecnologías (la luz eléctrica, el auto - rodados -, la producción en cadena o montaje).

Mientras tanto es necesario hacerse algunas preguntas y buscar ciertas respuestas - aunque puedan resultar provisionarias - porque cada vez más estamos frente a un desafío presente que nos excede en la vida cotidiana, y supera por mucho a las herramientas jurídicas con las que contamos.



Prestaciones no dinerarias - moneda extranjera- situación de tales créditos en la quiebra

*Por Horacio Pablo Garaguso, Guillermo Horacio F. Garaguso y
Andrés Alejandro Garaguso*

*Colegio de Abogados de Mar del Plata, de Dolores y de los
graduados de la Universidad de la Atlántida Argentina y del Partido
de La Costa*

PONENCIA

El artículo 127 de la ley 24522 es una norma imperativa de orden público cuya aplicación es insoslayable para el tribunal. Son nulos los acuerdos celebrados por el fallido deudor con los acreedores que importen su descarte, modificación o postergación, se trate de acreedores quirografarios o privilegiados.

FALLO

“Jockey Club Mar del Plata su quiebra”, Expte. 116175, Juzgado Civil y Comercial Nro. 8 de Mar del Plata.-

ANTECEDENTES

En el curso de un Concurso Preventivo y estando homologado el Acuerdo Preventivo, la entonces concursada hoy fallida, celebró con sus acreedores laborales un acuerdo de pago leonino en todas sus partes; en primer lugar porque se convertían créditos verificados en moneda de curso legal en la Republica a moneda extranjera - dólares de USA-, en segundo lugar porque se pactó la caducidad de los plazos de manera automática por el simple atraso en una cuota de las convenidas y en tercer término porque sucediendo la hipótesis de mora la deudora renunciaba a “cualquier tipo de defensa, recursos, incidentes, presuntas nulidades”.

Tiempo más tarde se declara la quiebra de Jockey Club Mar del Plata, que es una Asociación Civil deportiva de primer grado y tras la liquidación de algunos de sus bienes, el letrado de los acreedores peticiona se ordene el pronto pago de las acreencias en la moneda convencional, es decir en dólares de Estados Unidos de Norteamérica.



La cuestión no ha sido resuelta hasta la fecha ante la oposición de la sindicatura y de la fallida.

DESARROLLO

El caso debe resolverse, a nuestro juicio, por la aplicación lisa y llana de la regla del artículo 127 de la ley de Concursos y Quiebras, el que, bajo el epígrafe “*prestaciones no dinerarias*”, regla tres situaciones diversas, a las que le adiciona el mismo efecto:

- a. Prestaciones no dinerarias,
- b. Las obligaciones contraídas en moneda extranjera y
- c. Aquellas cuyo crédito en dinero debe calcularse con relación al valor de otros bienes. Es decir que el valor de ciertos bienes es la regla de actualización del monto de la obligación.

Dispone el artículo citado:

“PRESTACIONES NO DINERARIAS. *Los acreedores de prestaciones no dinerarias, de las contraídas en moneda extranjera o aquellos cuyo crédito en dinero deba calcularse con relación a otros bienes, concurren a la quiebra por el valor de sus créditos en moneda de curso legal en la REPUBLICA ARGENTINA, calculado a la fecha de la declaración o, a opción del acreedor a la del vencimiento, si este fuere anterior.”*

Conforme con esta norma se ha pronunciado reiteradamente la jurisprudencia (In re El Dial 32607/2011 - “Formatos Eficientes SA s/ quiebra s/ incidente de verificación de crédito de Berce, Luis Pedro” - CNCOM - SALA B -19/06/2019: “Aplicabilidad del Art. 127 de la Ley 24522. Normativa que supone la conversión de los créditos expresados en moneda extranjera a moneda de curso legal, calculados a la fecha de la declaración de quiebra o, a opción del acreedor, a la del vencimiento, si éste fuere anterior. Necesidad de preservar la relación de equivalencia entre los créditos. Principio de igualdad en el tratamiento de los acreedores”).

A esta altura del análisis del caso, es claro que debe ser resuelto conforme el artículo indicado, pues las circunstancias de hecho y derecho no dejan otra alternativa: surge claramente del convenio adunado por los acreedores al proceso y por el alcance del pedido que se indicara en los antecedentes.

Este régimen y efecto de la sentencia de quiebra que fija la concurrencia de tales créditos en moneda de curso legal en la República, no puede ser alterado por efecto de acuerdos de las partes, ya que la regulación del artículo 127 LC Y Q. se impone con la fuerza del ORDEN PÚBLICO.

Se advierte una clara diferencia entre el efecto de la quiebra analizado y el que opera la sentencia de apertura concursal preventiva, pues en este supuesto el acreedor conserva el derecho a la percepción en la moneda convencional, siendo la conversión a moneda de curso legal en la República a la fecha del informe individual de la sindicatura, únicamente a los fines del cómputo de las mayorías.

Digamos por último que el art. 127 LC Y Q. no distingue entre obligaciones comunes o privilegiadas y “*ubi lex non distinguit...*”.



Envilecimiento de la moneda y distribución de dividendos falenciales

Por Martinez, Marisol

Colegio de Abogados de Morón

PONENCIA

La inversión de los fondos falenciales, el proyecto de distribución en moneda extranjera, la efectiva distribución de los dividendos, el remanente en pesos reajustados previa declaración de inconstitucionalidad de las normas que lo vedan (arts. 7 y 10 de la ley 23928), comparten un generador común en el envilecimiento de la moneda, potenciando por la larga duración de los procesos y la distribución diferida al final de la liquidación.

Esta problemática debe atender al principio de la realidad fáctica y normativa, careciendo de una solución única o unívoca.

INTRODUCCIÓN

El tema tiene múltiples aristas, pluri participación de intereses encontrados, conlleva la llamada carga emocional atento ligarse a valores como la moneda nacional, lo que es mostrado a las claras por un cambiante marco legal que regulador tanto de la moneda de curso legal como, recíprocamente, de la moneda extranjera, y es resultado de crisis coyunturales y consecuentes políticas cambiarias, económicas y financieras.

La jurisprudencia a través del tiempo recoge los cambios normativos, e intenta acompañar el impacto de sucesivas crisis económico financieras.

A través de los años cambió no sólo la regulación monetaria, y, parcialmente, la ley concursal, sino también las circunstancias y modalidades en que los fondos de la quiebra son tratados, los proyectos de distribución de dividendos presentados, y la distribución de fondos ordenada.

Como consecuencia de los cambios normativos en el tiempo, y la consecuente aplicación de la ley durante los respectivos plazos temporales, distintas situaciones fáctico- jurídicas- procesales conviven, correspondiendo necesariamente diferentes soluciones a las cuestiones involucradas.



La razón de fondo de la compleja y abarcativa problemática comprometida es común, y radica en el sustancial envilecimiento a que ha sido sometida la moneda en nuestro sistema.

DESARROLLO

La ley 24522, actualmente vigente, fue sancionada el 20/07/1995, “con el código genético de la convertibilidad”, como suele mencionar uno de sus corredactores²³¹.

A tenor del régimen impuesto por la ley 23928 de “convertibilidad del austral” (27/03/1991), disposiciones como la del artículo 19 de la ley 24522 reconoció las deudas en moneda extranjera dentro del concurso si bien estableció la conversión al “solo” efecto del cómputo de las mayorías.

Omitió tal reconocimiento para la quiebra, dentro de una previsión de hipotética inexistencia de inflación.

Asimismo se estableció la prohibición de indexación (artículos 7° y 10° de la ley 23928), contemplándose un escenario de estabilidad económica.

En concreto, la convertibilidad remitía a la equivalencia del peso con el dólar estadounidense, modificándose inclusive el régimen de obligaciones dinerarias del Código Civil entonces vigente (art. 617 C.C. reformado por ley 23928).

La respuesta concursal al efecto del envilecimiento de la moneda sobre la conservación y distribución de los fondos de la quiebra, plantea distintos escenarios fácticos y jurídicos:

1º.) Caso de existencia de fondos convertidos en moneda extranjera.

Dentro de las funciones que la ley concursal pone en cabeza de la sindicatura respecto de los bienes desapoderados (inventario, incautación, depósito, guarda, conservación, liquidación, etc.), el artículo 183 le impone el depósito de las sumas de dinero que se perciban “a la orden del juez en el banco de depósitos judiciales correspondiente, dentro de los TRES (3) días”.

La misma norma prevé el “depósito de los fondos en cuentas que puedan devengar intereses en bancos o instituciones de crédito oficiales o privadas de primera línea. Puede autorizarse el depósito de documentos al cobro, en bancos oficiales o privados de primera línea”.

En tiempos de convertibilidad, en teoría, era indiferente el depósito en pesos o en dólares estadounidenses.

231 Dr. Daniel Roque Vítolo.



Con el correr de los tiempos, y más aún, suprimido el régimen de convertibilidad, la opción fue sin dudas por la inversión de los fondos de la quiebra en moneda extranjera, generalmente a plazo fijo a la orden del juzgado de la quiebra con finalidad conservativa de los mismos.

El inefable fenómeno inflacionario, la duración de los procesos, la disposición por la ley concursal de la distribución del dividendo tras un informe final luego de enajenados todos los bienes de la quiebra (art. 218 LCQ), junto con un mercado absolutamente cerrado a la enajenación de bienes en general son todos factores que coadyuvan al larguísimo y letal efecto del paso del tiempo sobre los fondos producto de la liquidación en la quiebra.

En las quiebras, como en la economía en general, el refugio a la “pandemia” inflacionaria más sencillo, menos costoso y con mayor liquidabilidad ha sido hasta el presente la moneda extranjera, y en particular los dólares estadounidenses en nuestro medio.

Así es como en la generalidad de los casos, -constituyendo inclusive parámetro de diligencia por parte del liquidador en la quiebra-, tuvo lugar la conversión a divisa y también su inversión a plazo fijo con renovación automática, por cortos plazos que permitieran la pronta desafectación en caso necesario.

Tuvieron lugar, en consecuencia y sin mayores dificultades la presentación de proyectos de distribución en dólares estadounidenses, e, inclusive el pago de los dividendos por prenumerados también en tal moneda²³².

En oportunidades se dio la opción a los acreedores a elegir la moneda en que percibirían sus dividendos, invocándose inclusive la norma del art. 756 CCCN como norma disponible.

Si bien dentro de los distintos estadios por los que pasara nuestra economía abundaron las restricciones a la adquisición a la moneda extranjera, la inusitada duración de los procesos liquidativos determinó que aún durante plena vigencia de normas cambiarias restrictivas nos encontremos con fondos de quiebras convertidos en moneda extranjera.

Esto determinó la existencia de fallos aún recientes en quiebras con fondos en moneda extranjera, en los que se continuara resolviendo sobre la distribución de fondos con prenumerado o bien transferencias bancarias a cuentas abiertas en dólares o bien en pesos a opción de los acreedores.

En los mismos se reitera la alusión al carácter de quiebra de “larga

232 Galion Federal Corp S/Quiebra, Juzgado Nacional en lo Comercial N° 12 Secretaría N° 24, 01/06/2016.

data”, con fondos existentes en dólares estadounidenses²³³, y asimismo se pondera en los más actuales “evitar nuevos trámites y eventuales dilaciones en el cobro. Máxime teniendo en cuenta las particularísimas circunstancias actuales de emergencia sanitaria, aislamiento obligatorio y restricción de las actividades no esenciales, con evidentes y graves consecuencias económicas”.

Se ha tenido en cuenta que ni la tenencia ni el pago de una deuda con dólares, están prohibidos ni son irregulares, siendo la tenencia de moneda extranjera un derecho de cualquier persona que habita el país.

La propia Comunicación A6815 del B.C.RA. -que modificó a la Comunicación A6770- limitó a U\$D 200 la compra de moneda extranjera, sin prohibir la tenencia ni limitar el monto que pueden alcanzar esos activos.

la regla del reparto en la quiebra debe ser siempre el mejor resultado posible para el acreedor, ya que ese es el objeto del proceso falencial.

La Sala C de la Cámara Nacional en lo Comercial en autos “Sofol I (Patrimonio Fideicomitido) S/Quiebra”, en fecha 13/05/2019, ante importes individualizados en moneda de curso legal, propuesta su cancelación en dólares estadounidenses, toda vez que en esa moneda se encontraban depositados los fondos en el expediente, resolvió, no habiéndose alegado impedimento a la disposición de los dólares, resolvió, utilizando la misma paridad cambiaria que se usó con relación a los créditos contenidos en la distribución anterior que los acreedores percibieran sus acreencias en los mismos términos que el resto de sus acreedores.

En autos “Metalúrgica Zannier S.A. - Quiebra Indirecta - (EXPTE. 5900187)”, Juzg 1a Ins C.C.26a-Con Soc 2-Sec, Córdoba, en fecha 12/06/2020, ante la presentación por el síndico de proyecto de distribución actualizado y definitivo, convirtiendo a dólares estadounidenses los montos reconocidos en pesos, por ser la moneda en que se invirtieron los fondos obtenidos en la liquidación del activo falencial, si bien considera no ser la situación habitual, y con cita de antecedentes nacionales en los que inclusive se distribuyera según la existencia de fondos depositados, parte en pesos y parte en dólares,²³⁴ ponderando que “no admitir las opciones

233 Belgrano Sociedad Cooperativa de Seguros Limitada S/Quiebra- Juzgado Comercial 5 - Secretaria N° 10, 06/2020, se dispuso que los pagos serían efectivizados en la moneda en que se encuentran depositados, y la conversión de las acreencias a la cotización oficial del tipo de cambio comprador al momento de presentar el proyecto de distribución, dado que sería el producido que se obtendría de vender los dólares para abonar las acreencias en pesos.

234 CNCom., sala B, Conapa Cia. Naviera Paraná S.A. y otro s/quiebra, del 24/06/2015, todo citado por Corrado, Florencia. Dolarización de los Fondos y los Dividendos en las Quiebras. UBA Derecho Publicaciones Ed 00009- N 05 Julio 2020.



expuestas por la sindicatura encontraría su justificación en un excesivo e inadecuado apego a lo formal y sin consideración de la realidad”, resuelve la aprobación del proyecto.

Asimismo, declara exceder el marco de especulaciones que pudiera efectuar el magistrado, lo relativo al beneficio o plus que obtendrían sus destinatarios, y “dejaría sin chances de elección a los beneficiarios y pondría en cabeza de este magistrado tal elección”.

El Dr. Chiavassa, juez de la causa, con cita de Federico Ossola recuerda que el régimen del art.765 CCCN no es de orden público, pues “...no habría inconvenientes en que las partes, en uso de la autonomía de la voluntad (arts. 958 y 962 CCyC) pacten que el deudor debe entregar la cantidad correspondiente de la especie designada. Como bien se ha indicado, la posibilidad de pagar en moneda de curso legal no está impuesta de manera indefectible (se dice que el deudor puede liberarse) ...” (en Obligaciones, Abeledo Perrot, 2016, pag.347 y ss.).”

En todos estos casos se resolvió sobre la base de la compra anterior de la moneda extranjera en los términos del art.183 L.C.Q. como inversión conveniente respecto de las sumas logradas en la liquidación, no existiendo restricciones cambiarias ni cargas adicionales.

La norma del artículo 159 de la ley 24522 impone al juez la aplicación de la analogía bajo el paradigma de: “la debida protección del crédito, la integridad del patrimonio del deudor y de su empresa, el estado de concurso y el interés general.”

La quiebra busca la reparación del daño causado por la insolvencia minimizando las pérdidas en protección a los derechos de dichos acreedores que se vieron postergados por el proceso.

El Juzgado Comercial 20, Secretaria N° 39, en autos “Tulier, Graciela Silvia S/Quiebra” (Expte No. 73255/2004), del Dr. Eduardo Malde, en fecha 24/02/2021, tiene oportunidad de resolver sobre proyecto de distribución “readecuatorio rectificado”.

El síndico propuso el pago de créditos y gastos en dólares estadounidenses, algunos de los acreedores prestaron conformidad, otros guardaron silencio.

Se interpretó como voluntad tácita de AFIP no percibir el pago en dólares, en tanto remitió las cuentas en pesos.

Así recordó que de ordinario el pago de dividendos, de los créditos en pesos (art.127 LCQ), al igual que los gastos de justicia, deben ser satisfechos en moneda de curso legal, con cita del dictamen de Fiscalía General ante la Cámara en expte.8283/2006/355 - “Asociación Francesa Filantrópica y de Beneficencia s/quiebra s/incidente de segunda



distribución complementaria”.

Se trataba de quiebra superavitaria, que comprende los intereses post falenciales (art. 228 LCQ), por lo cual los acreedores no sufrirían perjuicio.

Entiende que “si bien no se aprecia perjuicio para que los acreedores cobren sus créditos con intereses en la moneda de su país, que justifique apartarse del criterio legal ordinario, la venta de los dólares invertidos para efectuar dicho pago, perjudica económicamente a la fallida, por cuanto la entidad bancaria convertirá al tipo de cambio comprador y oficial, con lo cual se necesitará utilizar para el pago una mayor cantidad de dólares que si se abona directamente en esa moneda extranjera tomándola a los efectos cancelatorios a la cotización tipo vendedor, considerando el impuesto país y RG AFIP 4815/20.”

En alguna oportunidad se justificó en evitar la pérdida para el deudor por diferencia de spread al proceder a la venta tipo vendedor (in dubio favor debitoris).

Se autorizó “excepcionalmente” y respecto de aquéllos acreedores que consintieron expresamente el cobro en dólares, el pago de dividendos a la cotización, tipo vendedor, del BNA, dólar solidario.

Los dólares habían ingresado a la cuenta de la quiebra con anterioridad al establecimiento del impuesto, el derecho a percibir los dividendos y honorarios también eran anteriores al establecimiento tanto del impuesto como de la percepción. Ello motivó que la sindicatura adujera enriquecimiento sin causa de la fallida.

Además, se acumulaba el 35% retenido por el Banco al momento de la percepción de los honorarios, con el 35% de impuestos que se abonaría al momento en que comprarían los dólares al valor solidario, estableciendo una duplicación de impuestos confiscatoria.

Se invocó lo dispuesto por la Sala A, de la Cámara Nacional en lo Comercial, con fecha 21 de octubre de 2020 “Expediente 8.283/2006/355 Asociacion Francesa Filantropica y de Beneficiencia S/ Quiebra S/ Incidente de segunda distribucion complementaria”.

“...5.)..., de manera excepcional, en las condiciones particulares de este proceso y en esta coyuntura económica, cabe admitir que el pago de los dividendos concursales aquí involucrados, sea realizado en dólares estadounidenses en favor de todos los acreedores. A esos fines, los dividendos asignados a los acreedores, que se encuentran reflejados en pesos en el proyecto de distribución presentado en autos, deberán ser convertidos a dólares al valor vigente a la fecha en que fue presentado ese proyecto -20/11/19- esto es a 1U\$S=62,50\$, resultando así el monto que, en dólares estadounidenses, deberá abonarse a cada acreedor.”:



Una vez convertidos en moneda extranjera, un pago en pesos beneficiaría al fallido, perjudicando nuevamente a sus acreedores, lo cual se encuentra vedado no sólo por el derecho general sino por la normativa falencial en especial.

2º.) Caso de inexistencia de fondos convertidos en moneda extranjera.

a. Pedido de conversión.

Con ocasión de la pandemia se han visto pedidos - vía habilitación de feria en algunos casos- de compra de dólares inclusive por oficio tramitado por sistema DEOX, pretensiones acerca de las facultades judiciales, etc.

En autos “Banco Extrader S.A. S/Quiebra”, Juzgado en lo Comercial Nro. 12 Sec. 24, el juez resolvió que la conversión de los fondos a Dólares debía formalizarse sin aplicar el “Impuesto País”; porque entendió que la transacción no se encontraba alcanzada por la ley 27.541 (“Impuesto País”), ello toda vez que los fondos judiciales están eximidos por el tipo de transacción. Tanto la ley 27.541, como el DNU 49/2019 y la RG 4659 de Afip, no incluyeron las operaciones judiciales, ni a los jueces como sujetos obligados.²³⁵

b. Denegatoria de pedido de conversión. Inconstitucionalidad arts. 7 y 10 ley 23928.

En autos “Blockbuster Argentina S.A. S/Otros - Quiebra S/Incidente de distribución de fondos”, de fecha 17/02/2021, se dispuso que “si bien le incumbe al juez como director del proceso preservar la intangibilidad de los activos de la fallida pudiendo a ese fin realizar distintas alternativas de inversión (cfr. arts. 179, 183, 274 y cctes. de la ley 24.522), ...ello no importa en modo alguno conferir prerrogativas a los eventuales beneficiarios para que sean ellos quienes decidan sobre la moneda y forma de pago de sus acreencias.”

En ese caso, el magistrado diferenció las medidas conservatorias que pudieran tomarse en la quiebra, de principios distributivos que rigen el proceso falencial, y que juzgó orientados a satisfacer los créditos reconocidos en la causa.

Consideró la disminución producida en el crédito de los acreedores a raíz de la depreciación de la moneda nacional, agravada en la oportunidad por los efectos que la pandemia del Covid-19 en todas las economías del mundo.

²³⁵ Citado por Corrado, Florencia. Dolarización de los Fondos y los Dividendos en las Quiebras. UBA Derecho Publicaciones Ed 00009- N 05 Julio 2020.

Así manifestó que “tanto la propuesta de la sindicatura de una distribución en dólares estadounidenses como su planteo de inconstitucionalidad de los artículos 7 y 10 de la ley 23.928”, buscan una recomposición del valor de las acreencias concursales oportunamente reconocidas, considerando demostrados los agravios a la garantía de defensa en juicio, de debido proceso legal, y de acceso a la justicia, y del derecho de propiedad de los acreedores consagradas en nuestra carta magna. En consecuencia procedió a declarar la inconstitucionalidad de los artículos 7 y 10 de la ley 23.928, en cuanto impiden todo tipo de mecanismo de actualización de los créditos, para el caso concreto.

Citó el precedente dictamen N° 704/2020 de la Dra. Gabriela F. Boquín, Fiscal General de la Cámara Nacional en lo Comercial, en los autos “Asociación Francesa Filantrópica y de Beneficencia s/ Quiebra s/ incidente de segunda distribución complementaria”, 21.10.20.

En dicho instrumento, la funcionaria se refiere al fenómeno inflacionario: “...determinó la irrupción de un nuevo sistema, el valorismo, que pone énfasis en el poder adquisitivo de la moneda, admitiendo la actualización monetaria de lo adeudado, hasta alcanzar valores reales o de cambio efectivamente adeudados”.²³⁶

Se destaca la necesidad de reexaminar las posturas en el supuesto concreto de quiebras en donde se dan prolongados lapsos entre el reconocimiento del crédito y su pago, sin desconocer precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que han ratificado la constitucionalidad de tales normas²³⁷.

Todo lo cual sólo redundaría en provecho del deudor, quien eventualmente podría verse beneficiado ante la existencia de un remanente por la pérdida del valor adquisitivo de los créditos ya verificados hacía años.

“El eficiente desarrollo de todos los procesos de quiebra tiene por finalidad “la realización de los bienes del quebrado a fin de que, transformados en dinero, pueda aplicarse su importe al pago de los créditos en su contra. Con ese objetivo, los funcionarios de la quiebra deben obtener de ella la mayor ventaja o precio posible” (Boquín, Gabriela F., ob. cit., *ElDial.com*). Es así que a entender del Tribunal, la falta de un mecanismo de recomposición de los créditos verificados, disminuidos seriamente como consecuencia del contexto inflacionario que se viene señalando, contrario al principio de equidad y que significa para los acreedores la internalización de los costos de la inflación, impone disponer la inconstitucionalidad de la normativa que prohíbe la indexación, para el caso concreto que se

236 Boquín, Gabriela F. Quiebra e Inconstitucionalidad de los artículos 7 y 8 de la ley 23.928, publicado el 3.7.20 en *ElDial.com*

237 Cita precedentes CSJN, “Massolo, Alberto José c/ Transporte del Tejar SA”, 20.4.10; en similar sentido, CSJN, “Okretich Raúl Albino c/ Editorial Atlántida SA”, 15.7.97

ventila en autos. Esta, por otra parte, es la interpretación que mejor se adecua al principio según el cual las leyes deben interpretarse siempre evitando darles un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, para adoptar como verdadero el que las concilie y deje a todas con valor y efecto (Fallos 316:27; 318:1386; 320:2656).”

Se ha recordado asimismo que la ley 21.488 de 1976, dispusiera la actualización monetaria de créditos derivados de quiebra y concurso civil, en caso de existencia de remanente (art. 228 ley 19.551).

c. Pedido de inversión.

En autos “Agrícola Pareja S.A. S/Quiebra” (Expte.No.81196/1994), CNCom, Sala B / Juz. 20- Sec. 39, la Fiscalía General ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, se expidió en dictamen No. 853/2020, del 04/11/2020.

En los mismos, la Dra. Boquín tuvo oportunidad de expedirse ante la pretensión del Bank of New York S.A., sobre una supuesta inaplicabilidad de la normativa cambiaria, la que se encontraría restringida al mercado de capitales, indicando que, aparte del mercado que administra el BCRA, existen otras versiones como el dólar mayorista, el mercado de futuros cambiarios, todos ellos de libre acceso sin las restricciones del BCRA.

Se argumentó sobre una supuesta entidad distinta de los depósitos judiciales.

El dictamen se expide sobre la facultad privativa del juez del concurso (art. 183 y art. 274 LCQ), en su carácter de director del proceso de disponer sobre la inversión de los fondos de la quiebra, respondiendo la misma al resguardo del dinero que deber ser distribuido entre los acreedores con sujeción a las previsiones de nuestro régimen concursal (CNCom, Sala A “Boeing SA s/ quiebra s/ incidente por separado”, del 21/8/2013).

A renglón seguido se conceptuó la operatoria conocida como “dólar MEP o Dólar bolsa” o la del “contado con liquidación”, como inadecuada en el actual estado de la economía local que incluye elevados riesgos.

“El fin de la quiebra radica en la realización del activo, al mayor valor posible, para cancelar el pasivo, no siendo un objetivo la búsqueda de ganancias. Mucho menos cuando ello depende de hacer incurrir a la quiebra en cierto mecanismo de especulación”.

El dictamen concluye, luego de meduloso análisis de las disposiciones comprometidas, sobre las funciones del BCRA: “convierte a esta entidad autárquica en el eje del sistema financiero, concediéndole atribuciones exclusivas e indelegables en lo que se refiere a la política monetaria y



crediticia, la aplicación de la ley, y su reglamentación, y la fiscalización de su cumplimiento (Fallos 310: 203 citado por CNCom, Sala F, en autos “Unipox SA c/ Plastilit SA s/ ordinario” del 17/05/2016”).

Así la Fiscalía concluye, de las Comunicaciones A 6815 y A 6915 del BCRA que restringen el acceso al mercado libre de cambios estableciendo topes para la adquisición de dólares estadounidenses por parte de las personas humanas residentes en el país, y normativa concordante, no surge excepción a los depósitos judiciales.

Finalmente si bien se reconoce facultades en el juez concursal para preservar la intangibilidad de los fondos percibidos por la quiebra, se descarta la posibilidad de otros tipos de inversiones para la adquisición de moneda extranjera, limitada la adquisición por restricciones cambiarias, cuya constitucionalidad no fuera cuestionada.

FUNDAMENTACIÓN

Subyace un punto de conexión de los recurrentes planteos alrededor de la temática de la distribución de dividendos, y a las objeciones constitucionales a las normas que vedan las actualizaciones en nuestro derecho, y es el fenómeno distorsionador de la inflación, con su cara visible en el envejecimiento de la moneda nacional o de curso legal.

Fue puesto en claro inclusive en el precedente Blockbuster comentado, donde el Dr. Cosentino expresara: “tanto la propuesta de la sindicatura de una distribución en dólares estadounidenses como su planteo de inconstitucionalidad de los artículos 7 y 10 de la ley 23.928, buscan una recomposición del valor de las acreencias concursales oportunamente reconocidas”²³⁸

Prosigue el mismo fallo acerca de que las normas objetadas constitucionalmente consagran un nominalismo desfasado de la “realidad económica” que muestra la pérdida de valor adquisitivo del peso, con niveles de inflación altos y persistentes y con fuerte devaluación frente al dólar estadounidense.

Asimismo ponderó los efectos de la pandemia y las medidas tomadas para su regulación.

Puntualizó como determinante la diversidad de contexto social y económico del tiempo de sanción de las normas cuestionadas (año 1991 y año 2002), y el actual.

Se trata de cuestión que excede el marco legal que pretende regularla de

238 “Blockbuster Argentina S.A. S/Otros - Quiebra S/Incidente de distribución de fondos”, de fecha 17/02/2021.

manera persistente cuando el contexto real, fáctico y normativo carece en absoluto de estabilidad, siendo que la moneda, su poder adquisitivo, como la sangre al cuerpo humano, circula en la vida económico financiera determinando todos los valores relativos.

Así en el tema concurren normas especiales concursales como el artículo 127 LCQ que determinaría la liquidación en moneda nacional con una finalidad de valorización ecuaníme, de cumplimiento auto frustrante.

Luego las normas especiales cambiarias y monetarias, las que prevalecerían desde cierto punto de vista.

Ahora bien, el envilecimiento de la moneda provoca en forma directa la lesión de derechos y garantías constitucionales y convencionales, lo que hace procedentes los planteos de inconstitucionalidad para el caso a resolverse, dentro de su contexto, tiempos y marcos jurídicos. Así la inconstitucionalidad de las normas de los artículos 7 y 10 de la ley 23928, pero también la inconstitucionalidad de la norma del artículo 127 en caso de vulnerar otros principios y garantías.

Entre los principios concursales a integrar:

- LA PAR CONDITIO CREDITORUM

Amén de la limitada entidad que conserva el principio tradicional del derecho concursal, a manos de un régimen de privilegios que relegara al mismo a su aplicación entre los acreedores quirografarios (sólo para los que menos percibirán), lo cierto es que si un beneficio se extiende a la generalidad de los acreedores no habría afectación de principio.

- PRINCIPIO DE OPTIMIZACIÓN DEL PATRIMONIO

La regla del reparto en la quiebra debe ser siempre el mejor resultado posible para el acreedor, ya que ese es el objeto del proceso falencial, plasmado como principio de maximización del activo de la quiebra, implícito en las medidas cautelares, de incautación, acciones rescisorias, etc.

Existiendo dólares en la cuenta de la quiebra, su conversión en pesos contraría los intereses y los derechos de los acreedores, produciendo una pérdida innecesaria a los mismos.

- PRINCIPIO DE REPARACIÓN PLENA.

Es el modo reparatorio que la ley de Concursos y Quiebras admite exclusivamente para los acreedores (artículo 142 in fine, que sólo veda la indemnización para los terceros). El artículo 159, exige atender a la “debida protección del crédito”, contrario al agravamiento del perjuicio

que la insolvencia ya infligiera.

La excesiva duración del proceso liquidativo impone violación a la garantía de plazo razonable (art. 8 de la CADH).

El principio de reparación plena ha sido consagrado en el Código Civil y Comercial de la Nación.

CONCLUSIÓN

Ni la tenencia ni el pago de una deuda con dólares, están prohibidos ni son irregulares.

La tenencia de moneda extranjera es un derecho de cualquier persona que habita el país.

La cuestión generada con causa común en el envilecimiento de la moneda debe ser resuelta con aplicación del principio de realidad jurídica que debe contemplar la optimización del activo falencial, evitar el perjuicio que provocaría innecesariamente la conversión de la divisa cuando la quiebra ya la posee, superando el encorsetamiento a que la sometieran normas dictadas para diverso contexto necesariamente cambiante dentro de las reglas del control de constitucional limitado al caso y como última ratio.

El principio de realidad jurídica reposa sobre la universal regla “Rebus sic stantibus”.



Posibilidad de la cooperativa de trabajo de resultar adquirente por compensación de los créditos laborales de sus integrantes

Por Gabriela Fernanda Boquin y Virna Bergoglio

Colegio de Abogados de San Martín

Ponencia:

La posibilidad de la cooperativa de trabajo de resultar adquirente por compensación de créditos es una medida de discriminación positiva que debe ser encuadrada en el art. 75 inc. 23 de la Constitución Nacional.

Introducción

Un reciente informe de encuesta nacional publicado en diciembre del 2020²³⁹ elaborado por la UBA y la Universidad Nacional Arturo Jauretche titulado “Cooperativas de Trabajo y empresas recuperadas durante la pandemia: impacto sanitario y productivo y alcances de las medidas de asistencia del Estado”²⁴⁰ consideró que el 86 por ciento están activas a pesar de la pandemia

Esto se debió al elevado número de cooperativas que realizan actividades esenciales. Y en algunos casos a que se reconvirtieron, como por ejemplo las textiles que pasaron a fabricar barbijos y ropa para el personal de salud, o el caso de algunas que con autorización del ANMAT comenzaron a fabricar alcohol en gel y hasta test de antígenos para detectar el Coronavirus.

La ley 24. 522 reconoce a las cooperativas de trabajo para la continuidad de la explotación de la fallida y la cierta posibilidad de, previa compensación de los créditos provenientes de los trabajadores que la integran, adquirir mediante compensación los activos la deudora.

²³⁹ Se puede consultar en el siguiente sitio <https://www.recuperadasdoc.com.ar/>

²⁴⁰ Fue hecha por el programa Facultad Abierta de la Facultad de Filosofía y Letras (UBA) junto a la Universidad Nacional Arturo Jauretche, el Instituto Nacional de Asociativismo y Economía Social (INAES).

Este suceso es quizás el que más rispideces genera en la doctrina, por lo cual teniendo en cuenta las distintas posiciones trataremos de volcar una interpretación de las normas en juego.

Un derecho contemplado por la ley

Los arts. 203 bis, 205 y 213 LCQ. establecen un modo y un procedimiento de venta específico cuando la adquirente es la cooperativa de trabajo conformada por ex dependientes de la fallida. En tal caso dicho ente no participa como un oferente más sino que puede solicitar la venta directa de los bienes.

El artículo 203 bis establece que los trabajadores reunidos en cooperativa de trabajo están habilitados para solicitar la adquisición de los bienes.

A tal fin, la norma remite a los incisos 1 y 2 del artículo 205. El inciso 2 dice: *“En todos los casos comprendidos en el presente artículo (se refiere a la venta de la empresa, o de uno o más establecimientos) la cooperativa de trabajo podrá realizar oferta y requerir la adjudicación de la empresa al valor de tasación de acuerdo al inciso anterior”*.

Tal forma de adjudicación excluye expresamente el proceso de subasta pública o de licitación, al que se refieren los siguientes incisos del 205, que no están mencionados en el artículo 203 bis. El hecho de que la remisión que realiza esta norma se restrinja a los incisos 1 y 2 del artículo 205, deja en claro la inaplicabilidad de los incisos sucesivos, que se refieren a los procesos de liquidación por subasta judicial o por licitación. En vista de ello, queda claro que la forma de adjudicación a las cooperativas, es un supuesto **distinto** de aquéllos, y que se realiza en forma **directa**.

El art. 205 LCQ en su inc. 1 específicamente ordena que luego de realizada la tasación de aquello que se proyecta vender, debe correrse vista a la cooperativa de trabajadores de esa estimación. A su vez, el inc. 2 de la norma referida, establece que la cooperativa de trabajo podrá realizar oferta y requerir la adjudicación al valor de tasación. ¿Cuál es su finalidad? Otorgar a la cooperativa la posibilidad de eventualmente **cuestionar** la valuación para luego realizar la oferta. Este derecho es irrenunciable atento a que resulta protectorio de la cooperativa integrada por los trabajadores ex dependientes de la fallida (art. 12 LCT). El interés de la cooperativa como posible adquirente en el proceso es velar porque la estimación del valor de los bienes no sea superior al valor real, pues, como se dijo, es un potencial adquirente²⁴¹.

241 CN Com Sala B “ Industrias Ganaderas Inga S.A. s/ Quiebra”, 8/9/2015



Por otra parte, el art. 213 en su actual redacción expresamente contempla la posibilidad de que los bienes sean vendidos a la cooperativa de forma directa.

La ley 26.684 modificó el texto del citado artículo, de modo que ahora dispone: *“El juez puede disponer la venta directa de bienes, previa vista al síndico, a la cooperativa de trabajo para el caso de que ésta sea continuadora de la explotación, cuando por su naturaleza, su escaso valor o el fracaso de otra forma de enajenación resultare de utilidad evidente para el concurso”* .

Tal forma de adjudicación excluye el proceso de subasta pública o licitación.

Es decir que la cooperativa que es continuadora de la explotación -y además está conformada por ex dependientes de la fallida- cuenta con el amparo de un régimen especial que consagra la norma mencionada y que le permite adquirir en la quiebra los bienes de manera directa, protección esta de la que no gozan otros terceros.

De ello se deriva que, en principio, debe darse preeminencia al análisis de la propuesta de compra presentada por la entidad que es continuadora de la actividad y sólo luego, en el supuesto de que la operación no pudiera concretarse, podría recurrirse a un llamado a mejora con base en la propuesta presentada por el otro oferente.

De este modo una interpretación según la cual la cooperativa de trabajo podría comprar en forma directa **solamente** cuando (i) por la naturaleza de los bienes, (ii) su escaso valor, o (iii) el fracaso de otra forma de enajenación, resultare de utilidad evidente para el concurso, es irrazonable ya que no era necesario reformar la ley concursal para llegar a esa conclusión.

Según el texto anterior, cualquier sujeto -y por ende, incluso la cooperativa de trabajo- podía comprar en forma directa bienes invendibles. En cambio, la reforma amplificó la enumeración anterior para agregar el caso de la venta directa a la cooperativa de trabajo.

La interpretación que puede hacerse en contrario desvirtúa el espíritu de la ley y aparece reñida con las restantes normas que integran el sistema pues la reforma efectuada mediante la ley 26.684 tuvo como fundamento -como se verá más adelante- favorecer la continuidad de la explotación por parte de los ex dependientes de la fallida y preservar las fuentes de trabajo involucradas. Ello tal como surge del mensaje de elevación del Poder Ejecutivo según el cual el proyecto de reforma *“..contempla priorizar la subsistencia de las empresas, para asegurar la continuidad de su producción y la generación de empleos, dando esa posibilidad a las cooperativas de trabajo”*.



“El mayor beneficio de lograr tales objetivos, será para la Nación Argentina, al contribuir a preservar el aparato productivo del país, con la consiguiente conservación de puestos de trabajo estables, valorando la capacidad y experiencia de la mano de obra”. Finalmente, concluye: “Para llevar adelante lo propuesto precedentemente, se proponen diversas modificaciones a la Ley N° 24.522, entre las que se destaca la admisión de las cooperativas de trabajo como posibles sujetos continuadores de la explotación de la empresa concursada, privilegiando los bienes necesarios para tal fin”²⁴².

Restringir la venta directa del artículo 213 a las cooperativas de trabajo cuando los bienes son invendibles o de escaso valor no mejora el derecho de los trabajadores a adquirir los activos falenciales, **que fue el fin perseguido por la reforma de la Ley 26.684.**

Lo opuesto a ello vaciaría de contenido los artículos 203 bis, 205 inc. 1 y 2 y 213 de la Ley de Concursos y Quiebras reformada y su finalidad tal es mantener la fuente de trabajo.

Por otra parte, la finalidad de la ley resulta concordante con el artículo 14 bis de nuestra Carta Magna como con otras disposiciones provinciales como la Constitución de la Provincia de Buenos Aires. Según lo establecen distintos artículos de ese cuerpo legal, la Provincia debe propiciar el pleno empleo estimulando la creación de nuevas fuentes de trabajo al que considera un derecho y un deber social (art. 39), promueve la eliminación de obstáculos económicos (art. 36), asegura a sus habitantes el derecho a la libertad de trabajo, industria y comercio (art. 27) y tiene el deber de promover el desarrollo integral de las personas garantizando la igualdad de oportunidades (art. 11).

La posibilidad de la cooperativa de comprar solo algunos bienes.

Otro punto en debate sobre el tema se centra en la posibilidad que tiene la cooperativa de adquirir sólo algunos bienes de la fallida y no el totum en block

Para dilucidar una respuesta adecuada a este interrogante volvemos al punto de inicio: la reforma efectuada a la ley de concursos y quiebras mediante la ley 26.684, tuvo como eje -entre otros aspectos- proteger el mantenimiento de la fuente de trabajo (arts. 189, 190; 191 y concs. LCQ.).

242 Cfr. Mensaje de Elevación del Poder Ejecutivo, en “Antecedentes Parlamentarios, Ley 26.684- Reforma a la ley de concursos y quiebras. Agosto 2011. N° 7, La Ley, pág. 56

La culminación y la concreción de esa finalidad puede verificarse mediante la adquisición de los bienes de la fallida por parte de la cooperativa para continuar con el emprendimiento. Ello es así pues al adquirir los bienes cesa el estado -en cierto modo precario- de las condiciones en las que se lleva a delante la continuación de la explotación y el estado de incertidumbre al que está sujeta esa continuación en la medida que está ceñida a las contingencias de un proceso judicial no concluido.

La operación de venta directa tal como lo establecen los arts. 203 bis, 205 inc. 1 y 2 y 213 tienen como finalidad primordial asegurar el mantenimiento de las fuentes de trabajo de los ex dependientes de la fallida al dotar de modo definitivo a la cooperativa de los medios para continuar con la actividad.

En esta inteligencia, distintas Salas de la Cámara del fuero comercial - como más abajo expondremos - reiteradamente señalaron que resultaba posible que la cooperativa conformada por ex trabajadores de la fallida mediante una operación de compra **parcial**, adquiriera **solamente los bienes que resultan adecuados para continuar con su actividad**²⁴³.

Sin dudas debemos considerar el viejo adagio de nuestro sistema legal acerca de lo que no está prohibido está permitido, no existiendo norma alguna que vede a la cooperativa a proceder eligiendo unos activos y descartando otros.

De ello se sigue que la circunstancia relativa a que la propuesta de compra contemple una oferta sobre algunos bienes, no es óbice para su admisibilidad.

La distinción o la igualdad de trato entre los acreedores laborales que integran la cooperativa y aquellos que no la integran

Otro tema álgido resulta de la preferencia de unos trabajadores por sobre otros. Esto es los que integran la cooperativa respecto de los que no. Pero esta discriminación a la inversa surge de la mutación del sistema que produjo la ley 26.684 la cual fue la más profunda que sufrió la ley 24.522 desde su sanción.

Tan intensa fue la reforma que introdujo un nuevo principio o eje

²⁴³ “Polimec S.A. s/ Quiebra s/ Incidente de venta” (FG n° 114676) dictamen n° 135186 con fallo de la Sala C de fecha 24.5.2012 que remite a sus fundamentos; “Luis del Valle Murua S.A. s/ Quiebra” (FG n° 1120402); “Rabbione su Transporte S.A. s/ Incidente de realización de bien inmueble (Monasterio - Los Patos)” (FG n° 122161) dictamen n° 140990 con fallo de la Sala B de fecha 13.2.2014 que remite a sus fundamentos; “Rabbione su Transporte S.A. s/ Incidente de realización de bien inmueble (Monasterio - Los Patos)” (FG n° 124510) dictamen n° 143207 con fallo de la Sala B d efecha 23.10.2014 que remite a sus fundamentos

fundamentalista y de justificación del proceso concursal. “La salvaguarda de la fuente de trabajo” o “la subsistencia de la empresa por la supervivencia de los empleos que involucra” se erigió como un pilar del sistema, desjerarquizando los dos principios clásicos que desde siempre inspiraron al proceso falencial.

Hasta ese momento y desde leyes antecesoras (19.551 y 24.522) los dos principios rectores que justificaban al ordenamiento concursal eran la protección adecuada del crédito (que suponía el tratamiento igualitario de los acreedores de una misma clase) y la conservación de la empresa. A través de la ley 26. 684 se agregó un nuevo principio: la salvaguarda de las fuentes de trabajo consagrado en forma expresa en los art. 189 y 191 e implícitamente en todo el texto de la reforma.

Este es un nuevo principio, pues así lo indica la tesis de la reforma, otorgándole una mayor participación a los trabajadores de la concursada en su concurso preventivo con una única finalidad: posibilidad de continuar la explotación ante el fracaso del empresario que deriva en la quiebra, intentando con esta herramienta la preservación de los puestos de trabajo involucrados en el emprendimiento.

Así la modificación les brindó a los trabajadores mayor o más específica información sobre el curso del proceso (cartas certificadas, publicidad especial de la audiencia informativa, deberes específicos de información impuestos al síndico en el periodo informativo y posibilidades de intervención y/ o participación en el trámite (compulsa de créditos verificados y su documentación , integración de comité de control, participación de la audiencia informativa, participación regulada especialmente en el cramdown, especiales condiciones para la cooperativa por ellos integrada y contemplación discriminada a su favor en caso de contratos que permitan el uso del establecimiento o continuidad atípica (art. 187 LCQ).

Como puede verse, los otros dos principios basales han sufrido paralelamente con el ingreso del nuevo un menoscabo en cuanto su importancia o relevancia en el proceso, **pues ante la posibilidad de compensación de los créditos laborales al momento de la liquidación se le otorga una “preferencia” o “trato diferenciado” a los acreedores laborales que decidieron conformar la cooperativa por sobre los que no la integran.** Por su parte, el principio de la conservación de la empresa fue alterado en tanto que ahora deberá distinguirse a su respecto de quienes sean sus administradores pues si bien la continuidad de la explotación regulada en el art. 189 y ss. tiende a ello por otra vía, es claro que por el ingreso al sistema del art. 48 bis el legislador pretende optar o privilegiar la conservación en manos de los trabajadores o acreedores laborales más que en manos de sus administradores naturales.



Por ello, la cuestión atinente a que en el caso existen trabajadores que no integran la cooperativa no impide el tratamiento de la oferta en los términos de los arts. 203 bis, 205 y 213 LCQ pues la ley ha decidido permitirles la compensación de sus créditos a través de la cesión solo a los integrantes del ente propugnando la preservación de las fuentes de trabajo en consonancia a la protección que hace los mismos el art. 14 bis de la Constitución Nacional .

Algunos casos emblemáticos

Veamos algunos:

En relación a la posibilidad de la cooperativa de resultar adquirente por compensación, se ha propuesto una interpretación normativa que no vacíe de contenido la reforma de la ley 26.684 que privilegia la adquisición de los bienes por parte de los trabajadores conformados en cooperativa.

A veces el ejercicio de este derecho de compra por compensación puede hacerse efectivo en la práctica sólo sobre bienes o maquinarias obsoletos cuando los empleadores se desprenden de inmuebles u otros bienes de valor con suficiente anterioridad al decreto de quiebra, limitando la posibilidad de los trabajadores de accionar sobre los mismos.

En cuanto al valor de compensación se ha aconsejado computar ampliamente los créditos laborales y determinar el valor a compensar sin recurrir a cálculos ni proyectos de eventuales dividendos o prorratas

En este sentido se ha afirmado que no resulta necesario que resulte oferente por todos los bienes de la fallida, permitiéndose la compra parcial.

Asimismo se han propuesto alternativas a la venta en block de un mismo bien (por ejemplo mediante la subdivisión de parcelas)²⁴⁴.

También se autorizó la compra mediante compensación con los créditos laborales sin exigir el pago a otros trabajadores, computando la totalidad de los créditos de los integrantes de la cooperativa y no un posible dividendo concursal a percibir, no pudiendo los créditos laborales verse mermados por cálculos o proyecciones de posibles dividendos²⁴⁵.

Por otra parte se ha considerado que no puede limitarse la posibilidad de compensación del crédito hasta cierto monto aún de existir otros acreedores laborales que no integren la cooperativa, debiendo computarse

244 CNCom Sala C “Grintek S.A. s/ quiebra”, 10/11/2016.

245 “Soda Corbelle S.R.L. s/ Quiebra” Dictamen n° 150086. Sentencia 6/7/2017 de la Sala E CNCom, en el Expte. n° 112003/2001 “Nostarco S.A.I.C. s/ Quiebra” Dictamen n° 14913, con fallo de la Sala D de fecha 28/4/16 que remite a sus fundamentos, Expte N° 13371/2012, Underlean SRL s/ quiebra, dictamen 150281 con sentencia de fecha 13/7/2017 de la Sala F y en el Expte. n° 20091/2014 “Ramos Hnos. s/ Quiebra s/ incidente de enajenación de la empresa en marcha” Dictamen n° 147549, con sentencia de la Sala B de fecha 5/7/2016

el privilegio general y/o el especial También se admitió la adquisición de los activos sin sujetar la misma al pago de cánones adeudados²⁴⁶. Se ha admitido la posibilidad de integrar la masa compensable con créditos cedidos por ejemplo los pertenecientes a la obra social o sindicato de los trabajadores integrantes de las cooperativas²⁴⁷.

En relación a los gastos a incurrir por la cooperativa a los fines de ejercer sus derechos compensatorios a los fines de la adquisición de bienes se ha resuelto que los mismos no pueden ser excesivos de modo que se impidan adquirir dichos bienes por compensación con totalidad de los créditos de los integrantes. Otras exigencias como por ejemplo certificación de firmas en tanto la evidente finalidad del art. 203 LCQ es evitar que los trabajadores incurran en gastos innecesarios, tal como sucede en el fuero laboral mediante el otorgamiento de acta poder ante la Cámara del Trabajo. En este orden se ha considerado también que los honorarios que en definitiva se establezcan a cargo de la cooperativa no deben resultar excesivamente onerosos a fin de evitar que se frustre la finalidad de la venta directa que es posibilitar el mantenimiento de las fuentes de trabajo.²⁴⁸

El derecho de los cooperativistas debe ejercerse sin condicionamiento a exigencias adicionales a las previstas legalmente como, por ejemplo, la inexistencia de interesados, poco valor de los bienes o fracaso de venta anterior o utilidad evidente²⁴⁹.

A los fines del ejercicio de la opción de compra por compensación por parte de la cooperativa la ley no prevé ni exige el llamado a mejoramiento de oferta²⁵⁰.

Tampoco se exige a los fines del ejercicio del derecho de compra por compensación, la continuación de la explotación por parte de la cooperativa por no resultar un requisito exigido ni por el art. 203 bis. ni por el art. 205 inc. 1 y 2 LCQ y por no resultar siempre posible que dicha continuación se realice en forma inmediata sino recién adquiridos los bienes²⁵¹.

246 Nostarco S.A.I.C. s/ Quiebra” Dictamen n° 14913, con fallo de la Sala D de fecha 28/4/16

247 Así se resolvió en el expte n° 1687/2008 “Lanci Impresores S.R.L. s/ Quiebra”, dictamen n° 147300, sentencia de la Sala B de fecha 22/4/2016

248 En este sentido se ha resuelto en el Expte N° 13371/2012, Underlean SRL s/ quiebra, dictamen 150281 con sentencia de fecha 13/7/2017 de la Sala F y y se ha propuesto en el expediente n° 46754/2008 “Soda Corbelle S.R.L. s/ Quiebra” por la fiscalía de Cámara Comercial en el dictamen n° 150086, seguido parcialmente en la sentencia de fecha 6/7/2017 de la Sala E CNCom

249 En este sentido se resolvió en autos en el expte. N° 39756/2008 “Grintek S.A. s/ quiebra”, dictamen n° 148885. Sentencia 10/11/2016 de la Sala C

250 Conforme se resolvió por ejemplo en el Expte. n° 52308/2000 “Industrias Ganaderas Inga S.A. s/ Quiebra” Dictamen n° 149122 Sentencia de fecha 23/11/2016 de la Sala B

251 En esta línea se resolvió en el expte n° 1687/2008 “Lanci Impresores S.R.L. s/ Quiebra”,

Se ha permitido a la cooperativa intentar instar una operación de compra directa de los bienes de la fallida a la vez que manifiesta su interés en obtener la expropiación de esos bienes considerando que una pretensión no obsta a la otra y que, llegado el momento, la cooperativa podrá elegir por ejercer la facultad que estime apropiada²⁵².

Conclusiones

Todas las diferencias remarcadas en los casos emblemáticos y cuestiones analizadas a lo largo de esta ponencia pueden llevar a considerar que la ley hace una discriminación respecto de los trabajadores que integran las cooperativas y los trabajadores.

Afirmamos y reconocemos estas diferencias en el trato pero encuadramos las mismas en las previsiones del art. 75 inc. 23 de nuestra Carta Magna pues integrantes de las cooperativas claramente son sujetos vulnerables que en el marco de la crisis generada por la insolvencia son los mas dañados o los que menos herramientas cuentan para superar las consecuencias del estado falencial de si empleadora.

La discriminación positiva o a la inversa es la única manera de reparar la igualdad sustancial entre acreedores perdida por la quiebra.

dictamen n° 147300, sentencia de la Sala B de fecha 22/4/2016.

252 En tal sentido se resolvió en el Expte N° 13371/2012, Underlean SRL s/ quiebra, dictamen 150281 con sentencia de fecha 13/7/2017 de la Sala F.



Posible locación o contrato de comodato por parte de la cooperativa de trabajo

Por Virna Bergoglio y Gabriela Fernanda Boquin

Colegio de Abogados de San Martín

PONENCIA:

La ley regula la posibilidad de contratar con la cooperativa de trabajo. Los contratos que se celebren deben ser lo suficientemente flexibles y adecuados para no frustrar la finalidad de la ley

INTRODUCCION

En algunos casos la actuación de la cooperativa en inmuebles o plantas de la fallida se formaliza a través de contratos de locaciones, los que le generan una estabilidad legal para su operatoria comercial y le permite celebrar contratos, presentarse en licitaciones o realizar inversiones.

Tal posibilidad surge de lo dispuesto en el artículo 187 de la ley 24.522 que establece:

“De acuerdo con las circunstancias el juez puede requerir que se presenten diversas propuestas mediante el procedimiento que estime más seguro y eficiente y que se ofrezcan garantías.

La cooperativa de trabajo de trabajadores del mismo establecimiento podrá proponer contrato. En este caso se admitirá que garantice el contrato en todo o en parte con los créditos laborales de sus asociados pendientes de cobro en la quiebra que éstos voluntariamente afecten a tal propósito, con consentimiento prestado en audiencia ante el juez de la quiebra y con intervención de la asociación sindical legitimada.

La sindicatura fiscalizará el cumplimiento de las obligaciones contractuales. A estos fines, está autorizada para ingresar al establecimiento para controlar la conservación de los bienes y fiscalizar la contabilidad en lo pertinente al interés del concurso.

Los términos en que el tercero deba efectuar sus prestaciones se consideran esenciales, y el incumplimiento produce de pleno derecho la resolución del contrato.



Al vencer el plazo o resolverse el contrato, el juez debe disponer la inmediata restitución del bien sin trámite ni recurso alguno”.

FUNDAMENTOS

Lo primero que debemos preguntarnos es que finalidad contiene la norma: la protección de los bienes? Obtener una renta? O conservar las fuentes de trabajo involucradas en ese contrato?

Creemos que todos los interrogantes pueden ser una respuesta lógica al decidírnos en el como interpretar la norma

Lo cierto es que de todas estas finalidades debe prevalecer, en caso de conflicto, aquella que sea más adecuada al principio por excelencia que protege el ordenamiento jurídico en su integridad: PRINCIPIO PRO OMINE

Así, y ya analizando la cuestión desde el punto de vista de la literalidad normativa observamos que en ningún momento el artículo hace mención a las condiciones del contrato, salvo a las garantías lógicas a pedir para proteger el activo de la fallida. La norma no establece que el contrato deba ser oneroso, con lo cual, nada impide que se trate de un comodato. Lo cierto es que no existen casos conocidos de comodato de la planta fabril ²⁵³, aunque nada lo impide.

Ahora bien también es cierto que si consideremos que el artículo 187 es una derivación del art. 186 que especifica que con el fin de obtener frutos el síndico puede convenir la locación de los bienes de la fallida entonces el contrato será oneroso.

Entonces como compatibilizamos las distintas finalidades de las normas conforme los parámetros de interpretación integral contenida en el artículo 2 del Código Civil y comercial de la Nación?

Una respuesta apropiada sería apreciar que en aquellos casos en los que la cooperativa utiliza los bienes de la fallida para su actividad, puede fijarse una suerte de compensación a la quiebra. Más el importe en cuestión no consiste en la contraprestación de una locación lisa y llana, sino en una compensación por la utilización de los bienes, la que adicionalmente, no puede tener una magnitud tal que se convierta en un impedimento para cumplir la finalidad de la ley, que es proteger las fuentes de trabajo por medio de la continuación de la explotación de la empresa.

En efecto, en primer lugar debe tenerse en cuenta que dicha retribución no se fija de acuerdo a criterios de mercado sino que, para establecer el quantum de esa compensación hay que tener en cuenta diversos parámetros tales como el nivel de producción, los ingresos y egresos de la coope-

²⁵³ Así lo solicitaron tácitamente los integrantes de la Cooperativa “Tres Arroyos SA s/ concurso preventivo” aunque luego culminaron acordando una locación con el propietario de los bienes ya que no se había llegado a la declaración de la quiebra.

rativa, el porcentaje sobre el valor de los bienes, los valores de mercado, la conveniencia del mantenimiento de los bienes, entre otros²⁵⁴.

Cuando la Cooperativa se encuentra en funcionamiento, utilizando para su actividad los bienes de la fallida, el monto del canon en cuestión debería fijarse como si se tratase de una suerte de compensación a la quiebra por la utilización de dichos bienes pero al mismo tiempo no debería impedir la continuación con la explotación de la empresa.

En definitiva, para la determinación del canon locativo, habría que tener en cuenta el hecho de que no se está persiguiendo un fin lucrativo sino que lo que se intenta es cumplir con la finalidad de la ley 24.522, tal como ha quedado luego de la reforma efectuada por la ley 26.684, y así proteger las fuentes de trabajo.

Se debe aclarar que en estos casos hay una continuidad impropia de la explotación de la fallida pues no se trata de los casos típicos regulados en el art. 189 a 197 LCQ. Es decir se autoriza un contrato para usar los bienes de la fallida pero sin continuidad de la explotación propiamente dicha. Por ende no le caben los recaudos exigidos en este último caso.

Así para celebrar contratos respecto de los bienes de la fallida se debe contar con la pertinente autorización judicial pero a la cooperativa de trabajo, si bien debe estar integrada por dependientes de la deudora, no le resulta exigible la condición de que la integración sea de por lo menos las dos terceras partes del personal. Tampoco debe presentar un plan de explotación, ni proyecciones del mismo.

A esta altura del desarrollo de los fundamentos, se puede apreciar que la idea de las ponentes es flexibilizar los recaudos y hacer una interpretación favorable a la cooperativa.

¿Por qué? Pues por la manda contenida en el artículo 14 bis de la Constitución Nacional, las previsiones de la Recomendación 189 de la OIT y el principio in dubio pro operario que si bien nace de la ley de Contrato de Trabajo y se encuentra descripto en el art. 9 de esa normativa no deja de ser aplicable a los concursos y quiebras pues todo el sistema legal que se construye en base a principios y valores debe centralizarse en el principal sujeto de protección: los seres humanos que le dan su razón de ser.

254 Cfr. dictamen nro. 156.383 del 11/10/2019 en autos “Establecimiento Gráfico Vulcano S.A. s. quiebra” con fallo coincidente de la Sala B del 5/11/19 que remite a sus fundamentos y dictamen 483/2020 8/9/2020 “AACHEN S.A.C.I. s/ quiebra”.



La vulnerabilidad de los integrantes de las cooperativas

Por Gabriela Boquin y Virna Bergoglio

Colegio de Abogados de San Martín

PONENCIA

Las autoras postulan el carácter de vulnerables de los integrantes de las cooperativas aplicándosele por ende la protección que tales colectivos merecen por parte del sistema judicial

INTRODUCCIÓN

Desde hace un tiempo que nuestro derecho, la jurisprudencia y la doctrina trata, resuelve y analiza las situaciones en las cuales se encuentran involucrados vulnerables.

Pero lo cierto es que mientras se los reconoce en muchos precedentes judiciales como sujetos de especial tutela, en otros se los ignora considerando que el derecho positivo debe traer soluciones específicas y concretas para ellos, sin que basten Tratados de Derechos Humanos que consagren especialmente su protección, haciendo primar de esta manera la letra fría de una ley inferior por sobre cláusulas supraliberales²⁵⁵, o respecto de compromisos internacionales asumidos por nuestra República apreciando que los mismos son normas programáticas y no operativas²⁵⁶, desplazándose lo dispuesto por el artículo 2 del Código Civil y Comercial de la Nación²⁵⁷.

Los vulnerables, la jurisprudencia y nuestro derecho positivo

Las 100 reglas de Brasilia sobre acceso a la Justicia de las personas en condiciones de vulnerabilidad, adoptada por Acordada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación 5/2009 establece en su exposición de motivos que el sistema judicial se debe configurar como un instrumento

255 Artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional

256 CSJN voto de la mayoría en “Asociación Filantrópica Francesa / quiebra s/ incidente de verificación de crédito por L.A.R. y otros” 6 Noviembre 2018

257 ARTÍCULO 2º.- Interpretación. La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento.

para la defensa efectiva de los derechos de las personas en condición de vulnerabilidad y si bien trató sobre el acceso a la justicia efectivo de este tipo de poblaciones o personas en la Sección segunda al establecer los beneficiarios de las Reglas se introduce en la cuestión del concepto de vulnerabilidad de las personas humanas.

Así, considera en condición de vulnerabilidad a aquellas personas que por razón de su edad, género estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de Justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico.

Luego hace una enumeración que no es taxativa apreciando como causas de vulnerabilidad la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas o a minorías, la victimización (el acreedor involuntario), la migración, el desplazamiento interno, la pobreza, el género y la privación de libertad.

El anteproyecto de ley de defensa del consumidor expresamente considera la vulnerabilidad estructural de los consumidores en el mercado como un principio rector, para luego establecer en el art. 5.5 el principio de la protección especial para situaciones de vulnerabilidad. Así dispone que el sistema de protección del consumidor protege especialmente a colectivos sociales afectados por una “vulnerabilidad agravada”, derivada de circunstancias especiales. En particular consideran niños, niñas, adolescentes, personas mayores, enfermos o con discapacidad es entre otras. En tales supuestos el principio de protección se acentúa debiendo ser especialmente garantizados la educación, la salud, la información, el trato equitativo y digno, como la seguridad.

La ley orgánica del Ministerio Público Fiscal, en su artículo 2 cuando regula las Funciones del Organismo establece en el inciso e) la intervención necesaria ante conflictos en los que se encuentre afectados de manera grave el acceso a la Justicia por la especial vulnerabilidad de laguna de las partes o la notoria asimetría entre ellas, lo que reitera en el artículo 31 al normar la actuación de los fiscales en materia no penal en el inciso b) determina que debe peticionarse en las causas en trámite cuando se trate una manifiesta asimetría entre las partes.

La Corte, muy recientemente²⁵⁸ en el fallo “García María Isabel c/ AFIP s/ acción meramente declarativa de inconstitucionalidad” manifiesta que la vulnerabilidad precisa de una igualdad sustancial lo que produce un tratamiento diferenciado por el estado de mayor vulnerabilidad de un sujeto, delineando de esta manera que el mismo es un concepto variado, relativo y dinámico. En ese caso apreciando la mayor vulnerabilidad de la actora por su avanzada edad y enfermedades que sufría) consideró que

258 26 de marzo del 2019



es lógico que el legislador no pueda contemplar las múltiples situaciones de vulnerabilidad en una ley, pero que tampoco puede unificarse consecuencias legislativas ante realidades distintas. Es que si hablamos del principio de igualdad ante la ley tenemos que considerar que ese tratamiento igualitario se aplica a sujetos iguales, es decir a individuos que se hallan en una razonable igualdad de circunstancias.

Citando a Bidart Campos el Tribunal Supremo en ese trámite destacó “que la reforma constitucional introducida en 1994 dio un nuevo impulso al desarrollo del principio de igualdad sustancial para el logro de una tutela efectiva de colectivos de personas en situación de vulnerabilidad, estableciendo “medidas de acción positiva” traducidas tanto en “discriminaciones inversas” cuanto en la asignación de “cuotas benignas”, en beneficio de ellas. Es que en determinadas circunstancias, que con suficiencia aprueben el “test de razonabilidad”, resulta constitucional favorecer a determinadas personas de ciertos grupos sociales en mayor proporción que a otras, si mediante esa “discriminación” se procura compensar y equilibrar la marginación o el relegamiento desiguales que recaen sobre aquellas (...) se denomina precisamente “discriminación a la inversa” porque tiende a superar la desigualdad discriminatoria del sector perjudicado²⁵⁹

Podemos quizás simplificar el concepto considerando como tal a una persona humana que es más propensa a ser dañada por determinado acto, o menores son sus posibilidades de recuperarse ante el perjuicio causado o que este tiene una mayor magnitud por los efectos ocasionados a este sujeto en particular.

Florencia Luna, investigadora del Conicet y Flacso, en su trabajo “Vulnerabilidad: la metáfora de las capas”²⁶⁰ dice que el concepto de vulnerabilidad está estrechamente relacionado a las circunstancias, a la situación que se está analizando y al contexto. No se trataría así de una categoría, rótulo o una etiqueta. Pensar que alguien es vulnerable es considerar que una situación es específica puede convertir o hacer vulnerable a una persona. En este sentido trabaja sobre el concepto de capas de vulnerabilidad pues ayuda a trabajar mejor los aspectos evaluativos y descriptivos de la situación. Además, agrego, permite diferenciar la vulnerabilidad de la hipervulnerabilidad.

Lorenzetti en la Edición de Infobae del 14 de abril del 2019²⁶¹ en un artículo titulado “Los vulnerables” consideró que la igualdad debe ser un valor protegido, políticamente buscado y una aspiración constante de gobernabilidad apreciando que por esta razón es que la Constitución

259 Bidart Campos Germán, “Tratado elemental de derecho constitucional Argentino” 2000:2001, Editorial Ediar, Buenos Aires T I, pagina 80.

260 Publicado en Jurisprudencia Argentina, IV Fascículo n° 1, 2008 páginas 60/67.

261

Nacional establece la igualdad de oportunidades. Afirmó que una igualdad de puntos de partida o de recurso para que cada uno se pueda desempeñar en la vida, es factible desde el punto de vista económico y social

Todo lo expuesto resulta transversal a todo el ordenamiento jurídico y por ende también atraviesa a el sistema concursal, prueba de ello el tratamiento dado por la Corte en el caso “Institutos Médicos Antártida s/ quiebra s Incidente de verificación R.A.F y L.H.R de F”²⁶² o los votos en disidencia de los Dres. Maqueda y Rossatti en “Asociación Francesa Filantrópica y de Beneficencia s/ quiebra s/ incidente de verificación de crédito por L.A.R. y otros” en los cuales por la consideración de vulnerable del acreedor (menor discapacitado) se declara el jaque mate al sistema de los privilegios declarándose la inconstitucionalidad de los mismos.

Ya varios Jueces del fuero Comercial se han hecho cargo del concepto de vulnerable y de la necesidad de un tratamiento particular en los expedientes concursales, tal es el caso que se trató en la “Economía Comercial SA de Seguros generales y otro s/ quiebra s / incidente de verificación por Tules Yolanda Erminia”²⁶³ en el cual se declara el pronto pago de un crédito no laboral de un adulto mayor enfermo o en “Cortiñas Ignacio José Antonio S/quiebra”²⁶⁴ en el cual el Dr. Barreiro en un voto en disidencia valoró, para evitar la liquidación de una vivienda única, que el fallido era un adulto mayor, discapacitado; pero mientras la Corte Suprema de Justicia de la Nación no considere en todos y cada uno de los ámbitos en los cuáles los derechos de los vulnerables se encuentran vulnerados, la protección sólo será ilusoria o para unos pocos que logren conmovier a quien debe garantizarles el pleno goce de sus derechos en casos individuales.

Vulnerabilidad y cooperativas de trabajo

Entonces a esta altura cabe preguntarse: ¿los integrantes de las cooperativas pueden considerarse como grupos vulnerables?

Claramente son personas humanas que han decidido asociarse ante una situación límite: el quebranto de su trabajo formal, el cierre de la actividad de su empleadora, la pérdida de su fuente laboral, en definitiva, la ausencia de un sustento digno para sí y/o su grupo familiar.

Ante la ausencia de un salario digno, el quebranto de sus ingresos como consecuencia de la ausencia de trabajo por el abandono o quiebra de los empleadores es imposible considerar la existencia de una igualdad sustancial para hacer frente a la vida en sociedad entre los sujetos sometidos a tales condiciones y aquellos que no lo están. La vulnerabilidad surge ante la ausencia de un derecho humano básico que hace a su

262 26 <https://www.infobae.com/opinion/2019/04/14/los-vulnerables/de-marzo-del-2019>

263 CNCom SALA C 10/5/2018

264 CNCom Sala F 9/4/2019



dignidad: el trabajo digno.

“La preservación de la fuente de trabajo tiene una relación directa con el derecho al trabajo (art. 14 bis, 75 inc. 19 Constitución Nacional, art. 6 y 7 de Pacto Internacional de Derechos económicos, sociales y culturales, art. 6 y 7 del Protocolo Adicional de la Convención americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales; art. 39 Constitución de la provincia de Buenos Aires). Ese derecho impone al Estado deberes de respeto y también la obligación de adoptar medidas positivas concretas y orientadas a su realización como medio de asegurar condiciones de vida digna (Comité de derechos económicos sociales y culturales, Observación general 18, “Derecho al Trabajo” en especial párrafos 19 y 22; fallos 336:672 “Asociación de Trabajadores del Estado”, considerando 10)”²⁶⁵

En la mayoría de los casos los trabajadores se encuentran solos ante el desafío de la autogestión, deben afrontar las dificultades de un proceso complejo como es la quiebra para lograr ser reconocidos como continuadores de la explotación.

La misma ley 24. 522 - que si bien les reconoce ese derecho- les impone exigencias a cumplir casi impracticables para hombres y mujeres que se encuentran en una situación de desamparo y desesperación como lo es ver peligrar el ingreso que estaban habituados a tener. Ponemos como ejemplo de ello la situación que se da por lo dispuesto en el art. 190 de la ley de concursos y quiebras al exigirle a la cooperativa integrada por ex trabajadores de la empresa fallida que presenten en solo 20 días un proyecto de explotación conteniendo las proyecciones referentes a la actividad económica que desarrollaran. En un sistema en el cual al propio empresario que ha caído en default no se le exige un plan de negocios para someterse a un concurso preventivo, ofrecer pagar con esperas y quitas a sus acreedores a un grupo de asalariados que pretenden la autogestión de una empresa ya paralizada por el fracaso de sus gestores originarios se les impone antes de comenzar a trabajar proyecciones a futuro y un proyecto de explotación. Claramente esta singular exigencia discrimina insólitamente a los propios trabajadores que pretende proteger generando un obstáculo que puede implicar hasta un impedimento para acceder a un derecho reconocido legalmente. En definitiva una denegación de justicia a los vulnerables en franca contradicción a las 100 Reglas de Brasilia.

CONCLUSIONES

El Estado, en su concepción integral de tres poderes y el Ministerio Pu-

²⁶⁵ Dictamen del Procurador ante la Corte Dr. Víctor Abramovich “Norte Sociedad Anónima s/ quiebra” 30/10/2020.

blico Fiscal, no puede permanecer indiferente ante esta situación. Para igualar en derechos y garantías a todos sus ciudadanos y así, recién entonces, ir cerrando la brecha inhumana de diferencias, privilegios y exclusiones sociales. Por eso su responsabilidad para y con las cooperativas cobra mayor relevancia cuando se observa la vulnerabilidad de los sujetos que la integran.



Actualidad en materia de privilegios concursales y “discharge” del deudor fallido

Dra. Patricia Ferrer²⁶⁶

Abog. Martín Isidro Bilbao²⁶⁷

PONENCIA

Existe un cambio de paradigma en cuanto al régimen de privilegios por cuanto mediante la aplicación de normas “extraconcursales”, determinados acreedores, primigeniamente con un privilegio “menor” o sin privilegio, desplazan, a acreedores en mejor posición según la ley concursal.

Estos acreedores cuentan con un privilegio general, que resulta preferente a los acreedores con privilegio especial, modificando así el sistema implementado tanto en la Ley de Concursos y Quiebras como en el Código Civil y Comercial de la Nación.

La liberación del deudor quebrado como consecuencia de la rehabilitación, no sería atendible frente a estos acreedores con reconocimiento de derechos de indemnidad de jerarquía constitucional.

INTRODUCCIÓN

El régimen de privilegios es una excepción al régimen de igualdad entre los acreedores concursales. El legislador ha encontrado causas legítimas para otorgar prelación a ciertos acreedores mediante el otorgamiento de preferencias para el cobro.

Los privilegios adquieren relevancia una vez realizados todos los bienes del deudor. Si el producto de ellos alcanza para hacer frente a todos los créditos, no se plantea conflicto con relación al privilegio de estos. En cambio, cuando el total del activo liquidado es inferior al pasivo, deberá resolverse en qué orden se pagarán los créditos. De este modo

²⁶⁶ Abogada, Ex Juez de Cámara Civil y Comercial, Profesora Titular de Grado (Derecho Comercial II - Cat. II (UNLP), Directora de Posgrado D. Empresario (UNLP) y Directora de Actividad Jurisdiccional y Administración de Juzgados y Tribunales Colegiados (UNLP).

²⁶⁷ Abogado, Auxiliar Letrado Juzgado Civil y Comercial n°8 Quilmes, Adscripto de la Catedra II de D. Comercial II (UNLP).

se presentan los privilegios, como el derecho que opone el acreedor al resto de los acreedores, para cobrar con prelación, cuando el activo es insuficiente.

En materia concursal el régimen de privilegios es reconocido como un “orden cerrado”, tal es así, que el art. 239 dispone que gozarán de privilegio aquellos créditos expresamente indicados en las disposiciones de la normativa de concursos y quiebras. Esta modalidad escogida por el legislador para determinar el grado y extensión de las preferencias ha sido ampliamente receptada y no ha merecido mayores cuestionamientos en su aplicación práctica.

Sin perjuicio de ello, la reforma constitucional de 1994 ha generado un cambio de paradigma que ha sido receptado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que obliga en la actualidad a los operadores que intervienen en un proceso concursal a realizar un análisis de las acreencias con una nueva perspectiva.

REGIMEN EN LA LEY 24522

La ley 24.522 dispone un régimen legal específico en lo atinente al orden en que deberán percibir su dividendo los acreedores concursales (arts. 239 a 250). La legislación concursal sobre privilegios es, en principio, un sistema cerrado, autosuficiente²⁶⁸.

Rige en el tema el principio de legalidad que, conforme lo enunciado, los privilegios solo pueden nacer de la ley no pudiendo las partes disponer de ellos por medio de la autonomía de la voluntad o por decisiones judiciales. En igual orden de ideas no pueden reconocerse privilegios por analogía y su análisis debe ser restrictivo inclinándose por la inexistencia de la preferencia en caso de duda, prevaleciendo de este modo la regla de la par *condicio creditorum*²⁶⁹.

Los motivos que ha tomado el legislador para otorgar esta diferenciación entre créditos concursales son de índole variada. Los mismos pueden radicar en el provecho que han generado dichas acreencias en el proceso concursal, la protección de los créditos laborales por razones alimentarias de los dependientes del concursado, el derecho de retención, el sostenimiento del fisco, la tutela del crédito respecto de los acreedores con garantía real o bien en razones de equidad o justicia²⁷⁰.

Es así como la ley de concursos y quiebras reconoce las siguientes categorías

268 Pág.354, “Régimen de Concursos y Quiebras, Ley 24522” Adolfo A. N. Rouillon, 2012, Editorial Astrea-

269 CSJN, Fallos 330:1055, Inmobiliaria Financiera y Agropecuaria La Ferrolana S.A. s/ quiebra

270

de créditos: a) acreedores con privilegio especial; b) acreedores por gastos de conservación y de justicia; c) acreedores con privilegio general; d) acreedores quirografarios, y e) acreedores subordinados.

Los acreedores con privilegio especial son aquellos cuyo asiento recae en un bien determinado (o en el caso de la subrogación, sobre el monto que los sustituya -art. 245 LCQ-).

Dentro de esta categoría se encuentra la reserva de gastos que contempla el artículo 244, correspondiente a créditos generados con motivo del proceso falencial, originados en la conservación, realización de los bienes en particular.

Con posterioridad se contempla el cobro de los acreedores con privilegio especial, comprendidos en el artículo 241, respecto de los cuales, ante la insuficiencia, el monto no percibido, como regla general, será considerado como quirografario. Asimismo, cuando concurren dos o más acreedores de esta categoría sobre el mismo bien el artículo 243 de la normativa en estudio establece el orden a seguir.

Los denominados gastos de conservación y de justicia (art.240), si bien son créditos generados con posterioridad a la apertura del concurso preventivo o la sentencia de quiebra, se les reconoce una preferencia por su incidencia en la conservación, administración y liquidación de los bienes, entendiendo que han sido determinantes para el beneficio de la masa. El orden de cobro lo determinará si los mismos son considerados como pertenecientes a los que refiere el art. 240 (privilegio general) o bien conforme dispone el art. 244, por contar con un privilegio especial como se viera en el párrafo anterior, que cobrarán en primer término (antes que los privilegios especiales del artículo 241) respecto de los fondos obtenidos con relación a un bien en particular, los importes correspondientes a la conservación, custodia, administración y realización de este. En caso de insuficiencia, en ambos casos se distribuye lo obtenido a prorrata.

Luego de ello prosiguen algunos de los privilegios generales -su asiento es el patrimonio en general- reconocidos en el art. 246 inc. 1 -sueldos, salarios y remuneraciones- que son de origen laboral sobre el saldo descontados los acreedores enunciados anteriormente (arts. 244, 241 y 240 -ordenados por orden de cobro-) y entre ellos, en caso de insuficiencia para afrontar la totalidad de sus créditos, perciben a prorrata. En este caso la prioridad dentro de los acreedores con privilegio general, se limita al capital de tales remuneraciones, no así a los intereses o costas que gozan de igual preferencia, mas son postergados por estos acreedores laborales de prioritario pago.



Sobre la mitad del excedente que pudiera existir luego de pagado el capital de sueldos, salarios y remuneraciones, perciben su acreencia los restantes acreedores con privilegio general y, sobre la otra mitad, los acreedores quirografarios o comunes con más los saldos impagos que hubieran quedado de los acreedores con privilegio especial o general.

Luego de ellos perciben sus acreencias los acreedores subordinados y luego los intereses suspendidos -en caso de existir remanente.

LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994 Y SU INCIDENCIA EN MATERIA DE PRIVILEGIOS

La Constitución Nacional es la Ley de Leyes y en ella se encuentra el cimiento del orden jurídico positivo, de allí que todas las relaciones jurídicas deben ajustarse a ella.

La reforma constitucional de 1994, al incorporar el inc.22 del artículo 75, mediante el reconocimiento con carácter de ley a los tratados internacionales, amplió las fuentes sobre las cuales deben basarse las situaciones y relaciones jurídicas.

Desde la sanción de la reforma constitucional, toda ley debe transitar por un examen de validez a la luz de la Constitución Nacional y los instrumentos incorporados con carácter de tal, en definitiva, a la luz de lo que se denomina como “Bloque de constitucionalidad federal”, esto quiere decir que aquella normativa que se oponga a la enunciada anteriormente podría ser inconstitucional, circunstancia a la que la ley de concursos y quiebras no se encuentra exenta.

Los operadores jurídicos al momento de analizar el privilegio que ostenta un crédito deben detenerse, no solo al “orden cerrado” del régimen concursal, sino que, se encuentran obligados a compatibilizar las normas locales y supranacionales.

Es así como, como veremos más adelante, la Corte Suprema en su fallo “Pinturas y Revestimientos” ha reconocido preferencias contenidas en normativa internacional²⁷¹, como así también, en “Instituto Medico Antártida” al reconocer preferencias no contempladas en la ley concursal, se basó en tratados con jerarquía constitucional.²⁷²

Asimismo, en igual sentido, vale destacar el principio “a favor del hombre” (Pacto de San José de Costa Rica, Declaración Universal De Derechos

271 Convenio de la OIT 173 y recomendación 180 ratificado por ley 24285

272 Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 44/25, el 20 de noviembre de 1989 y la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad” (CDPCD), a la que Argentina suscribió en 2007 y ratificó en 2008.



Humanos, Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre etc.) contenido en la legislación internacional que determina que siempre debe aplicarse la norma o interpretación normativa más favorable a la persona. Por ejemplo, en el caso de los procesos concursales de personas humanas sobre endeudadas -entre ellos, los consumidores- lograr que transiten los procesos concursales con la mayor celeridad y menor daño posible para su protección integral.

En ese sentido y en el marco de la crisis sanitaria provocada por la pandemia, la ONU, por medio de un experto independiente²⁷³ produjo un llamamiento para dar respuesta a la recesión económica exhortando a la protección de la vivienda, garantizar la alimentación, educación, atención médica y trabajo.

Cabe destacar que la Constitución Nacional y los instrumentos internacionales a su jerarquía incorporados son una norma jurídica que reconoce derechos y acciones para que los mismos resulten efectivos y no se tornen ilusorios²⁷⁴.

Por último, la Observación General n°9/1998 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece que “La Aplicación Interna del Pacto”, dispone que los Estado Parte den efectividad a los derechos contenidos en él, exigiendo que se realice “por todos los medios apropiados”, lo cual nos permite inferir que los organismos jurisdiccionales, como integrantes de uno de los poderes del Estado, deben impulsar acciones positivas que resguarden los derechos reconocidos con jerarquía constitucional.

LOS PRIVILEGIOS EN EL CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION

El Código Civil derogado definía al privilegio en su art. 3875 del Cod. Civil, diciendo que es el derecho dado por la ley a un acreedor para ser pagado con preferencia a otro.

Actualmente, el Código Civil y Comercial lo define como “*la calidad que corresponde a un crédito de ser pagado con preferencia a otro*” (art. 2573) dejando así sentado que el privilegio tiene un carácter exclusivamente objetivo, evitando así la confusión que generaba el Código Civil con su expresión “derecho dado a un acreedor”.

Asimismo, se mantiene el origen legal que sostiene el Código Civil en su art.3876 con su concordante art.2574.

²⁷³ https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Development/IEDebt/20200414_IEDebt_urgent_appeal_COVID19_sp.pdf, “COVID-19: Llamamiento urgente para una respuesta a la recesión económica desde los derechos humanos”, Juan Boholaslavsky

²⁷⁴ CSJN, fallos 327:3677; 330:1989 y 335:452.

Por otra parte, establece que, en materia de procesos universales deberá estarse al régimen concursal como así al código civil y comercial ante una ejecución individual (art.2579)

Sin perjuicio de ello, debe destacarse que el legislador ha buscado, con la reforma del Código Civil y su unificación con el Código de Comercio, una armonía entre los distintos ordenamientos en materia de preferencias.

Ahora bien, en lo particular debemos destacar las diferencias que ha introducido el CCCN al régimen de los privilegios especiales para el caso de ejecuciones singulares, sin modificar el régimen concursal, tal como lo puntualiza en su artículo 2579.

En cuanto a los privilegios especiales (arts.2582 al 2586) se sigue una sistemática similar a la concursal. No obstante, deberá prestarse especial atención al artículo 2586 que viene a precisar el orden de prelación en caso de conflicto, es así como el inciso a) del citado artículo no trae mayor complejidad siendo coincidente con el inciso 6) del art. 241 de la LCQ.

El inciso b) que nos advierte que debemos atenernos en la fecha en la cual se ha comenzado a efectuar la retención que, en el supuesto de ser anterior a las demás acreencias, prevalece frente a los demás acreedores, como así también podría ser que concurra con el devengamiento de otro crédito con privilegio especial, como pueden ser los impuestos anteriores que desplazarían al retentor hasta la fecha de retención.

Por su parte el apartado c), al igual que lo mencionado en el párrafo anterior, nos hace detener en la fecha de constitución de la garantía real, al concurrir con los créditos fiscales y de gastos de construcción, mejora y conservación de la cosa, a los fines de establecer en que orden los mismos serán percibidos.

El inciso d) hace prevalecer al crédito laboral por encima de los créditos fiscales y derivados de construcción mejora y conservación, si son anteriores, modificando el orden de tales créditos establecido en el sistema concursal que, sin tener en cuenta la fecha, establece el orden de los incisos para dirimir el orden de cobro.

El inciso e) establece la prelación del crédito laboral devengado con anterioridad al derecho real de garantía con el que concurre.

Por último, el inciso f) no trae mayores novedades en cuanto a la prelación, por cuanto sigue a la solución prevista en la ley concursal en caso de conflicto.

En cuanto a los privilegios generales, el CCCN, establece que solo podrán ser invocados en procesos universales.



Surge de lo expuesto que la anhelada unificación del régimen de privilegios en el ordenamiento no se ha logrado en la actualidad, debiendo adicionarse a ello el reconocimiento de privilegios que surgen de los tratados con jerarquía constitucional a que nos referiremos a continuación.

LOS FALLOS DE LA CSJN

En este apartado resulta importante resaltar lo abordado por el Máximo Tribunal en los fallos “Pinturas y revestimientos aplicados SA”, “Asociación Francesa Filantrópica y de Beneficencia” e “Instituto Antártida” en materia de privilegios concursales.

En el primero²⁷⁵ de ellos la CSJN destacó que el régimen de privilegios de la ley 24522 debe ser integrado con las disposiciones previstas en los instrumentos internacionales que fueron incorporados a nuestro sistema jurídico con rango superior a las leyes. En el citado precedente, el Tribunal consideró que las normas internacionales invocadas por el apelante para verificar su crédito laboral con el carácter de privilegiado según la normativa internacional para los supuestos de insolvencia del empleador desplazan a las reglas de la ley concursal que se oponían a las disposiciones de un Convenio de la OIT.

En “Asociación Francesa Filantrópica y de Beneficencia”²⁷⁶ la Corte sostuvo que la existencia de los privilegios queda subordinada a la previa declaración del legislador y que no debe perderse de vista que la Ley de Concursos y Quiebras es derecho sustancial y específico, contiene un esquema de unificación de los privilegios y establece en el artículo 239 un sistema cerrado por el cual, en situación de insolvencia, estos se rigen exclusivamente por sus disposiciones, salvo las puntuales remisiones que allí se hacen a regímenes especiales.

En lo particular resolvió que ni las convenciones internacionales invocadas, ni la ley 26.061 contienen referencias específicas a la situación de los niños o personas con discapacidad como titulares de un crédito en el marco de un proceso concursal. Por consiguiente, no se prevé expresamente —ni puede derivarse de sus términos— una preferencia de cobro, por la sola condición invocada, respecto de los restantes acreedores concurrentes, ni la exclusión de sus créditos del régimen patrimonial especialmente previsto por la ley concursa

Concluyendo que la preferencia que se otorgue a un acreedor respecto de los restantes en el marco de un proceso concursal es una decisión que incumbe al legislador y no a los jueces de acuerdo con las circunstancias

275 CSJN, 26/03/2014, Pinturas y Revestimientos aplicados SA s/quiebra.

276 CSJN, 6/11/2018, Asociación Francesa Filantrópica y de Beneficencia s/ quiebra s/ incidente de verificación de crédito por L.A.R y otros.

subjetivas que en cada caso en particular se puedan plantear.

En cuanto al fallo “Instituto Medico Antártida”²⁷⁷ -de gran importancia- nos encontramos ante un crédito quirografario -según la ley concursal- que, en primera instancia se le había reconocido un privilegio luego revocado por el fallo de la Cámara. Aquí la CSJN, recuerda a la vida como el primer derecho de la persona humana y reconocido por la ley fundamental cuyo especial énfasis se ha plasmado en la reforma constitucional de 1994. En el caso bajo análisis, se ha puesto el foco en la absoluta vulnerabilidad en la que había quedado la acreedora, concluyendo que la prioridad del pago que merecía el crédito (en su origen quirografario) desplaza al resto de las preferencias previstas y reguladas en la ley de concursos y quiebras declarando inconstitucional régimen contenido en la legislación específica.

Se reconoció en este caso al insinuante un crédito con privilegio especial prioritario de cualquier otro privilegio en los términos del considerando 16, que establece a su favor un privilegio especial de primer orden en los términos en que fue reconocido por el juez de primera instancia.

CARÁCTER GENERAL DEL PRIVILEGIO ASI RECONOCIDO.

Si bien la Corte Suprema confirmando el fallo de primera instancia reconoce en favor de este acreedor un privilegio especial de primer orden, prioritario a cualquier otro privilegio, cabe concluir que el privilegio reviste la calidad de privilegio general por cuanto no se especifica cual es el asiento de tal privilegio y del modo en que fue establecido puede ser invocado respecto de todos los bienes que componen el activo desapoderado y sometido a liquidación.

Este privilegio general, prevalente sobre todos los privilegios reconocidos en el orden concursal, prevalece sobre los créditos concursales así como también sobre los créditos generados con motivo del proceso universal.

Se posicionaría aún por encima de la reserva de gastos que contempla el artículo 244 de la referida normativa.

Ello nos acerca al régimen del Código Civil en el que existían acreedores con privilegio general para el cobro, tales como los gastos de ultima enfermedad y gastos funerarios, cuyo derecho era prevalente a determinados acreedores con privilegio especial, como los gastos del conservador, del locador o del acreedor prendario (arts. 3901, 3904, 3913 y concordantes).

277 CSJN, 26/3/19, Institutos Medicos Antártida s/ quiebra incidente de verificación (R.A.F y L.R.H de F)



LA REHABILITACION DEL FALLIDO FRENTE A LOS CRÉDITOS DE RAIGAMBRE CONSTITUCIONAL

Teniendo en consideración la protección que la legislación de jerarquía constitucional brinda a créditos vinculados a la persona en afecciones a la vida, la salud, integridad física, la capacidad, la dignidad, el derecho de alimentos, entre otros, es dable concluir que la norma emergente del derecho concursal que considera al deudor liberado del pago de los saldos impagos respecto de los bienes que adquiriera luego de su rehabilitación, no involucra a los acreedores de tales acreencias.

El denominado “discharge”, que en nuestra legislación concursal parece involucrar a la totalidad de los pasivos del deudor y considerarlo liberado se su endeudamiento concursal y de los gastos del proceso falencial respecto de los bienes que ingresan a su patrimonio luego de la rehabilitación, encuentra excepciones en las normas constitucionales antes reseñadas, con apoyo en la doctrina emanada de la Corte Suprema.

CONCLUSION

El régimen concursal ha sido pensado para determinar la cuantía y el orden ante la situación de quebranto de la manera más equitativa posible en caso de que los activos no alcancen a cubrir la totalidad de las acreencias.

Ahora bien, son muchos numerosos los créditos cuya naturaleza demandan una protección especial, es allí donde otorgarle una preferencia a cada uno de ellos tornaría ilusoria la protección de la totalidad debido a la insuficiencia de activos. Por otra parte, como se ve en la práctica, con el sistema actual, la protección de los créditos privilegiados tal cual se encuentran en la ley concursal ha tornado irrisorios los dividendos a percibir por los acreedores en él concebidos como quirografarios.

Vale recordar que según las 100 reglas de Brasilia²⁷⁸ se considera en condición de vulnerabilidad a aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, se encuentran en especiales dificultades para ante el sistema de justicia reconocidos por el ordenamiento jurídico²⁷⁹.

No obstante ello, a la luz de la reforma constitucional y lo establecido en los primeros tres artículos del Código Civil y Comercial cabe reformular el modo de abordar el reconocimiento de privilegios en materia concursal, dado que se trata de una sistemática básicamente objetiva o relacionada a la propiedad del crédito deviniendo en un instituto de naturaleza objetiva,

²⁷⁸ CSJN, Acordada 5/2009.

²⁷⁹ CSJN, García, María Isabel c/ AFIP s/ acción meramente declarativa de inconstitucionalidad”, 26 de marzo de 2019



que debe ceder ante el alumbramiento de circunstancias subjetivas reconocidas constitucionalmente y que se vinculan estrictamente a la calidad del titular del crédito.

En definitiva, al momento de decidir, los jueces deben garantizar el acceso a la justicia brindando una respuesta rápida y acorde al reclamo teniendo en cuenta el ordenamiento jurídico en general armonizando el mismo con el fin de proteger aquellas personas que se encuentren en mayor grado de vulnerabilidad.

Por otra parte, habrá que analizar el alcance del “discharge” ante la presencia de estos créditos que, a la luz de lo resuelto por la CSJN, prevalecen sobre la ley concursal.



Determinación de la base imponible para la regulación de los honorarios de los profesionales intervinientes en la quiebra

Por Germán Alberto Pizano

Colegio de Abogados de Quilmes

PONENCIA

La determinación de la base imponible para la regulación de los honorarios de los profesionales intervinientes en la quiebra, solo puede estar integrada por el valor del activo hasta entonces no realizado, para adicionarlo al ya realizado, no pudiendo incluirse los depósitos efectuados por el deudor en pago de la acreencia del acreedor hipotecario.

Introducción:

Las hipotecas tomadas por los deudores en los primeros años de la convertibilidad, fueron generando mora y conflictividad entre las partes hacia finales de la misma década; en ese contexto los deudores utilizaban la defensa concursal para frenar el avance de las ejecuciones hipotecarias, la solución concursal a veces fracasaba y la quiebra indirecta era el desino final de dichos procesos o el pedido de la propia quiebra era como un último intento de postergar el remate que se realizaba en las ejecuciones hipotecarias.

En la actualidad, a más de 22 años de trámites, concurso especial, planteos, apelaciones, incidentes, acuerdos y fracasos, estos procesos continúan el trámite en el fuero comercial esperando su solución definitiva. La extensión temporal del proceso, ocasiona la intervención de muchos profesionales: cambian los síndicos y sus patrocinantes, cambian los abogados del acreedor y del fallido, lo cual, al final del proceso puede generar una controversia por cuestiones arancelarias, en virtud de la aglomerada participación de diversos profesionales.

No siempre la voluntad de las partes, el informe final, y la clausura de la quiebra por pago total puede lograr la solución del conflicto original, atento que cuestiones arancelarias y hasta errores en los fallos, pueden dilapidar años de trabajo de los profesionales intervinientes y llevar a soluciones de extrema injusticia con la realización de la vivienda familiar del fallido.



En el caso en análisis, el juzgado de grado había decretado la conclusión de la prueba por pago total 1 y reguló los honorarios de los profesionales intervinientes, quedando firme la parte sustancial del decreto, sin embargo fueron apelados los honorarios.

El Fallo recurrido:

El 17 de Octubre de 2018 en los autos caratulados: “SEQUEIRA, HECTOR RICARDO S/PEDIDO DE PROPIA QUIEBRA” la Sala E de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial resolvió el recurso de apelación de honorarios por bajos, interpuesto por algunos profesionales intervinientes en el proceso, elevando dichos honorarios a montos exorbitantes, muy excesivamente superior a la cuantía del acuerdo entre la familia del fallido y el acreedor hipotecario.

La elevación de la regulación los honorarios directamente desbarataba los derechos acordados entre acreedor y deudor, por cuanto los montos depositados en autos pasaban a resultar absolutamente insuficientes para satisfacer a la acreencia del acreedor y los honorarios. Sin duda la divergencia estaba en la determinación de la base imponible, para la regulación y en el porcentaje de afectación para satisfacer los honorarios de este colectivo profesional. El problema quedó planteado porque con ese nivel de regulaciones debía quedar sin efecto el acuerdo entre las partes protagonistas del conflicto y la única alternativa hubiese sido el remate de la vivienda única familiar que pretendíamos evitar.

Recursos:

Contra la sentencia de la Alzada, se interpuso el recurso extraordinario federal y el recurso de reposición, destacando en el mismo que la determinación de la base para la regulación solo podía estar integrada por el activo hasta entonces, no realizado para adicionarlo al ya realizado, conforme lo establece el segundo párrafo del art. 267 de la LCQ.

Lo sustancial de aquella norma (art. 228) es la posibilidad de separar lo líquido de lo ilíquido, permite el pago de lo que puede pagarse y, así, liberar de toda responsabilidad al deudor; permite al acreedor también hacerse con prontitud de la porción disponible de su crédito...” (CONIL PAZ, Alberto A. Cuestión de los intereses, Conclusión de la Quiebra: según ley 24.522, Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1996, págs. 86/7). En el caso de autos, no había activo realizado, solamente había activo NO realizado integrado por la vivienda única familiar. Sin embargo se encontraban en el expediente, en la cuenta de autos los diversos montos que se fueron depositando hasta arribar a la clausura de la quiebra por pago total, dichos montos nunca integraron el activo del fallido ni fueron activados por el Síndico en el informe general realizado muchos años antes de que se efectúen los mismos, de manera tal que



incluirlos en la base imponible para la regulación constituía un error de derecho, o material, o de gestión por parte del Juzgador Superior.

Se le corrió traslado a la Sindicatura, la cual se opuso al recurso interpuesto por considerar que al no tratarse de una quiebra líquida, la base determinable para la regulación debía estar compuesta por el capital e intereses devengados desde la fecha original de mora.

La Sindicatura estaba equivocada y el Juzgador a-quo en lo cierto en su Decreto de clausura de la Quiebra por pago total, por cuanto el activo no realizado había sido oportunamente valuado por el perito martillero al preparar la subasta en el concurso especial, valuación que había sido notificada a todas las partes, consentida y firme.

De manera tal que el activo se encontraba definitivamente valorado con anterioridad al auto de clausura de la Quiebra por pago total dictado por el a-quo; y esa era la correcta valuación sobre la cual aplicar el porcentaje máximo de ley.

Revocación por contrario imperio de la Providencia recurrida:

Finalmente, por sentencia interlocutoria del 10 de septiembre de 2019, la Alzada resolvió el recurso de reposición interpuesto por la cónyuge del fallido y dijo: “... 2. Asiste razón a la presentante en cuanto a que en dicho decisorio se incurrió en un error material. Es que, en aquella oportunidad se fijaron los honorarios hasta alcanzar el 70% de la base regulatoria (\$ 1.744.430); cuando, según la LCQ: 267, el total de las regulaciones no pudieron ser inferiores al 4% del activo realizado -más el no realizado- ni tampoco superiores al 12%. Consecuentemente, se enmendarán los honorarios fijados en el punto 1) de la resolución de fs. 670/1. 3. Recuérdese que la presente quiebra ha concluido por aplicación del art. 228 LCQ. Es así que, tal como se dijo en fs. 670/1, los estipendios deben ser regulados con lo dispuesto en los arts. 265 inc. 5, 267 y 268 inc. 1ro. de la citada ley, debiendo calcularse prudencialmente el valor del activo hasta entonces no realizado para adicionarlo al ya realizado, como así tener en consideración la proporción de las tareas efectivamente realizadas...”.

La cuestión de “calcular prudencialmente” el valor del activo -como establece la norma- genera estas diferencias de criterios en base a la conformación - composición del activo y su valoración económica.

La Alzada advirtió haber tomado erróneamente el porcentaje total de honorarios sobre la base imponible y modificó sustancialmente las regulaciones, minimizándolas conforme los porcentajes legales mencionados en el párrafo precedente.



Conclusión:

El Decreto de conclusión de la quiebra dictado por el a-quo que validaba el acuerdo arribado entre las partes, había sido correcto y ajustado a Derecho, como también la determinación de la base para la regulación; tal vez la diferencia versaba sobre el porcentaje total para afectar a la regulación de tantos profesionales que intervinieron en autos quedando así correctamente aplicado lo dispuesto por el segundo párrafo del art. 267 de la LCQ: “...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”.

Lo relevante, es que se pudo corregir el fallo recurrido y arribar a una solución de estricta justicia.



ediciones
innovación jurídica

dyd



Grupo Profesional
EXCELENCIA EN CAPACITACIÓN



CASM

| **50**
años

**COLEGIO DE ABOGADOS
DE SAN MARTÍN**



9 789878 353371