

RDCO

REVISTA DE DERECHO COMERCIAL Y DE LAS OBLIGACIONES

Fundada por ISAAC HALPERIN en 1968

Marzo - Abril 2021 | 307

DIRECTORES:

HÉCTOR ALEGRIA
RAÚL A. ETCHEVERRY

ÁREA DE DERECHO COMERCIAL:

Manóvil - Marzorati
Richard - Rivera
Rouillon - Uzal

ÁREA DE DERECHO
DEL CONSUMIDOR:

Stiglitz - Vázquez Ferreyra

COORDINADORES:

Chomer
Hernández
Molina Sandoval
Paolantonio
Santarelli
Sícoli

ISSN 1851-1805

 INCLUYE
VERSIÓN DIGITAL

ABELEDOPERROT

ISSN: 1851-1805
RNPI: 5074811

Todos los derechos reservados
© **ABELEDOPERROT S.A.**

Dirección, administración y redacción
Tucumán 1471 (C1050AAC)
laley.redaccionjuridica@tr.com

Ventas
CASA CENTRAL
Tucumán 1471 (C1050AAC)
Tel.: 4378-4700 / 0810-266-4444

LOCAL I FACULTAD DE DERECHO - UBA
Figueroa Alcorta 2263 (C1425CKB)
Tel. / Fax: 4806-5106

Atención al cliente: 0810-266-4444
Buenos Aires - Argentina

*Hecho el depósito que establece la ley 11.723.
Impreso en la Argentina. Printed in Argentina.*

Nota de la Dirección: Las opiniones vertidas en los comentarios firmados son privativas de quienes las emiten.

Se terminó de imprimir en la primera quincena de marzo de 2021, en los talleres gráficos de La Ley S.A.E. e I., Bernardino Rivadavia 130, Avellaneda - Provincia de Buenos Aires, República Argentina

RDCO

REVISTA DE DERECHO COMERCIAL Y DE LAS OBLIGACIONES

Fundada por ISAAC HALPERIN en 1968

DIRECTORES:

HÉCTOR ALEGRIA

RAÚL A. ETCHEVERRY

Marzo - Abril 2021 | 307

ÁREA DE DERECHO COMERCIAL:

Rafael M. Manóvil

Osvaldo Marzorati

Efraín Hugo Richard

Julio César Rivera

Adolfo A. N. Rouillon

María Elsa Uzal

ÁREA DE DERECHO DEL CONSUMIDOR:

Gabriel Stiglitz

Roberto A. Vázquez Ferreyra

COORDINADORES:

Héctor O. Chomer - Carlos A. Hernández

Carlos A. Molina Sandoval - Martín E. Paolantonio

Fulvio G. Santarelli - Jorge S. Sícoli

 **INCLUYE
VERSIÓN DIGITAL**

ABELEDOPERROT

DIRECCIÓN ACADÉMICA

Mónica Pinto

COMITÉ HONORARIO

Agustín Gordillo
Aída Kemelmajer
Alberto J. Bueres
Carlos Etala

Cecilia Grosman
Eugenio Bulygin
Eugenio R. Zaffaroni
Héctor Alegria

José Tobías
Julio C. Rivera
Nelly Minyersky
Noemí Lidia Nicolau

COMITÉ ACADÉMICO

Administrativo

Carlos F. Balbín
Fernando R. García
Pullés
Ernesto A. Marcer
Guido Santiago Tawil

Constitucional

Alberto B. Bianchi
Roberto Gargarella
María Angélica Gelli
Juan V. Sola

Internacional Privado

María Susana Najurieta
Alfredo Mario Soto
María Elsa Uzal

Internacional Público

Susana Ruiz Cerutti
Silvina González Napolitano
Raúl Vinuesa

Familia

Carlos Arianna
Luis Ugarte
Adriana Wagmaister

Civil

Carlos Hernández
Sebastián Picasso
Sandra Wierzba
Diego Zentner

Penal

Mary Beloff
Alberto Edgardo Donna
Daniel Pastor

Laboral

Mario Ackerman
Adrián Goldin
Julio César Simón

Comercial

Rafael Mariano Manóvil
Horacio Roitman

Filosofía

Ricardo Guibourg
Rodolfo Vigo

Derechos Humanos

Laura Giosa
Roberto Saba

Ambiental

Néstor Cafferatta
Leila Devia
Silvia Nonna

COMITÉ EDITORIAL

Penal

Fernando Córdoba
Fernando Díaz Cantón
Ivana Bloch
Marcelo Ferrante
Marcos Salt
Marcelo Sgro

Criminología

Gabriel Ignacio Anitua
Matías Bailone
Máximo Sozzo

Familia

Silvia Eugenia Fernández
Eleonora Lamm
Ida Scherman

Civil

Carlos Calvo Costa
Luis Daniel Covi
María Victoria Famá
Adriana Krasnow
Luis F. P. Leiva Fernández
Carlos Parellada
Máximo Gonzalo Sozzo

Laboral

Lucas Caparrós
Juan Pablo Mugnolo
Claudia Priore

Constitucional

María Gabriela Ábalos
Marcela Basterra
María Laura Clérico
César Sebastián Vega

COMITÉ EDITORIAL *(Continuación)*

Internacional Público

Emiliano Buis
Alejandro Chehtman
Natalia Luterstein
Nahuel Maisley

Internacional Privado

Paula María All
Nieve Rubaja
Luciana Scotti

Administrativo

Alfonso Buteler
María Paula Renella
Susana Vega

Comercial

Hugo Acciarri
Pablo Heredia
Lorena Schneider
Pamela Tolosa

Filosofía

Marcelo Alegre
Claudio Eduardo
Martyniuk
Renato Rabbi-Baldi
Cabanillas

Derechos Humanos

Leonardo Filippini
Calógero Pizzolo
Silvina Zimerman

Ambiental

Mariana Catalano
José Esaín

Director Editorial

Fulvio G. Santarelli

Jefa de Redacción

Yamila Cagliero

Editores

Nicolás R. Acerbi Valderrama
Florencia Candia
Elia Reátegui Hehn
Marlene Slattery

ÍNDICE

DOCTRINA

Vehículos legales de <i>venture capital</i> y <i>private equity</i> en la Argentina y los Estados Unidos <i>Nicolás Malumán</i>	3
------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	---

SOCIEDADES

DOCTRINA

Análisis conductual del derecho de sociedades <i>Diego A. J. Duprat</i>	23
Las sociedades no constituidas según los tipos del capítulo II; sociedades irregulares o de hecho; sociedades de la sección IV <i>Javier R. Prono - Josefina I. Prono</i>	49

JURISPRUDENCIA

HABILITACIÓN DE FERIA JUDICIAL

Pedido realizado por una sociedad para que se disponga la elevación de un expediente que tramita en la IGJ. Adecuación de un ente constituido en Panamá al derecho argentino. Rechazo	65
---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	----

HONORARIOS DEL ABOGADO

Impugnación de acto asambleario. Regulación como juicio de monto indeterminado	66
--------------------------------------------------------------------------------------	----

CONCURSOS Y QUIEBRAS

DOCTRINA

Acciones concursales de ineficacia y de responsabilidad en la liquidación judicial del fideicomiso <i>Fernando J. Marcos</i>	75
Segunda oportunidad, liberación o descarga de deudas. El imperativo de la hora en la superación de la insolvencia o crisis de la persona natural <i>Silvana Mabel García</i>	91

COMENTARIOS JURISPRUDENCIALES

EJECUCIÓN DE CRÉDITOS POSCONCURSALES

Sentencia que deja sin efecto la decisión de reducción de la medida cautelar. Rechazo del recurso de inaplicabilidad de ley 101

EJECUCIÓN DE CRÉDITOS POSCONCURSALES

Reducción de la medida cautelar. Contradicción. Facultades del juez exhortado. Revocación de sentencia 105

Repensar los límites de la concursabilidad y la colaboración judicial interjurisdiccional. Reflexiones sobre las facultades judiciales en el concurso en tiempos de transición

Ángel Luis Moia 107

JURISPRUDENCIA

EJECUCIÓN FISCAL

Quiebra. Fuero de atracción. Conflicto de competencia. Cuestiones a decidir. Conformación de las mayorías 117

REVISIÓN DEL CRÉDITO

Privilegios. Obra social. Falta de pago de aportes y contribuciones. Procedencia 119

EFFECTOS DEL CONCURSO PREVENTIVO

Solicitud orientada a continuar ciertos contratos de causa o título anterior a la presentación concursal. Rechazo. Exclusión de los contratos de tracto sucesivo o de ejecución continuada de la previsión del art. 20 de la Ley 24.522 120

CONTRATOS

DOCTRINA

Fideicomisos financieros de infraestructura para la reactivación económica: nueva resolución general 865/2020 de la Comisión Nacional de Valores

Nicolás Fernández Madero - Fernando Garabato 127

La necesidad de un procedimiento judicial de readecuación de obligaciones y contratos a causa de la pandemia

José David Botteri 135

Viajes de egresados y cuarentena por COVID-19

María Agustina Nager - Elizabeth M. Paz 151

JURISPRUDENCIA

CADUCIDAD DE LA HIPOTECA

Ley aplicable. Efectos. Publicidad. Tercer adquirente. Municipalidad 169

CONTRATOS DE FUTURO

Compraventa de divisas entre entidades bancarias. Disposiciones de emergencia sancionadas en el curso del contrato. Demanda destinada a exigir el pago de una suma millonaria de dólares. Procedencia..... 170

OBLIGACIÓN EN MONEDA EXTRANJERA

Pretensión del deudor de cancelar la deuda en moneda de curso legal. Art. 765 del Código Civil y Comercial. Rechazo. Norma supletoria. Intención de las partes. Forma de pago como objeto esencial del contrato. Buena fe. Carga de acreditar la imposibilidad de 176

RESPONSABILIDAD DEL CONSTRUCTOR

Demora en la entrega del inmueble adquirido de pozo. Hechos constitutivos de fuerza mayor. Cambio de autoridades municipales. Erupción de un volcán. Contingencias climáticas. Cepo cambiario. Ponderación de la prueba 178

SUBASTA ON LINE

Solicitud realizada por la actora en una ejecución prendaria. Rechazo. Inexistencia de reglamentación que habilite realizar remates por sistemas digitales. Orden de realizar el remate en el ámbito del juzgado bajo la modalidad de oferta bajo sobre cerrado..... 186

BANCOS Y MERCADO DE CAPITALES

DOCTRINA

Introducción al análisis de flujos de fondos operativos bajo normas internacionales de información financiera
Víctor Lucero 193

DERECHO DE LOS CONSUMIDORES

JURISPRUDENCIA

MEDICINA PREPAGA

Incremento de la cuota por razones etarias. Abstención de cobrar el diferencial por edad. Procedencia de medida cautelar. Derecho a la salud 209

LEGITIMACIÓN EN ACCIONES COLECTIVAS

Cliente bancario que suma una pretensión colectiva a una acción individual. Sentencia favorable que afectaría a una universalidad sustancial de usuarios de cuenta corriente. Configuración de un caso colectivo 210

RESPONSABILIDAD DE LAS EMPRESAS DE TELECOMUNICACIONES

Pedido de baja realizado por el usuario. Continuidad del cobro durante dos años por un servicio no prestado. Daño moral. Daño punitivo. Disidencia parcial..... 214

DOCTRINA

Vehículos legales de *venture capital* y *private equity* en la Argentina y los Estados Unidos (*)

Nicolás Malumión (**)

Sumario: I. Introducción.— II. Requisitos negociales de los vehículos de *venture capital* y *private equity*.— III. Vehículos legales en la Argentina.— IV. Vehículos legales en los Estados Unidos.— V. La preferencia de los fondos de *venture capital* por invertir en C Corp en Delaware.— VI. El caso “Trados” y los estándares de actuación de los directores nombrados por fondos de *venture capital*.— VII. Comentario final.

I. Introducción

Los fondos de inversiones en empresas que no cotizan —*private equity* (1)— y en particular en las primeras etapas de nacimiento y desarrollo —*venture capital* (2)— requieren de vehículos legales que cumplan dos condiciones: i) que aglutinen a los diversos inversores (también llamados *limited partners* o LPs); y ii) en los cuales se separe la inversión, que da derecho a los retornos económicos de la gestión, que tal como veremos da derecho a una remuneración sobre el monto del capital y del éxito (3). De hecho,

(*) Agradezco a Juan Manuel Giner González, director ejecutivo de ARCAP - Asociación Argentina de Capital Privado, Emprendedor y Semilla (<https://arcap.org/>) por su ayuda y aportes, a Mariana Scrofina por sus comentarios y correcciones, y a Juan Ramírez Oyhanarte por la revisión de los aspectos fiscales.

(**) Abogado y doctor en Derecho de la UBA; autor de obras sobre los aspectos legales y fiscales del *leasing*, fideicomisos y securitización, derivados financieros, obligaciones negociables y oferta pública.

(1) También denominado capital privado, por oposición al que se consigue en mercados público o de oferta pública.

(2) También llamado capital emprendedor. Incluimos el *venture capital* en todas sus formas, desde Angel Investors, Seed o Pre-Seed, hasta rondas avanzadas.

(3) A estos gestores que administran el dinero aportado por los LPs se los llama gestores de fondos o *general partners* o GPs.

si alguno de estos dos requerimientos no está presente, no suele ser necesario un vehículo legal especial. Por ejemplo, en el *corporate venture capital*, en que el capital a ser invertido es aportado por una gran empresa, es común que no exista un vehículo específico, sino que se utilizan sociedades u otros entes legales ya existentes del grupo económico, siendo manejadas las inversiones por empleados de la empresa o por terceros asesores externos contratados por ella (4).

En este trabajo primero veremos las características (adicionales a las ya mencionadas de unir varios inversores y separar propiedad de gestión) que debe cumplir un buen vehículo de *private equity* o *venture capital*, para luego pasar a los vehículos legales más usados. Adelantamos que en los Estados Unidos, la forma más utilizada es la *limited partnership*, y en la Argentina,

(4) Desde ya, en el caso en que el *corporate venture capital* sea llevado adelante por más de una empresa, esto es, que no sea un único aportante sino dos o más, vuelve a ser común que exista un vehículo legal específico constituido por estas empresas. Cabe mencionar que hay casos de *corporate venture capital* en que se crea un vehículo específico para facilitar que aquel tenga una cultura y manejo organizacional diferente al de la gran empresa que lo crea, pero en este caso basta con la creación de una filial del grupo pudiendo usar una sociedad anónima o equivalente. Otro motivo para crear un vehículo específico es identificar y registrar ese vehículo para que goce de beneficios fiscales.

veremos que la forma que hemos encontrado es el uso de fideicomisos ordinarios. La regla general es que estos vehículos no hacen oferta pública de sus acciones y sus participaciones no son libremente transferibles (5). Sin perjuicio de lo cual comentaremos brevemente la posibilidad de utilizar fideicomisos financieros (destacando el fideicomiso financiero CITES que recurrió a la oferta pública), y haremos una muy breve reseña en la Argentina de los fondos comunes de inversión cerrados (6). En todos los casos comentaremos muy brevemente su tratamiento fiscal. Finalmente, veremos dos temas relacionados como es la preferencia de los fondos de *venture capital* y *private equity* de los Estados Unidos en invertir en *C Corps* y los aspectos a considerarse cuando los estos fondos nombran directores, comentando brevemente el caso “Trados” de la *Delaware Court of Chancery*.

II. Requisitos negociales de los vehículos de *venture capital* y *private equity*

Tal como adelantamos todo vehículo de inversión tiene como requisitos fundamentales permitir coordinar diversos inversores y separar a quienes son inversores pasivos de quienes administran las inversiones. Cabe mencionar que a diferencia de un fondo de inversión en activos líquidos, y dado que estamos hablando de inversiones en *venture capital* y *private equity*, la principal tarea del administrador será: i) buscar empresas (*startups* si es *venture capital* y empresas más desarrolladas si fuera *private equity*) (7); ii) seleccionar en qué empresas in-

(5) Para un análisis de qué es oferta pública y privada (en particular en fideicomisos ordinarios) remitimos a “Oferta pública y privada de valores negociables: de los cartulares a los criptoactivos”, RDCO, nro. 305, nov.-dic. 2020, p. 209.

(6) No conocemos de ningún fondo común cerrado de *private equity* o *venture capital*. Cabe destacar que, de constituirse, sería un vehículo cuyas participaciones deben contar con oferta pública autorizada por la Comisión Nacional de Valores.

(7) ¡O lograr que las empresas y emprendedores los busquen a ellos! En otras palabras, existen gestores de fondos con tal trayectoria y buen nombre que son un imán para los emprendedores que buscan ser invertidos. Esto permite que exista una gran cantidad de propuestas. La relación entre empresas analizadas y empresas invertidas es de cientos a uno, por lo que es necesario

vertir, aplicando diferentes métodos de evaluación; y iii) hacer seguimiento o participar en la reestructuración de la empresa con distinto grado de involucramiento. Este último punto incluye la participación en el directorio en forma minoritaria (típica del *venture capital*) o mayoritaria (esperable en el *private equity*).

Las condiciones que hacen a la práctica de la actividad y que ayudan a su desarrollo óptimo, y que por ende el vehículo legal elegido debería permitir son:

a) *Capital calls*: Los inversores (*LPs*) deben poder hacer compromisos de aportes y luego realizar la integración en la medida en que quien administre el vehículo lo solicite. Esto es, se debe poder suscribir un compromiso legalmente exigible pero cuya integración sea posterior con pagos parciales en los momentos y por los montos que lo determine el gestor del fondo. Los compromisos son denominados *capital commitments* y normalmente se pueden hacer en un período determinado inicial que suele tener dos límites, uno temporal (un plazo máximo) y otro cuantitativo (un monto máximo). Por su parte, las solicitudes son denominadas *capital calls* o *drawdowns*. Lo que se busca es que el vehículo no tenga fondos ociosos. En otras palabras, solo se piden los fondos al momento en que se los pueda aplicar rápidamente. Este es un punto más sencillo en vehículos sin oferta pública pero más complejo con vehículos que deben hacer colocaciones con el público. El año en que el fondo recibe el primer aporte de capital (por hacer el primer *capital call*) y hace su primera inversión se denomina *vintage year* y es el año utilizado para determinar rendimientos y hacer comparaciones entre fondos (8). Desde ya el hecho de que el total de los fondos no sean integrados al momento de la suscripción crea el riesgo de que cuando sean requeridos el deudor (*LP* aportante) no lo pague, y este punto debe ser previsto. Típicamente, se dispone que ante

contar con un muy importante flujo de empresas para ser analizadas si se desea hacer varias inversiones.

(8) En la vitivinicultura el *vintage year* es el año de la cosecha y cabe permitirse especular que de ahí fue tomado el término por la industria del *venture capital* (ambos con fuerte presencia en California, uno en el *napa valley* y el otro en Sand Hill Road).

la falta de cumplimiento (esto es, si se le pide que integre un monto comprometido y no lo hace) pierde todo lo que haya aportado al fondo. Si bien se podría exigir legalmente el pago, no es común que ocurra. En el caso particular de la Argentina, se suele prever la devolución en pesos nominales al finalizar el plazo del vehículo.

b) Plazo y prórrogas: Debe existir cierta flexibilidad en torno al plazo máximo de duración del fondo. Los fondos de *venture capital* y *private equity* suelen tener duraciones de entre 7 y 10 años, con la posibilidad de prorrogar este plazo entre 1 y 3 veces por un año cada vez. Hay que considerar que no se trata de inversiones en activos líquidos, sino que para desinvertir es necesario realizar una oferta pública inicial de la empresa (*IPO* en inglés por *initial public offer*) o realizar una venta a un tercero. En el caso del *IPO* los tiempos que al inicio de la industria del *venture capital* (en el orden de los 4 años) hoy en día se han prolongado (9). Pero incluso frente al *IPO* lo esperable es que los fondos no vendan en forma inmediata toda su tenencia, sino que sea por compromisos legales o sea por prudencia en el manejo de sus inversiones, queden como accionistas por cierto plazo. Justamente uno de los típicos puntos en un *term sheet* de inversión de un fondo en una empresa es las condiciones de venta de las acciones propiedad del fondo en caso de *IPO*.

c) Diversas clases de inversores: Debe existir la posibilidad de que haya diversas clases de inversores. Esto es, debe ser posible crear diversas clases que tengan diferentes preferencias en caso de liquidación (*liquidation preference*). En este caso se debe tener presente que la "liquidación" no solo es el caso de terminación del vehículo sino de venta de uno o varios de sus activos principales. Esto significa que, frente a una venta que no genera una gran ganancia o hasta una pérdida, la clase de inversión que tenga preferencia primero cobrará todo su capital antes que el resto cobre capital o utilidad alguna, pudiendo ser un caso en que el inversor preferido recupere todo su capital y el inversor no preferido pierda parte de su capital. Si no

(9) Dando lugar a un debate de si esto lleva a inversiones de *venture capital* en empresas más maduras o si fueron estas inversiones lo que llevó a postergar los *IPOs*.

existiera la preferencia sería una distribución proporcional (a *prorrata*) para todos los inversores y todos tendrían que soportar una parte de las pérdidas (10).

d) Versatilidad en la distribución de fondos: Debe haber versatilidad en determinar cuándo y cuántos fondos se distribuirán a los inversores. Este punto es la contracara de los *capital calls*: así como no tiene sentido tener fondos ociosos esperando a ser invertidos, tampoco lo tiene tenerlos luego de una venta esperando a ser distribuidos. En ambos casos sería una pérdida de rentabilidad y baja de la performance del fondo. Cualquier inversor en *venture capital* o *private equity* no desea que el fondo haga inversiones en activos líquidos, para eso los haría el inversor directamente (sea por sí o en fondos de activos líquidos). Es por ello por lo que los fondos de *venture capital* o tienen los fondos invertidos en empresas o no los tienen en su poder. En síntesis, esta posibilidad de que, vendida una empresa, se pueda distribuir ágilmente aquello que el administrador del fondo entiende que ya no necesitará se muestra especialmente sensible en la competencia con otros fondos por la mejor performance. Recordemos que, finalizado un fondo o pronto a finalizarse, el administrador querrá comenzar a comprometer aportes para un nuevo fondo y para ello su mejor herramienta será el rendimiento obtenido por los participantes del fondo que está terminando (11).

e) Retribución del gestor del fondo: Debe existir flexibilidad en la determinación de la retribución del administrador. La tarea de administrador es retribuida por varios honorarios (*fees*), que si bien pueden ser por diferentes porcentajes y admiten variaciones, se podrían resumir en tres: i) un honorario por administración o *management fee* que suele rondar el 2% anual de los aportes comprometidos (no de los efectivamen-

(10) Esta preferencia es similar a la que los fondos de *venture capital* y *private equity* piden para sus inversiones en las empresas en que invierten.

(11) Justamente, cuando no hay antecedentes (*track record*) es muy difícil obtener fondos. En otras palabras, es sabido que iniciar la actividad de gestor de fondos (esto es, ser un *first time fund manager*, si se me permite la traducción libre, un "gestor de fondos primerizo") es extremadamente difícil.

te realizados, sin perjuicio de que pueden ser una opción acordada) (12); ii) un honorario de éxito o *carried interest* (13), típicamente del 20% de los resultados; y iii) un honorario vinculado a la adquisición de cada compañía (*subscription* o *purchase fee*), que cabe esperar que sea del 1% de cada adquisición. Uno de los aspectos más analizados y que es objeto de la más cuidadosa redacción es la forma de cálculo del *carried interest*. Un punto que suele incluirse es la subordinación del pago a obtener un rendimiento mínimo (generalmente de aproximadamente un 8% anual compuesto en dólares). Si, obtenido el rendimiento mínimo, el *carried interest* se calcula sobre el total, se suele hablar de *hurdle rate*, si solo se calcula por la parte que supere el rendimiento mínimo, se suele hablar de *preferred return* (14).

f) Participación en el gerenciamiento de las empresas: Debe existir la posibilidad de asesorar y colaborar con las empresas en que se invierte. La inversión por parte de los gestores de fondos de *venture capital* y *private equity* no es solo financiera, sino que aportan contactos, conocimiento, *management*, clientes, etc. Esto es lo que se denomina *smart money*, esto es, un aporte de fondos que viene acompañado de otros elementos de sustancial importancia

(12) Existen al menos tres bases para calcular el *management fee*. Estas son: i) el monto de capital comprometido por los *limited partners* (sin importar si se lo aportó o no); ii) el monto de capital efectivamente aportado; y iii) el total del monto invertido. Cabe entonces la pregunta de cómo podría ser que los totales aportado e invertido no sean los mismos, la respuesta es que el fondo podría tomar deuda (y en algunos casos no solo lo hacen, sino que toman un muy importante monto de deuda con respecto al capital aportado) y de esta forma incrementar muy significativamente el monto invertido con relación al monto aportado.

(13) Expresión que se remonta al siglo XVI y que hacía alusión al derecho del capitán de una travesía exitosa de cobrar el 20% de los bienes transportados (*carried*), que eran financiados por inversores que recibían el 80% restante.

(14) De lo dicho surge que claramente un *preferred return* es más favorable al inversor que un *hurdle rate*. Otra protección al inversor son las cláusulas de *clawback* que disponen que en caso en que el administrador cobre un *fee* de éxito que posteriormente se muestre que se basó en una transacción con una rentabilidad que no se mantuvo posteriormente, el administrador debe devolver todo o parte de lo cobrado.

para el desarrollo y el éxito de la compañía invertida (15).

Con estos puntos presentes, pasamos a ver los vehículos en la Argentina y luego en los Estados Unidos.

III. Vehículos legales en la Argentina

El fideicomiso ordinario tal como lo conocemos existe desde enero de 1995, momento en que fue incorporado en la legislación argentina (16) con la ley 24.441 de Financiamiento de la Vivienda y la Construcción, hoy en su mayoría derogada y receptada en el Código Civil y Comercial de la Nación, que desde agosto de 2015 regula al fideicomiso en sus arts. 1666 y ss. (17). Esto es, ya tenemos más de 25 años de fideicomiso en la Argentina con su amplia difusión y uso (18). Uno de esos usos que no imaginamos al defender la inclusión del fideicomiso a nuestro derecho fue ser vehículo de inversiones en emprendimientos y empresas.

En el fideicomiso de *venture capital* cabe asumirse que los inversores serán fiduciantes, beneficiarios y fideicomisarios con la obligación

(15) Es la lógica que se puede ver en las sociedades de garantía recíproca (SGRs), que además de dar garantías a las pymes le puede prestar asesoramiento. Justamente lo buscado por el legislador en este caso era que no solo las grandes empresas fueran socios protectores del fondo, sino que a través de la SGR las pymes recibieran una asistencia no económica en materia de profesionalismo en la gestión empresarial y red de contactos.

(16) Para una explicación actualizada del fideicomiso latinoamericano creado por México hace más de 90 años, y sobre el tratamiento fiscal del fideicomiso en la Argentina, me remito a mi trabajo en coautoría con Virginia Fernández Hughes sobre "Tratamiento fiscal del fideicomiso local y trust del exterior", en *Tributación internacional en Latam y nuevas tendencias a partir del COVID-19*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2020.

(17) Con anterioridad a la ley 24.441 existía un artículo (el 2662) del hoy derogado Código Civil que hablaba de fideicomiso, pero a pesar del esfuerzo de grandes juristas, no tuvo mayor utilización.

(18) Algo obvio hoy, pero que fue objeto de importantes ataques cuando explicábamos la bondad del fideicomiso en nuestra obra, me refiero a "Fideicomiso y securitización: análisis legal, fiscal y contable", en coautoría con Adrián DIPLOTTI y Pablo GUTIÉRREZ, Ed. La Ley, Buenos Aires, 1ª ed., 2001; 2ª ed., 2006.

de hacer los aportes de capital comprometidos en la medida en que el fiduciario lo solicite y será el fiduciario (o un tercero con un acuerdo con el fiduciario) quien tendrá a su cargo la tarea de seleccionar las empresas para realizar las inversiones y posterior acompañamiento de las mismas, con mayor o menor involucramiento en su *management* según se haya previsto en el contrato (19).

El fideicomiso provee la protección legal a los inversores por ser un patrimonio de afectación separado de los inversores (fiduciantes/beneficiarios), esto es, las contingencias de un inversor no se transmiten al resto, y también separado del patrimonio propio del fiduciario que administrará este conjunto de bienes. Desde ya, la administración será retribuida en la forma pactada. No existe restricción alguna a la forma de remuneración del fiduciario pudiendo adoptarse el esquema que se entienda más adecuado (20). Asimismo, el plazo máximo de 30 años es más que suficiente para los fines del *venture capital* y *private equity*, y tampoco existen límites a las clases de fiduciantes/beneficiarios que se deseen crear. Asimismo, se puede disponer

(19) Si bien se podría pensar en una sociedad en comandita simple o por acciones, como vehículo legal en la Argentina, dado que es una sociedad que tiene dos clases de socios (el comanditado a cargo de la administración con responsabilidad solidaria y el comanditario que no participa de la administración y tiene responsabilidad limitada), lo cierto es que las restricciones y rigideces impuestas por la Ley General de Sociedades hacen poco práctico usarla para el *venture capital* y, dicho sea de paso, *rara avis* en el derecho societario argentino en general. En rigor de verdad, si no fuera por estas restricciones, sería el equivalente perfecto en la Argentina de las *limited partnerships* que veremos al tratar los vehículos en los Estados Unidos.

(20) Antes de la entrada en vigencia en agosto de 2015 del Código Civil y Comercial, que expresamente permitió que el fiduciario sea beneficiario, fuimos testigos de discusiones sobre si un fiduciario pudiera cobrar un honorario de éxito. Nuestra postura siempre fue que era perfectamente posible, que el fiduciario no recibía los bienes ni como beneficiario ni como fideicomisario, sino que cobraba un honorario (con las obvias consecuencias fiscales), lo que se aplica al hoy vigente art. 1672 del Cód. Civ. y Com., que establece que "No puede ser fideicomisario el fiduciario". En síntesis, es claro que no existe óbice alguno para que el fiduciario cobre un honorario fijo o variable, o sujeto a éxito porque el honorario de éxito no conlleva ser fideicomisario del fideicomiso.

que las distribuciones a los beneficiarios/fideicomisarios sean al momento de las ventas de las empresas en que se invirtió.

Un punto que vemos de gran importancia es que es perfectamente posible que el fideicomiso prevea un comité (o cualquier otro órgano) que sea el responsable de seleccionar las empresas a invertir y que, de ser parte del mandato fiduciario, sean directores o síndicos de las empresas invertidas. En otras palabras, no solo no hay limitación para que el fiduciario contrate a un tercero para desarrollar este rol, sino que puede estar prevista la creación de comités u órganos del fideicomiso con diferentes facultades para cada uno de sus miembros. Esto permite manejar en forma eficiente los aspectos vinculados con las *key persons* (que traduciremos como "personas clave") y con lo que ocurre si alguna de ellas no puede o no quiere desarrollar más su tarea.

Si bien solo existe un caso —nos referimos al ya mencionado caso del fideicomiso financiero CITES—, otra alternativa es la creación de un fideicomiso financiero, que cabe asumirse será con oferta pública de sus valores negociables. Esta alternativa requiere de un fiduciario financiero (en el caso del CITES es el Banco de Valores SA), que puede o no ser quien desarrolle la tarea de búsqueda, selección y seguimiento de las *startups* (21) y de la emisión de valores fiduciarios que —insistimos— bien podrían o no contar con oferta pública, pero lo deseable para permitir el acceso del mayor número de inversores y por aspectos fiscales (que explicamos a continuación), es que sí cuenten con oferta pública.

Si bien desde una perspectiva teórica existe la posibilidad de constituir un fondo común de inversión, lo cierto es que no existe ningún caso. En lo que hace al análisis legal cabe destacarse que desde la ley 27.440 de Financiamiento Pro-

(21) En el caso del fideicomiso financiero CITES I esta tarea la desarrolla CITES, esto es, el Centro de Innovación Tecnológica Empresarial y Social SA en su rol de administrador y agente de selección, desarrollo y aceleración (en la terminología actual de la CNV que veremos más adelante sería el "gestor profesional"), siendo el Banco de Valores SA el fiduciario financiero, organizador y agente colocador.

ductivo (22) se permite expresamente que la sociedad gerente de un fondo común de inversión pueda contratar asesores de inversión. Esto es, es perfectamente posible que quien desarrolla la tarea de búsqueda, selección y seguimiento de las empresas no sea la sociedad gerente sino un tercero. Cabe destacar que la ley mencionada introdujo otros cambios para facilitar los fondos especializados que van desde el fin de la responsabilidad solidaria de la sociedad gerente con la sociedad depositaria y la creación de fondos solo para inversores calificados (23). Damos por obvio que el fondo será cerrado, esto es, que el número de cuotas partes se mantiene fijo durante toda la vida del fondo, dado que los fondos abiertos (aquellos cuyo número de cuotas partes aumenta con las suscripciones y se reduce con los rescates, esto es, fluctúa a lo largo de la vida del fondo) solo pueden invertir en acciones o valores negociables representativos de deuda que gocen de oferta pública (24).

Cabe mencionar que la Comisión Nacional de Valores ha reglamentado los fideicomisos y fondos comunes de inversión (vehículos de inversión colectiva) de capital emprendedor en una reciente resolución (25). Entre los diversos puntos de esta resolución cabe destacar que:

a) Se reguló los requerimientos específicos de información para fondos de *venture capital* unificados, esto es, sin importar si son fondos comunes cerrados o fideicomisos financieros,

(22) Vulgarmente denominada "Reforma a la Ley de Mercado de Capitales", que entrara en vigor en mayo de 2018 y modificara, entre otras, la ley 24.083 de Fondos Comunes de Inversión.

(23) Para un análisis de los inversores calificados en el derecho argentino nos remitimos a MALUMIÁN, Nicolás —SCROFINA, Mariana, "Inversores calificados en el Mercado de Capitales", RDCO nro. 301, marzo-abril 2020, p. 191.

(24) Otras características de los fondos comunes de inversión cerrados es que necesariamente sus cuotas partes deben contar con oferta pública (como forma de darle liquidez a un fondo que no puede rescatar sus cuotas partes), pueden tomar deuda y constituir gravámenes sobre sus activos. Cabe destacar que, si bien su número de cuotas partes es fijo, bajo la normativa actual, se podría realizar una ampliación del número de esta previa autorización de la CNV.

(25) Nos referimos a la RG CNV 868/2020 publicada el 17/11/2020 y vigente a partir del día siguiente.

incluyendo las metodologías de valuación y mecanismos de selección de las sociedades elegibles, políticas de seguimiento de las inversiones y políticas de salida o estrategias de desinversión.

b) Se prohibió la emisión de títulos de deuda fiduciaria (para los fideicomisos financieros) y de cuotas partes de renta (para los fondos comunes). Por ende, solo se pueden emitir certificados de participación y cuotas partes de propiedad. Lo dicho conlleva que no pueden endeudarse con emisión de valores negociables, sino que solo sean vehículos de *equity*.

c) Se limitó la posibilidad de compra de estos valores negociables a los inversores calificados, y con base en este punto, se limitó el plazo de difusión a un día hábil.

d) Se estableció como requisito que participe un gestor profesional en la actividad de selección y gestión de las empresas invertidas, que deberá ser una persona jurídica, experta en la administración de los activos específicos objetos de inversión, con amplia experiencia en el ámbito nacional o internacional, o que el fiduciario o la sociedad gerente acrediten contar con los conocimientos, idoneidad, experiencia previa y antecedentes en la materia.

e) Se previó específicamente la posibilidad de constituir un comité de inversiones "con atribuciones en el asesoramiento de la política de inversión y desinversión y en la selección y análisis de los activos elegibles" y un comité de control "destinado al seguimiento de la gestión de las inversiones, del cumplimiento de las políticas de inversión respectivas y del análisis e identificación de situaciones de conflicto de interés" (26).

(26) Dadas las características de los activos subyacentes, y para facilitar el desarrollo de los fondos de *venture capital*, cabe mencionar que a los fideicomisos financieros de *venture capital* se los excluye de la obligación de nombrar un agente de control y revisión, esto es, un contador público independiente con una antigüedad en la matrícula no inferior a 5 años cuyas tareas profesionales son la revisión y control de los activos a ser transferidos al fideicomiso financiero, el control de los flujos de fondos provenientes de la cobranza y verificación del cumplimiento de los plazos de rendición dispuestos por la normativa vigente, el control de los niveles de mora, niveles de cobranza y cualquier otro parámetro econó-

f) En el caso de los fondos comunes de inversión no resultará de aplicación la obligación de solo invertir en activos argentinos para los fondos de inversión de *venture capital* que tengan por objeto “sociedades constituidas en el país con potencial expansión regional o internacional en virtud de su actividad”. Las Normas de la CNV disponen que “en dichos supuestos, los fondos autorizados bajo este régimen especial podrán mantener su participación de capital en sociedades constituidas en el país que, con posterioridad a su adquisición, sean objeto de canje por otros instrumentos representativos de capital en el marco de un proceso de fusión con una controlante del exterior”.

g) Se establecen pautas de diversificación de activos por las cuales no se puede invertir en una sociedad más del 20% del patrimonio del fondo común o fideicomiso financiero, ni más del 35% cuando se trate de inversiones en sociedades de un mismo grupo económico.

h) Finalmente, cabe destacarse que las Normas de la CNV receptan una práctica habitual ya comentada que es separar la suscripción (capital comprometido) de la integración disponiendo que “se podrá prever el diferimiento de la integración del precio de suscripción de los valores fiduciarios, con indicación en el prospecto o suplemento de un cronograma estimativo. En tales supuestos, se deberá establecer en el contrato de fideicomiso las consecuencias ante la mora en la integración y, en su caso, la afectación de los derechos de los tenedores de los valores fiduciarios”.

Para finalizar nuestro comentario con respecto a los vehículos en la Argentina, veremos muy brevemente el tratamiento frente al impuesto a las ganancias. Desde esta perspectiva, se destaca que en el caso de los fideicomisos ordinarios caben dos posibilidades. En primer lugar, si el total de fiduciantes coincide con los beneficiarios y son todos sujetos residentes fiscales en el

mico-financiero que se establezca en la operación, el análisis comparativo del flujo de fondo teórico de los bienes fideicomitados respecto del flujo de fondos real, y su impacto en el pago de servicios de los valores fiduciarios, el control de pago de los valores fiduciarios y su comparación con el cuadro teórico de pagos incluido en el prospecto y/o suplemento de prospecto, el control y revisión de los recursos recibidos y su aplicación.

país, el fideicomiso podría no ser sujeto del impuesto a las ganancias, sino que podría limitarse a determinar la ganancia y atribuirla a los inversores. En este caso, los dividendos que paguen las sociedades argentinas invertidas tributan directamente en cabeza de las personas humanas, sucesiones indivisas y beneficiarios del exterior como si los cobraran directamente, a las alícuotas para dividendos. En el caso de personas jurídicas, estos dividendos no tributan en cabeza del fideicomiso y son no computables para las primeras. La alternativa es que el fideicomiso opte por tributar como una sociedad, esto es, determina y paga el impuesto acorde a las alícuotas que veremos a continuación. Frente al pago de dividendos por las sociedades argentinas invertidas, estos serán no computables para el fideicomiso y las personas humanas, sucesiones indivisas y beneficiarios del exterior solamente tributarán sobre esta renta al momento de la distribución de utilidades por el fideicomiso. En el caso de personas jurídicas, las utilidades en este caso también califican como no computables a los fines del impuesto a las ganancias. Esta alternativa se presenta especialmente interesante para fideicomisos en *venture capital* y *private equity*, dado que cabe asumir que invierten en sociedades argentinas, y por ende, frente a un pago de dividendos, las personas humanas no tributarían directamente sobre estos, sino al momento de la distribución y, además, se diferiría la tributación sobre estos montos en caso que el fideicomiso los reinvierta en lugar de distribuirlos.

Con el fin de evitar toda duda, los fideicomisos ordinarios en que coinciden los fiduciantes y beneficiarios y no optan pagar como una sociedad anónima, dado que el fideicomiso no paga, sino que determina y atribuye la renta, los inversores (fiduciantes/beneficiarios) deben considerar la ganancia atribuida en su declaración jurada como ganancia de la tercera categoría. Este último punto es relevante, dado que para las personas humanas se perderían las reducciones de alícuota y las exenciones que pudieran existir, dado que las ganancias emergentes del fideicomiso estarían sujetas a la escala del 5% al 35% (que dado lo bajo de los montos en la escala suele resultar directamente un 35%), salvo en el caso de dividendos de fuente argentina cobrados por el fideicomiso, por los que las personas humanas tributan a la alícuota para dividendos que vemos a continuación.

Por su parte, con respecto al tratamiento del fideicomiso ordinario como sociedad, recordemos que las sociedades argentinas (incluyendo SA, SAU, SAS y SRL) están gravadas al 30%, menos los dividendos que cobren que son no computables (a partir del 2022 se reduciría al 25%). El pago de dividendos a personas humanas y beneficiarios del exterior están gravados al 7% (a partir del 2022 se incrementaría al 13%) (27).

Por su parte, tanto el fideicomiso financiero con oferta pública como los fondos comunes de inversión (que necesariamente deben contar con oferta pública) no son sujetos del gravamen, salvo inversiones fuera de la Argentina. Para los cuotapartistas personas humanas, el rescate y la enajenación están exentos. Finalmente, los tenedores de certificados de participación de fideicomisos financieros con oferta pública que sean personas humanas también estarían exentos por los rendimientos que cobren.

IV. Vehículos legales en los Estados Unidos

Desde ya los vehículos legales de *venture capital* y *private equity* en los Estados Unidos están sujetos a los requerimientos descriptos anteriormente en este trabajo. El vehículo legal que los cumple y que se ha mostrado el más utilizado en todo el mundo del *common law* es la *limited partnership* o LP. Si bien existen múltiples países (y en el caso de los Estados Unidos, múltiples Estados) con *limited partnerships*, lo cierto es que Delaware se destaca por la cantidad de

sociedades que se inscriben en ese Estado (28). La norma que rige las *limited partnerships* en el Estado de Delaware es la *Delaware Revised Uniform Limited Partnership Act* (29) y se caracteriza por permitir una amplia libertad negocial a quien redacte un *LP agreement* o acuerdo de *limited partnership*, esto es, su estatuto.

El *LP agreement* tiene dos clases de socios. Por un lado, los *limited partners* (también llamados comúnmente LPs) no tienen rol alguno en la administración del negocio, su responsabilidad es limitada al aporte comprometido, y reciben los rendimientos de la sociedad. Por otra parte, está el *general partner* (llamado también GP), que es quien maneja el negocio (en este caso elegir y administrar las empresas en que se invierte), tiene responsabilidad ilimitada por las deudas de la sociedad y recibe una remuneración establecida en el *LP agreement*. Pueden existir diversas clases de *limited partners*, como ya adelantamos, típicamente una diferencia es tener una preferencia al momento de una "liquidación", no solo frente a la liquidación final de la *limited partnership* sino frente a la venta de activos sustanciales. Si no existe una cláusula específica, la regla es que todos los derechos son proporcionales a la participación efectivamente hecha sobre el total (*pro rata share*) de las participaciones hechas por todos los *limited partners*. No es raro que los *general partners* también inviertan en el fondo de forma de mostrar que creen en su tarea y que tiene intereses

(27) Conforme al art. 86, incs. d) y e), ley 27.430, la alícuota corporativa de 30% se reduciría a 25% y la de dividendos se incrementaría del 7% al 13%, a partir de ejercicios que inicien a partir del 1 de enero de 2020. Sin embargo, esto fue suspendido por el art. 48, ley 27.541, "hasta los ejercicios fiscales que inicien a partir del 1 de enero de 2021 inclusive". Si bien la literalidad de la norma hizo suponer que las nuevas alícuotas recién aplicarían para ejercicios que inicien a partir del 2/1/2021, en el encuentro técnico tributario entre autoridades del Ministerio de Economía, AFIP y entidades profesionales del 8/1/2020 la AFIP manifestó que entendía que la suspensión era por un período fiscal, por lo que las nuevas alícuotas aplicarían a ejercicios que inicien a partir del 1/1/2021. Sin perjuicio de ello, a la fecha existe un proyecto de ley que establece la prórroga de la suspensión para ejercicios fiscales que inicien entre el 1/1/2021 y hasta el 31/12/2021, inclusive, que probablemente sea aprobado por el Congreso de la Nación.

(28) La elección de Delaware entre todos los Estados de los Estados Unidos responde a varios motivos. El primero, y que tal vez sea el menos mencionado formalmente, es que, dado que existe una gran cantidad de compañías en ese Estado que ha demostrado tener tribunales y una autoridad de registro y contralor de sociedades muy eficientes, hay poco incentivo para probar nuevas alternativas. La segunda es la flexibilidad de su legislación para reflejar el acuerdo entre las partes y la claridad y abundancia de su jurisprudencia. De hecho, al tratar temas corporativos (desde fusiones, venta de acciones y responsabilidad de directores, hasta juicios en protección de minoritarios) no es de sorprender que la inmensa mayoría de los fallos sean de la *Court of Chancery* o de la *Supreme Court* de Delaware.

(29) Cap. 15 del título VI, "Commerce and Trade", *Delaware Code*. De hecho, el art. 1202 del citado cap. 15 del Código de Delaware dispone que ese capítulo puede ser citado como la *Delaware Revised Uniform Partnership Act*.

alineados en juego (30). Esto no se debe confundir con la limitación a realizar inversiones en competencia o por fuera del fondo, tema que suele ser objeto de prohibición, o de expreso tratamiento permitiéndolo, pero con clara advertencia a los *limited partners*.

Cabe destacar que generalmente no existe una oferta pública de participaciones, por lo que la colocación de ellas es hecha en forma privada por lo que existe una muy limitada liquidez de las participaciones en la *limited partnership*. Lo dicho conlleva que existan fuertes restricciones a la forma en que se puede ofertar la participación en el fondo.

En referencia al tratamiento fiscal frente al impuesto a las ganancias federal de los Estados Unidos, cabe mencionar que la regla general es que la *partnership* no es un sujeto del impuesto, debiendo las ganancias ser atribuidas a sus socios (en este caso los *limited partners*). El hecho de que no se haga oferta pública es especialmente relevante a los fines fiscales, dado que las *partnerships* que hacen oferta pública de sus participaciones son tratadas como una *corporation* a los fines fiscales (esto es, pagan un 21% en su cabeza y cuando distribuyen los dividendos vuelven a pagar) (31).

En el caso de los *limited partners* en los Estados Unidos, deberán considerar año a año la ganancia de la *partnership*, sea que se le haya distribuido o no, debiendo considerar la ganancia como si la *partnership* no existiera. Esto conlleva que podría darse la situación en que el *limited partner* deba reconocer una ganancia, pero la *partnership* no distribuya utilidades, por lo que el *limited partner* deba afrontar el impuesto con sus propios activos. Por el contrario, si hubiera una distribución de efectivo (o valores negociables con oferta pública), esta distribución reduciría el monto a atribuirse en forma ficta a los *limited partners* de la ganancia dado que efectivamente ya tendrían la distribución y deberían gravarla en su cabeza.

(30) Una expresión muy gráfica que se utiliza en estos casos es *skin in the game*, si se me permite la traducción libre, sería sufrir en carne propia o tener el pellejo en juego.

(31) Existiría una excepción que tiene, entre otras condiciones, el requisito de que el 90% o más de la renta del vehículo tenga el carácter de *qualifying income* (que incluye, entre otros, intereses y dividendos).

En el caso de *limited partners* que no sean sujetos fiscales en los Estados Unidos la regla es que se considera que obtienen ganancia por la realización de negocios en los Estados Unidos. En la práctica esto conlleva una retención del 30% a menos que exista un convenio para evitar la doble imposición entre el país del *limited partner* y los Estados Unidos. En tal sentido, cabe destacar que no existe convenio vigente entre la Argentina y los Estados Unidos por lo que la alícuota aplicable para un inversor argentino sería del 30% que cabe asumirse podría tomar como crédito fiscal contra el impuesto a las ganancias argentino hasta el límite del incremento del impuesto argentino generado por la renta distribuida por la *partnership*. Otro punto especialmente relevante para un inversor argentino es que, dado que la *partnership* no es un sujeto fiscal en los Estados Unidos, al igual que le ocurre a los *limited partners* en ese país, los inversores argentinos deberán considerar que las inversiones hechas por la *partnership* fueron hechas directamente por el inversor argentino. Con respecto al caso de una venta de una participación en la *partnership*, cabe esperarse que sea considerar una venta cuyo valor derive de los activos subyacentes de la *partnership*, y como tal sujeta a una retención del 10% en los Estados Unidos. Desde la perspectiva argentina, las personas físicas estarán sujetas a un impuesto del 15% y las sociedades a una tributación del 30% (o 25%) (a la cual se sumará un 7% —o 13%— al momento de distribuir los dividendos) dado que estas últimas no distinguen entre ganancias ordinarias y de capital.

V. La preferencia de los fondos de *venture capital* por invertir en *C Corp* en Delaware

Dado que son transparentes a los fines fiscales y dada su muy fácil constitución, muchos emprendedores y empresas optan por una *limited liability company* o *LLC*. Pero los fondos de *venture capital* y *private equity* suelen exigir una forma societaria y un tratamiento fiscal propio de una *C Corp* (32). Justamente el

(32) Una *corporation* puede tratarse fiscalmente como una *LLC*, esto es, se la considera transparente a los fines fiscales si así lo elige. A esta clase de *corporations* se la denomina *S Corp*. Sin embargo, para poder tener este tratamiento fiscal estará sujeta a varias restricciones incluyendo solo poder emitir una clase de acciones (en rigor de verdad se permite diferenciar acciones, pero solo en lo que

tratamiento fiscal descrito es una de las razones para que las *limited partnerships* como vehículos de *venture capital* prefieran invertir en *C Corps* (esto es, sociedades por acciones que, tal como ya adelantamos, tributan en su cabeza el 21%, y cuando distribuyen se vuelve a gravar los dividendos). El motivo es que los *limited partners* suelen ser inversores institucionales como fondos de universidades (*endowments*), fondos de pensiones de empleados públicos o de empresas privadas y otros entes no gravados por impuestos, pero que no pueden recibir renta emergente de un negocio que no pagó sus impuestos en cabeza del negocio. En otras palabras, si la empresa invertida no es una *C Corp* sino que es una entidad transparente a los fines fiscales, la *limited partnership* también es transparente y por ende es el *limited partner* quien debería ser el responsable de pagar el impuesto. En cambio, si la empresa invertida es una *C Corp* y paga su impuesto, luego el fondo y los *limited partners* no tienen este problema.

Otro aspecto fiscal que hace a la elección de las *C Corp* (al menos en los fondos de *venture capital*) es que las empresas invertidas por los fondos de *venture capital* no van a repartir dividendos, sino que preservarán su efectivo para desarrollar su negocio. La *C Corp* tributa 21% sobre cualquier utilidad (pero podría darse que no haya ganancias los primeros años) e incluso en caso de haber ganancias, no habrá pago de dividendos. En consecuencia, los inversores no tienen nada que gravar dado que no hay atribución de las rentas (insistimos, si hubiera ganancias) y seguramente de atribuirse los inversores estarían gravados a tasas iguales o superiores al 21%.

Desde ya existen otros motivos ajenos a lo fiscal para la preferencia por *C Corps*. Uno de los más destacados es que, si bien es posible tener diferentes clases de participaciones en una *limited liability company* (o LLC), lo cierto es que los fondos invierten en acciones preferidas que ante la venta o liquidación de la compañía invertida tienen derecho a recobrar su inversión antes que los accionistas ordinarios cobren (tal

hace al derecho al voto), y solo los residentes fiscales de los Estados Unidos pueden ser sus accionistas. El tratamiento entre una *S Corp* y una LLC no es exactamente el mismo frente al Impuesto a las Ganancias, como regla genera el de la LLC es más flexible y favorable en lo que hace a aportes y distribuciones de activos, entre otros puntos.

como adelantamos, esto es similar a la preferencia que puede tener un *limited partner* en el vehículo). Esto se llama 1 x *liquidation preference* (si es que cobran 1 vez lo aportado, puede ser más de una vez y será 1.5 o 2 x), que a su vez puede ser *participating* o *non-participating* (según exista o no, en forma adicional al recuperado de lo invertido, un derecho a cobrar una participación en la distribución entre los accionistas ordinarios). En síntesis, es una forma de dejar de lado una distribución que, de no existir esta cláusula, sería hecha de manera proporcional entre todos los accionistas. Esta clase de acciones ha sido utilizada y probada en *corporations* por lo que su utilización genera mayor seguridad.

Mismo comentario se puede hacer sobre disposiciones antidilución y otras condiciones exigidas por los fondos para invertir en empresas. En tal sentido cabe destacar que un punto especialmente desarrollado bajo la ley de Delaware en las *corporations* es las *protective provisions* sobre votos de los fondos de *venture capital* en relación con emisión de nuevas clases de acciones, venta de la propiedad intelectual de la compañía, venta de las compañías en sí mismas, liquidación o recapitalización, y *registration rights* (el derecho a pedir que la compañía liste sus acciones).

Finalmente, una *C Corp* no tiene límites con respecto al número de accionistas actuales o futuros ni limite a su domicilio, por lo que da perfecta libertad para implementar toda clase de compensación con acciones (*stock options plan*).

Con respecto a la elección al Estado de Delaware, si bien existen otros que muy probablemente no presenten un problema (Nueva York y California por nombrar los obvios), lo cierto es que la elección de Delaware garantiza que sea aceptado por los fondos de *venture capital* sin necesidad de explicaciones.

Dado que la inmensa mayoría de fondos nombra directores en las compañías, el último punto que comentaremos será los estándares de actuación de los directores bajo el derecho de Delaware, y en particular, la responsabilidad de los directores nombrados por fondos de *venture capital* frente a situaciones que podrían mostrarse conflictivas. Para ello comentaremos el caso “Trados” de la Corte de Equidad de Delaware (*Delaware Court of Chancery*).

VI. El caso “Trados” y los estándares de actuación de los directores nombrados por fondos de *venture capital*

Como regla introductoria general cabe destacar que los directores de las *corporations* tienen deberes basados en la confianza depositada en ellos por los accionistas (*fiduciary duties*). Debiendo actuar en el mejor interés de los accionistas ordinarios de la *corporation*. Esto conlleva la obligación de estar informados sobre lo que acontece y afecta a la *corporation*, y actuar de buena fe y prudentemente para tomar medidas que, al momento de la decisión, se muestren como las más favorables a la *corporation* (y no a sus intereses personales). Lo dicho bajo ningún punto de vista significa que el director sea responsable si luego la decisión se muestra desahogada o por cualquier otra causa los negocios de la sociedad no resultan como se esperaba. El estándar es de actuación diligente y no conlleva asegurar un resultado. Pero, tal como es obvio, si se va contra el estándar (incluyendo una decisión contra el estatuto o el derecho estadual o federal) sí se será responsable por los daños causados (33).

Dado que los fondos de *venture capital* suelen invertir en acciones preferidas (en particular, en lo que respecta a la ya explicada *liquidation preference* al momento de la venta de la compañía) y esto puede dar lugar a conflictos con los tenedores de acciones ordinarias (generalmente, fundadores de la compañía y empleados con *stock options*), esta situación ha sido objeto de amplio debate y es por ello que el fallo “Trados” es tan relevante (34).

(33) En lo que hace a la Argentina, cabe destacar que, conforme al art. 59, LGS, “Los administradores y los representantes de la sociedad deben obrar con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios. Los que faltaren a sus obligaciones son responsables, ilimitada y solidariamente, por los daños y perjuicios que resultaren de su acción u omisión”. Más específicamente, cabe recordar que la CNV por RG 797/2019 actualizó el código de gobierno societario.

(34) Existen otras fuentes de conflictos, como por ejemplo si alguna de las partes tiene intereses en juego en una operación con la compañía, si alguna de las partes también es propietaria de una compañía competidora, si existe algún tipo de tenedor intermedio (p. ej., *holding* o fondo común de inversión), si hay diferentes horizontes de inversión, entre otros. Pero insistimos, que el caso más

Un punto que debe considerarse y que puede llamar la atención al lector argentino (o de países del derecho civil continental, en general) es que el directorio de una *corporation* debe aprobar ciertas acciones como por ejemplo la venta de la compañía (35). Esto no conlleva que, en ciertos casos, el accionista no deba luego también aprobarla, pero incluso si es necesaria la aprobación de los accionistas, será posterior a la aprobación del directorio, y podría estar condicionada por la existencia de normas que no requieran mayoría agravada o que, como en el caso, tomen el total de las acciones y no cada clase en forma separada. En el caso “Trados” sí hubo una votación de los accionistas aprobando la transacción (36), pero ello no fue óbice a que

discutido ha sido el de la venta de activos y la aplicación de *liquidations preferences*.

(35) De hecho, el fallo que comentamos, con cita a amplia jurisprudencia, establece que “la obligación de actuar por el beneficio final de los accionistas no requiere que los directores cumplan con los deseos de un subgrupo particular del total de accionistas. Ver *Lear Corp. S’holder Litig.*, 967 A.2d 640, 655 (Del. Ch. 2008) (‘Los directores no son termómetros, cuya existencia tenga por objeto registrar el siempre cambiante sentimiento de los accionistas (...). Durante la vigencia de su mandato los directores pueden tomar acciones de buena fe que ellos crean van a beneficiar a los accionistas, incluso si ellos saben que los accionistas no están de acuerdo con ellos’); *Paramount Commc’ns Inc. v. Time Inc.*, 1989 WL 79880, at 30 (Del. Ch. July 14, 1989) (‘La ley societaria no opera sobre la teoría que los directores, en ejercicio de sus funciones de administración de la sociedad, están obligados a seguir los deseos de la mayoría de los accionistas. De hecho, son los directores y no los accionistas los que tienen la tarea de administrar la sociedad’), *Time*, 571 A.2d at 1150; *TW Servs.*, 1989 WL 20290, at 8 n. 14 (‘Mientras que la democracia corporativa es un concepto pertinente, una corporación no es una reunión de pueblo de Nueva Inglaterra; los directores, y no los accionistas, tienen la responsabilidad de administrar los asuntos de la sociedad, desde ya sujetos a la *fiduciary duty*’). Los accionistas pueden tener sus razones propias y peculiares para preferir decisiones para mal atribuir el capital. Los Directores deben ejercitar su juicio fiduciario en forma independiente; no tienen por qué proveer a los caprichos de los accionistas. Ver *Time*, 571 A.2d at 1154 (‘La Ley de Delaware confiere a los directores de la corporación en la administración de la sociedad. La *fiduciary duty* de administrar la sociedad incluye la selección del marco temporal para alcanzar los objetivos de la sociedad. Esta tarea no puede ser delegada en los accionistas’).”

(36) El porcentaje necesario para aprobar la transacción por parte de los accionistas de Trados, luego de ser aprobada por el directorio, era del 61% de los accionistas

un accionista ordinario que representaba el 5% demandara a los directores.

Otro aspecto para destacarse es que el fallo no es de la Corte Suprema de Delaware sino de la Corte de Equidad de Delaware (*Delaware Court of Chancery*). Si bien las cortes de equidad fueron eliminadas (unificándolas con las cortes de *common law*) en Inglaterra y en la mayoría de los Estados de los Estados Unidos, fueron reconocidas y reguladas por la segunda Constitución de Delaware (que rescataba una larga tradición anterior) en 1792 (37), para permanecer en el

preferidos (se obtuvo el 79,9%) y 50% del total de accionistas de todas las clases (se obtuvo 55,4%). Cabe destacar que no hubo una votación solo de los accionistas ordinarios, un punto que el fallo destaca.

(37) Esta segunda Constitución de Delaware (que no es la vigente) establecía en la primera oración de su art. VI, secc. 14, que la jurisdicción de equidad hasta ese momento ejercida por la *Common Pleas Court* sería separada de la jurisdicción del *common law*, y atribuida a un canciller, quien sería titular de las Cortes de Equidad en varios condados de este Estado (el texto en inglés dice: "The equity jurisdiction heretofore exercised by the Judges of the Court of Common Pleas, shall be separated from the common law jurisdiction, and vested in a Chancellor, who shall hold Courts of Chancery in the several counties of this State"). Esta norma es especialmente relevante pues da cuenta de que ya había una jurisdicción de *equity* separada del *common law*, y además porque por primera vez en el derecho del Estado de Delaware se crea expresamente esta Corte para ejercer esta jurisdicción. Posteriormente hubo varios cambios relevantes en la organización del Poder Judicial de Delaware, entre los cuales cabe destacar: la Constitución de 1897 de Delaware reguló con mayor detalle a la *Court of Chancery* y su relación con el resto del Poder Judicial; en 1949 una reforma constitucional que recibió la figura del *vice chancellor* (el primer *vice chancellor* se nombró en 1939, el segundo en 1961, el tercero en 1984; el cuarto en 1989, y posteriormente se sumaron dos más, siendo hoy una corte de 7 miembros, 6 *vice chancellors* y un *chancellor*); y en 1951 se creó una Corte Suprema del Estado tal como existe hoy en día que es la superior de la *Court of Chancery*. Con respecto a este último punto cabe destacar que la Corte Suprema de Delaware en los casos "Glanding v. Industrial Trust Co." (1945) y "duPont v. duPont" (1951) dijo que la *Court of Chancery* posee bajo la constitución de Delaware los poderes como tribunal de equidad de la que fuera la *High Court of Chancery* en el Reino Unido y que existiera al momento de la independencia de los Estados Unidos en 1776. Finalmente, cabe comentar que si bien, tal como ya se dijo, esta Corte ha tratado casos sumamente relevantes en materia de corporaciones, su competencia es muy amplia pues incluye cualquier remedio no previsto por el *common law* por lo que ha dictado fallos sobre testamentos, fideicomisos, discriminación racial, negativa a

derecho constitucional del Estado hasta hoy en día. Cabe destacar que desde principios del siglo XX es esta Corte en la cual se tratan los grandes casos corporativos del Estado de Delaware, muchos de los cuales giran en torno al *fiduciary duty* (traducible como deber de lealtad) de sus directores, y, por ende, la mayoría de los grandes casos corporativos de los Estados Unidos.

Hechas estas aclaraciones, pasamos al análisis del fallo del 16 de agosto de 2013, en la causa "Trados Incorporated Shareholder Litigation". Los hechos del caso son los siguientes: Trados era una desarrolladora de una *software* de traducción, creada en 1985, que a partir del año 2000 recibió varias rondas de financiamiento por parte de fondos de *venture capital* (38),

recibir tratamientos médicos, derechos reales y temas de capacidad de las personas, entre otros.

(38) Solo para dar una idea de los diversos inversores y miembros del directorio cabe mencionar que en marzo de 2000, First Union Capital Partners, el antecesor de Wachovia Capital Partners, LLC invirtió US\$ 5 millones en Trados recibiendo 1.801.303 acciones de la serie A, *Participating Preferred Stock*, y 1.838.697 de la serie B, *Non-Voting Convertible Preferred Stock*. Estas últimas, luego las convertiría a serie A *shares*, pasando a tener un total de 3.640.000 acciones preferidas. Las acciones de la serie A tenían una *liquidation preference* igual a su precio de adquisición original de US\$ 1,374 cada una, más un dividendo acumulativo del 8% anual que incrementaba el monto del *liquidation preference*. Asimismo, Wachovia obtuvo el derecho a designar un director y lo nombró. En abril de 2000, Mercury Capital, el predecesor de Hg Capital LLP, invirtió US\$ 10,25 millones a cambio de 5.333.330 acciones serie C, *Preferred Stock*. Tenían un *liquidation preference* equivalente a su precio de adquisición de US\$ 1,922. En agosto de 2000, Hg invirtió US\$ 2 millones adicionales a cambio de 862.976 acciones serie D, *Preferred Stock*, con *liquidation preference* equivalente a su precio de adquisición de US\$ 2,3176. En septiembre de 2000, Hg compró 1.379.039 acciones ordinarias por aprox. US\$ 2,3 millones. Hg también tenía el derecho a nombrar un director y así lo hizo. Tanto Wachovia como Hg hicieron inversiones adicionales (*follow-on investments*). Posteriormente, Trados compró a Uniscape que a su vez había recibido varias rondas de fondeo de Venture Capital incluyendo a Sequoia Capital por un total de US\$ 13 millones, y que ya tenía designado a un director en el directorio de Trados. Asimismo, Uniscape tenía una inversión de Mentor Capital LLC, manejado por Joseph Prang, que era miembro del directorio de Uniscape. Luego de la fusión en que Trados absorbe a Uniscape, Sequoia pasa a tener el derecho a nombrar dos directores en Trados. En agosto de 2002, Trados recibe US\$ 2 millones de Invision AG, a cambio de 2.350.174 acciones serie F, *Preferred Stock*, que tenían un *liquidation preference* equivalente al valor de adquisición de US\$ 0,8510. Invision

pero que luego de estos aportes no lograba que su negocio fuera como deseaba, y en un esfuerzo por salir adelante contrató nuevos gerentes (a los cuales debió prometer un incentivo) y tomó deuda. En 2005 finalmente el directorio de Trados aprobó la venta y la fusión con una tercera compañía, siendo el fin de la vida de Trados. Tal como a esta altura es obvio, la relevancia del fallo es por involucrar la venta de una compañía en la cual invirtieron varios fondos de *venture capital* (con acciones preferidas por tener *liquidation preference*), incluir personal jerárquico de la firma que recibió un pago en calidad de incentivo por la venta y la existencia de accionistas ordinarios (que nada cobraron, puesto que los fondos no fueron suficientes luego de pagadas las acciones preferidas y los incentivos).

En este caso se ve claramente la relevancia de la *liquidation preference*, los fondos de *venture capital*. En números concretos, de un total de US\$ 60 millones de precio de venta, el 13% (US\$ 7,8 millones) fue para el *management* por el esquema de incentivos, el saldo de US\$ 52,2 millones fue para los tenedores de acciones preferidas (fondos de *venture capital*), esto es menos del total de US\$ 57,9 millones a los cuales tenían derecho como *liquidation preference* (tal como explicamos en una nota al pie, en algunos casos la *liquidation preference* incluía dividendos preferidos devengados no pagados), y reiteramos, nada quedó para los accionistas ordinarios (39).

pasó a tener derecho a nombrar un director y así lo hizo. La diferencia es que no nombró a un socio de la firma, sino que era un tercero. En agosto de 2003, Invision invirtió US\$ 2 millones adicionales a cambio de 2.428.513 acciones serie, *FF Preferred Stock*, con un *liquidation preference* de su valor de adquisición de US\$ 0,8235.

(39) Adjuntamos el cuadro con el detalle de lo obtenido por cada fondo de *venture capital* medido en millones de dólares estadounidenses:

Fondo de <i>venture capital</i> (accionistas preferidos)	Total de inversión (<i>ex-dividends</i>)	Parte del precio de venta que obtuvo	Ganancia
Hg	16,6	18,9	2,3
Wachovia	6	8,1	2,1
Invision	4	4,3	0,3
Sequoia	3,8	4,4	0,6
Mentor	0,191209	0.220633	0,029424

Los accionistas que demandaron dijeron que lo que más les interesaba era salirse de la inversión y que lo correcto hubiera sido esperar para generar un mejor valor de venta así los accionistas ordinarios hubieran podido cobrar algo.

Pero, ¿cómo vio esta situación el tribunal? El tribunal desarrolla un extenso y profundo análisis. En su análisis legal general sobre la responsabilidad de los directores, el tribunal dice:

a) Existe una importante jurisprudencia en materia de *fiduciary duty* de directores en Delaware: desde el caso “Cede & Co. v. Technicolor, Inc. (Technicolor I)”, 542 A.2d 1182 (Del. 1988), se incluyó en el derecho de Delaware el análisis del *fiduciary duty* de los directores, en una infinidad de casos dando lugar a numerosa y profunda jurisprudencia del tribunal (que será utilizada como fundamento de la decisión).

b) *Standard of conduct* y *standard of review*: En los casos en que se analiza la posible violación a este *fiduciary duty* se debe distinguir el *standard of conduct* del *standard of review*. El primero (*standard of conduct*) describe lo que se espera que hagan los directores y es definido en el contexto de las obligaciones de lealtad y cuidado. Este estándar es calificado en el fallo como piedra fundamental y requiere que se promueva la creación de valor para beneficio de los accionistas (citando profusa jurisprudencia en la materia). El segundo (*standard of review*) es el test que los Jueces deben aplicar cuando evalúan si los directores han cumplido el *standard of conduct* en el caso concreto, y determina lo que el demandante debe alegar y probar.

c) Niveles del *standard of review*: Existen tres diferentes niveles de *standard of review* bajo el derecho de Delaware: 1) si los directores son independientes y no tienen intereses en juego en las decisiones que toman, se aplica el estándar más favorable ellos, que es el *business judgment rule*; 2) si hay conflictos potenciales de interés en situaciones recurrentes y fácilmente identificables, se aplica el *enhanced scrutiny*; y 3) finalmente, si los directores que toman la decisión no son en su mayoría independientes y tienen intereses en juego, se aplica el más riguroso de los criterios, *entire fairness*. El tribunal aclara que se puede evitar los criterios más rigurosos si se crea un comité independiente para tomar la decisión o se somete la misma a la aprobación

de accionistas que no tengan un interés en el tema.

d) *Business judgement rule*: El nivel que como regla se aplica es el *business judgment rule*. Esta regla conlleva asumir que al tomar una decisión el directorio actuó correctamente informado, de buena fe y en la creencia honesta de que la acción tomada es en el mejor interés de la compañía. Esta regla refleja y promueve la lógica de que el directorio es el cuerpo societario adecuado para manejar los asuntos de la compañía. Salvo que se pruebe en contrario, esto es, que uno de los elementos no existió (esto es, información, buena fe y honestidad), los tribunales solo pueden revisar la racionalidad de la decisión, entendida como una decisión lógica para lograr los objetivos de la corporación, y solo ante la total falta de racionalidad se puede imputar la decisión.

e) *Enhanced scrutiny*: Es el nivel intermedio de los estándares que usa el tribunal en Delaware. Requiere que los directores demandados demuestren que sus motivos fueron correctos y no actuaron en su propio interés, y que sus acciones fueron razonables para lograr los objetivos legítimos de la compañía. Este estándar se aplica a casos específicos en los cuales incluso directores independientes podrían ver comprometida su decisión por existir un conflicto de intereses. Este nivel fue creado en el caso “Unocal” (40) por la Corte Suprema de Justicia de Delaware, un caso en que se analizaba un *take over* hostil (una compra de una compañía sin buscar el consentimiento de esta), y fue aplicado nuevamente en el caso “Revlon” (41). En rigor de verdad, los tribunales solo han considerado a los directores responsables bajo este estándar en casos en que las decisiones se demostraron groseramente imprudentes e inexplicables, al punto que ninguna persona de bien y mínimamente informada podría haber tomado esa decisión. En síntesis, si se aplica el *enhanced scrutiny* los directores deben demostrar que actuaron razonablemente para obtener el mejor

valor para los accionistas en las circunstancias concretas del caso.

f) *Entire fairness*: Este es el estándar más estricto de las cortes de Delaware y se aplica cuando el directorio está decidiendo en un contexto de conflicto de interés real (no potencial). Si este estándar se aplica, el director demandado debe demostrarle al tribunal que tanto el proceso de la decisión como el resultado fueron justos (42). El análisis del proceso de decisión incluye si fue hecho en el momento correcto, cómo se inició, estructuró la transacción, se negoció, y como se aprobó por los directores y los accionistas. El precio justo se vincula a monto y forma de pago de la contraprestación, sobre la base de activos de la compañía, valor de mercado de estos, ganancias, estimaciones futuras, entre otros. Se destaca que no basta que los directores creyeran que la transacción era justa, la transacción debe ser justa medida en forma objetiva más allá de lo que el directorio crea (“Gesoff v. IIC Indus., Inc., 902 A.2d 1130, 1145 [Del. Ch. 2006]).

g) El caso de los directores de Trados: En el caso concreto de Trados, el tribunal explica que, dado que el directorio de Trados no tenía una mayoría de directores independientes de los accionistas preferidos y que no tuvieran intereses en juego, por lo que el estándar a aplicarse es el más riguroso de *entire fairness*. Esto no quiere decir que necesariamente los directores violaron su *fiduciary duty*, pero sí significa que se aplica el estándar más escrito y se debe probar que la transacción que el directorio de Trados aprobó era objetivamente justa. En otras palabras, no existe un obstáculo legal en ser director designado por un fondo de *venture capital*, pero debe probar que las decisiones en el directorio de Trados eran conforme a su *fiduciary duty* en relación con los accionistas de Trados.

Asimismo, la Corte estableció que los demandantes (los accionistas ordinarios) habían probado que los directores nombrados por los fondos de *venture capital* tenían un interés en actuar a favor de ellos mismos y no de los accionistas ordinarios (43), y que por ende el estándar

(40) Fallo de la Corte Suprema de Delaware del 10/6/1985, *in re* “Unocal Corp. v. Mesa Petroleum Co.”, Del. Supr., 493 A.2d 946, 955 (1985).

(41) Fallo de la Corte Suprema de Delaware del 13/3/1986 *in re* “Revlon, Inc. v. MacAndrews & Forbes Holdings”, 506 A.2d 173 (1986).

(42) El *leading case* es “Cinerama, Inc. v. Technicolor, Inc. (Technicolor III)”, 663 A.2d 1156, 1163 (Del. 1995).

(43) El fallo explica que los inversores en *venture capital* al tener *liquidation preference* ganan menos del incremento de valor de la firma y pierden más en caso de fracaso

de actuación era más elevado que el normal. En otras palabras, que debía aplicarse el *entire fairness standard*. Este estándar requiere que los directores demandados demuestren que el proceso y las condiciones de venta fueron justos. Esto es, se revierte la lógica general: probado que el director tiene un interés diferente al de la *corporation* en juego en la decisión, es el director el que debe probar que actuó diligentemente (esto es, ya no se presume a su favor sino, en su contra). Para llegar a la conclusión de que los directores nombrados por los fondos de *venture capital* tenían un interés en juego, el tribunal consideró que los fondos de *venture capital* buscan altos retornos en un lapso limitado (generalmente 10 años o menos), y que los fondos que invirtieron en Trados no eran la excepción a esta regla. Esto conllevó considerar que los directores de Trados designados por los fondos de *venture capital* tenían una clara preferencia por salirse de la inversión y vender la compañía, siendo irrelevante si el director era empleado o no del fondo que lo había nombrado, dado que, en este último caso, tenía relaciones profesionales a largo plazo con los fondos. En otras palabras, el mero hecho de que no cobrara un sueldo del fondo no lo convertía en un director independiente si la relación y defensa de los intereses del fondo era evidente.

El tribunal agrega que el procedimiento para tomar la decisión no fue el correcto, dado que se podría haber obtenido una opinión de un tercero independiente, se podría haber pagado todo o una mayor proporción del incentivo de los fondos que le correspondían a las acciones preferidas en vez de las ordinarias, se podría haber constituido un comité independiente para analizar la operación, o sujetar la transacción a la aprobación de todos o una parte mayor de los accionistas ordinarios.

de la misma. Esto conlleva que un directorio controlado por directores nombrados por los fondos de *venture capital* tienda a ser adverso al riesgo, y prefieran la venta de la compañía que su continuidad como ente independiente. Este efecto distorsivo es más probable cuando la firma no es un fracaso total (en ese caso todos pierden) ni es un gran éxito (en ese caso todos ganan) sino cuando está en un rango intermedio. En la jerga, a las empresas en esta situación "intermedia" se las denomina *living dead*. Típicamente son empresas de fondos que ya están buscando cerrarse, que no justifican su total abandono, pero que no tienen un crecimiento que permita venderse con ganancias interesantes, por lo que se busca su venta a compañías más grandes en el mismo rubro.

Asimismo, destacó su postura en otros fallos en el sentido de que los directores deben defender los intereses de los accionistas ordinarios, dado que los accionistas preferentes tienen acuerdos que los protegen. No existe *fiduciary duty* a favor de los derechos de los accionistas preferentes, dado que es una cuestión contractual y no emerge de derechos como tenedor de capital en la sociedad, no existiendo una obligación del directorio de maximizar el *liquidation preference* de un accionista preferente. En otras palabras, el tribunal puso en duda (por decir lo menos) que el procedimiento seguido por el directorio para tomar la decisión haya sido el correcto.

Frente a este planteo, uno podría imaginar que el tribunal iba a fallar contra los directores, pero el tribunal estableció que la justicia (*fairness*) debe mirar el precio y el proceso de venta, y dado que la evidencia mostró que el valor económico obtenido por los accionistas ordinarios (esto es, cero) era justamente el valor de las acciones ordinarias al momento de la transacción (nada), entonces el precio obtenido fue el justo. El tribunal ve razonable que se haya entrado a la transacción dados los riesgos y lo dudoso de que la compañía en el futuro fuera exitosa. En conclusión, el tribunal falló diciendo que la venta fue justa para los accionistas ordinarios de Trados y que el directorio (incluyendo los directores nombrados por los fondos de *venture capital*) no violó sus *fiduciary duties* al aprobarla.

VII. Comentario final

No es una sorpresa que en los Estados Unidos exista una mucho mayor experiencia en la constitución y el uso de vehículos de *venture capital*, y si bien sus formas jurídicas y jurisprudencia no son trasladables sin mayor análisis, sí es cierto que conocerlas brinda una guía de importancia.

Cabe destacar que nuestra Corte Suprema ha citado en varias oportunidades precedentes de los Estados Unidos (siendo el caso más famoso "Marbury vs. Madison", que dio lugar al inicio del control constitucional difuso en la Argentina), por lo que no queda duda de la relevancia del conocimiento de la práctica y derecho estadounidense para quienes debemos responder consultas en la Argentina.

En síntesis, esperamos que esta comparación entre los vehículos y normas de ambos países sea de utilidad.

SOCIEDADES

DOCTRINA

Análisis conductual del derecho de sociedades

Diego A. J. Duprat (*)

Sumario: I. Aclaraciones previas.— II. El análisis conductual del derecho de sociedades. Una perspectiva distinta sobre el gobierno corporativo.— III. Cuestiones particulares del derecho de sociedades.— IV. Decisiones “grupales” en el marco de las sociedades.— V. El *status quo bias* y el *endowment effect*.— VI. Opiniones y conclusiones.

I. Aclaraciones previas

El presente trabajo constituye un somero y superficial panorama sobre la influencia y la aproximación del *behavioral analysis of law* (1) a ciertos aspectos del derecho de sociedades.

Se estructura, básicamente en cuatro partes. En la primera, se hará una breve introducción a la perspectiva del análisis comportamental sobre el derecho de sociedades; la segunda se enfocará en la toma de decisiones de los administradores, sus deberes de conducta y responsabilidad, deteniéndose en el efecto del sesgo de retrospcción y en algunos aspectos del funcionamiento de la *business judgment rule*. En la tercera parte se analizarán las decisiones “grupales” en el marco de las sociedades y los sesgos cognitivos que suelen afectarlas. En la cuarta, nos referiremos a como las nociones de *status quo bias* y *endowment effect* pueden llegar a explicar muchos aspectos de las sociedades, especialmente de las denominadas cerradas. Por último, en la quinta se ensayarán algunas conclusiones provisorias y parciales sobre esta

particular perspectiva de análisis del derecho societario.

Quedan para un futuro trabajo las cuestiones sobre el efecto del análisis conductual sobre la regla supletoria en el marco del derecho de sociedades, sobre el mercado de capitales, compra y venta de acciones, dividendos, entre otras cuestiones que conforman el régimen societario.

II. El análisis conductual del derecho de sociedades. Una perspectiva distinta sobre el gobierno corporativo

II.1. Introducción

Desde hace más de sesenta años (2), el derecho de sociedades es entendido, analizado y explicado mediante la aplicación de los postulados del análisis económico del derecho, que parte de dos teorías esenciales: i) la teoría de la elección racional (*rational choice theory*) y ii) la hipótesis de la eficiencia del mercado (*market efficient hypothesis*).

La primera asume que los individuos que son parte del fenómeno societario, especialmente los socios, administradores y ejecutivos, actúan siempre en forma racional; esto es, que sus conductas tienden a maximizar sus expectativas

(*) Abogado y doctor en Derecho (UBA); profesor titular de Derecho Societario en la Universidad Nacional del Sur (UNS); profesor de posgrado y profesor invitado en universidades nacionales y extranjeras; director de la Cátedra Libre de Empresas de Familia (UNS); investigador Régimen de Incentivos Cat. II (dduprat@uns.edu.ar).

(1) En adelante, lo denominaremos, indistintamente, como análisis conductual o comportamental del derecho.

(2) Y más de 80 años, si consideramos el efecto decisivo que el trabajo de Ronald COASE (“The Nature of the Firm,” publicado en el año 1937) tuvo en el derecho de sociedades.

y preferencias (3), contando con información suficiente, en un marco de libertad y de autonomía. Asumen que los agentes toman decisiones dentro de un marco de racionalidad más o menos perfecta, en el sentido de consistencia entre medios empleados y fines perseguidos (4).

La segunda considera que el mercado de capitales es eficiente debido a que tiende a una asignación óptima de los recursos y activos negociados y que la información disponible se refleja automáticamente en los precios.

Aceptando estas dos premisas, se concluye que, en un contexto sin costos de transacción relevantes, son los propios individuos quienes, intentando maximizar sus expectativas y obrando en forma racional, mejor pueden asignar los recursos y los riesgos de su actividad en forma óptima, por ser los principales interesados y afectados por sus decisiones. Esta conclusión *coaseana* (5) va a justificar la perspectiva contractualista de la sociedad y del régimen societario.

En esta línea, la sociedad fue definida como un nexo de contratos explícitos e implícitos entre los distintos participantes del fenómeno societario (*nexus of contracts*) (6). El contrac-

tualismo superó, así, la idea de que el derecho societario debía estar sometido a rígidos moldes normativos obligatorios y consagró la idea de la autonomía de la voluntad para el diseño del marco estatutario y la preferencia de las normas supletorias por sobre las imperativas (7).

La teoría contractualista, siguiendo el modelo de Coase, también sostiene que toda vicisitud "societaria" debiera poder ser prevista, en forma directa o través procesos de toma decisión autónoma del ente, y sus riesgos pasibles de ser acotados mediante la negociación contractual de salvaguardas. Si el agente (en tanto ser libre, racional e informado) no las tomara, entonces no podría quejarse en el futuro (8).

De esto se sigue que las normas imperativas debieran reducirse al mínimo posible, manteniéndose solo aquellas que protejan los derechos de los terceros que no están en condiciones de pactar salvaguardas contractuales y que, además, están fuera del efecto remediador y corrector del mercado. Propone la aplicación de normas supletorias, con dos exigencias: i) que sean aquellas que un accionista racional habría tomado *ex ante* y ii) que existan principios que brinden pautas para interpretar la voluntad de

(3) POSNER, Richard, "El análisis económico del derecho", Ed. FCE, México, 1988, p. 11 ("El hombre es un maximizador racional de sus propios intereses"); BECKER, Gary S., "Irrational Behavior and Economic Theory", *The Journal of Political Economy*, V. LXX, 1, p. 1 (1962) ("maximización constante de una función [...] de utilidad o beneficio").

(4) POSNER, Richard A., "Rational Choice, Behavioral Economics, and the Law", 50 *Stanford Law Review*, 1551 (1997) ("Elegir los mejores medios para los fines de quien elige" [Choosing the best means to the chooser's ends]).

(5) COASE, Ronald H., "The Firm, the Market and the Law", The University of Chicago Press, Chicago, 1988. Ver también el análisis de la posición de Coase en WILLIAMSON, Oliver E. — WINTER, Sidney G. (ed.), "The Nature of the Firm. Origins, Evolution, and Development", Oxford University Press, NY, 1993.

(6) CHEUNG, Steven N., "The Contractual Nature of the Firm", 26 *Journal of Law and Economics*, 1 (1983). EASTERBROK, Frank H. — FISCHER, Daniel R., "The Corporate Contract", 89 *Columbia Law Review*, 1416 (1989); FAMA, Eugene — JENSEN, Michael, "Separation of Ownership and Control", *The Journal of Law and Economics*, XXVI, 301 (1980) y en WHEELER, Sally (ed.), *Company Law*, New York University Press, New York, 1993, p. 62.

(7) DUPRAT, Diego A., "La autonomía de la voluntad en el diseño de los estatutos sociales", LA LEY, 2013-F, 1043, AR/DOC/3886/2013; EISENBERG, Melvin A., "The Structure of Corporation Law", 89 *Columbia Law Review*, 1461 (1989) y en WHEELER, Sally (ed.), ob. cit., p. 87.

(8) Este razonamiento fue llevado al extremo en el voto del juez Winter en "Joy v. North" (692 F.2d. 880, 1982), quien rechazó una acción de responsabilidad contra los administradores por una probada conducta negligente, alegando que el actor, al comprar acciones de dicha compañía se sometió al riesgo que un administrador fuera negligente y, en consecuencia, debió haber tomado las salvaguardas contractuales previas que considerara necesarias. El problema es que el mercado no puede funcionar de esta manera. Imponer al mero inversor la obligación de celebrar pactos de diligencia con cada administrador de cada una de las sociedades en las que decide poner sus ahorros resulta ineficiente e injusto. El hecho de invertir en una sociedad no implica el de aceptar los ilícitos contractuales que lleven a cabo quienes la administran. Por ello, las normas que imponen deberes de conducta a los administradores y responsabilidad son generalmente de carácter imperativo.

las partes (9), así como el sentido y alcance de las normas pactadas entre ellas.

Este *statu quo* vino a ser puesto en crisis por el *behavioral analysis of law*, en la medida en que cuestionó que las personas sean tan libres, autónomas e informadas, como supone el *economic analysis of law* ni, tampoco, tan racionales —en términos económicos— para tomar sus decisiones. Sostiene que la conducta humana es mucho más compleja y está condicionada por sesgos cognitivos y heurísticos (atajos) conductuales (10), entre otros condicionantes.

El análisis conductual enfatiza que los humanos no poseen recursos cognitivos ilimitados y que, además, están afectados por motivaciones y emociones —esto es, que son limitadamente racionales (*boundedly rational*s) (11)—.

Y agrega que la asunción de que los individuos se comportan racionalmente no solo ha sido descrita en forma incorrecta, sino que está sistemáticamente equivocada (12). Las decisiones

(9) ARLEN, Jennifer — SPITZER, Matthew L. — TALLEY, Eric, "Endowment Effects Within Corporate Agency Relationships", USC CLEO Research Paper No. C01-1; USC Law and Economics Research Paper No. 01-8; Yale Law & Economics Research Paper No. 261, 31 *Journal of Legal Studies*, 1 (2001), disponible en <https://ssrn.com/abstract=276110> y <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.276110>.

(10) GREENFIELD, Kent, "The End of Contractarianism? Behavioral Economics and the Law of Corporations", en ZAMIR, Eyal — TEICHMAN, Doron (ed.), *The Oxford Handbook of Behavioral Economics and the Law*, Cap. 20, Oxford University Press, 2014, p. 523 (sostiene que presuponer que los agentes son siempre, y en forma ilimitada, racionales es solo una presunción necesaria para el armado y desarrollo del AED, pero que descuida la forma en que realmente los individuos toman decisiones y actúan en el mundo real).

(11) TOR, Avishalom, "The Methodology of the Behavioral Analysis of Law", 4 *Haifa Law Review*, 237 (2008), disponible en https://scholarship.law.nd.edu/law_faculty_scholarship/836. Para el desarrollo del concepto de racionalidad limitada ver SIMON, Herbert A., "A Behavioral Model of Rational Choice", 69 *The Quarterly Journal of Economics*, 99 (1956); *id.*, "Rational Choice and the Structure of the Environment", 63 *Psychology Review*, 129 (1958); TOR, Avishalom, "The Fable of Entry: Bounded Rationality, Market Discipline, and Legal Policy", 101 *Michigan Law Review*, 482 (2002).

(12) TOR, Avishalom, "The Methodology...", *ob. cit.*

y elecciones de los individuos muestran, en forma reiterada e invariable, que se desvían, predeciblemente, de los patrones que se esperan de un ser racional (13). Por ello, sostiene que, en determinadas ramas del derecho, una mirada más profunda y realista sobre el comportamiento humano, sería una precondition necesaria para un efectivo y correcto análisis legal (14).

Así, la perspectiva comportamental cuestiona directamente los pilares sobre los cuales se construyó la teoría económica, apoyándose en elementos y métodos de la psicología cognitiva y de las neurociencias.

Para ilustrar el desarrollo del análisis conductual se pueden reconocer tres fases principales. La primera, que puso en evidencia que los individuos generalmente toman decisiones sin contar con toda la información necesaria, sin un adecuado método para procesar la información disponible y sin ser conscientes de los mecanismos internos que llevan a cabo para tomar determinadas decisiones. La segunda muestra que, en ciertas áreas, los individuos no actúan racionalmente, cometiendo errores sistemáticos y previsible en la toma de decisiones. Mientras que la tercera tiene que ver con cómo influyen en la conducta de los individuos los estímulos e incentivos regulatorios y la forma de enmarcar ciertos comportamientos, así como la de diseñar las normas aplicables (15).

Pero advertimos, de entrada, que el análisis desde las ciencias del comportamiento, en general, no pretende tirar por la borda los desarrollos ni explicaciones del análisis económico del derecho, sino que invita a repensar el derecho societario sin presumir que el agente es ilimitadamente racional ni que el mercado todo lo arregla. Así, pretende dotar al análisis económico de una mirada más realista sobre la conducta

(13) Esto es lo que Gregory MITCHELL denomina *equal incompetence assumption* o *uniformly imperfect rationality* (91 *Georgetown Law Journal*, disponible en http://ssrn.com/abstract_id=306562).

(14) JOLLS, Christine — SUNSTEIN, Cass R. — THALER, Richard H., "A Behavioral Approach to Law and Economics", 50 *Stanford Law Review*, 1471 (1998).

(15) EISENBERG, Melvin, "Behavioral Economics and Contract Law", en ZAMIR, Eyal — TEICHMAN, Dorn (ed.), *ob. cit.*, p. 442.

humana. Tor lo define como “la aplicación de evidencia empírica [algunos cuestionan que la evidencia es solo experimental y no empírica (16) sobre el comportamiento para analizar la regla de derecho y las instituciones” (17).

Y esto no es baladí; porque para todo diseño de una política regulatoria es relevante conocer cómo responderá el agente frente a las normas que pretenden regular sus conductas. Y es en este punto donde el análisis basado en la conducta tiene mucho que aportar, sobre todo para conocer cómo los individuos, y los grupos de ellos toman sus decisiones, lo que permitirá hacer predicciones más acertadas sobre su comportamiento frente a una determinada norma.

Tor define el *behavioral analysis of law* (BAL) a través de sus cuatro características esenciales: “1. El BAL parte de que la eficacia de la ley dependerá de la forma en que podamos determinar patrones relevantes de la conducta humana. 2. Dicha aproximación es básicamente empírica, basada en recientes descubrimientos de cómo funciona la conducta humana. 3. El BAL propone una serie de desafíos al confrontar el análisis legal con nuevos descubrimientos cognitivos. 4. El BAL constituye una mirada instrumental, normativamente neutral, que busca entender mejor la miríada de interacciones existentes entre el derecho y la conducta, sin condicionamientos ni preferencias valorativas” (18).

El análisis conductual del derecho de sociedades impone, así, una nueva perspectiva para el estudio de la conducta y responsabilidad de los administradores, el funcionamiento del mercado de capitales, la forma de tomarse las decisiones grupales, cuestiones vinculadas a la transferencia de acciones, ingresos de nuevos socios, políticas de dividendos, etcétera.

Como se dijo, esta perspectiva pone en crisis las bases sobre las que se edificó y explicó el derecho de sociedades bajo las pautas del análisis

(16) Como HUTCHISON, Harry G., “Choice, Progressive Values, and Corporate Law: A Reply to Greenfield”, 35 *Delaware Journal of Corporate Law* (DJCL), 437 (2010), disponible en <https://ssrn.com/abstract=1681730>.

(17) TOR, Avishalom, “The Methodology...”, ob. cit., p. 243

(18) TOR, Avishalom, “The Methodology...”, ob. cit.

económico, objetando la racionalidad del agente, la probabilidad de llegar a un óptimo en la asignación de derechos y obligaciones a través del libre juego de la autonomía de la voluntad, el carácter contractual de la sociedad, la posibilidad de acceder —siempre— a información suficiente y, por último, cuestionando que el mercado de capitales sea eficiente.

Más allá de estas objeciones, los estudios comportamentales han puesto de manifiesto dos particularidades propias del derecho de sociedades. Una, que el marco organizacional e institucional societario, sumado a las restricciones e incentivos que impone el mercado, tienden a reducir las conductas sesgadas o directamente irracionales (19). La otra, es que, no obstante estas restricciones, existen ciertos sesgos cognitivos y rasgos de la personalidad, entre otros condicionantes, que son altamente adaptativos a la función que se pretende del agente (20) dentro de ese marco referencial y, por lo tanto, no solo permitidos por el sistema societario, sino incentivados como garantía de éxito (21).

(19) HEATH, Chip — LARRICK, Richard P. — KLAYMAN, Joshua, “Cognitive Repairs: How Organizational Practices Can Compensate for Individual Shortcomings”, 20 *Research in Organizational Behavior*, 1 (1998), disponible en <https://pdfs.semanticscholar.org>.

(20) ANAND, Goel — THAKOR, Anjan, “Overconfidence, CEO Selection and Corporate Governance”, *The Journal of Finance*, LXIII, nro. 6, 2737 (2008), disponible en <http://www.anandgoel.org/leader.pdf>; LANGEVOORT, Donald C., “Organized Illusions: A Behavioral Theory of Why Corporations Misperceive Stock Market Investors (and Cause Other Social Harms)”, 146 *University of Pennsylvania Law Review*, 1998, (1997), disponible en <https://ssrn.com/abstract=10561>; *id.*, Donald C., “Behavioral Approaches to Corporate Law”, Georgetown Public Law and Legal Theory Research Paper No. 12-055, Georgetown Business, Economics and Regulatory Law Research Paper No. 12-015 (2012), disponible en <https://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/909> y <http://ssrn.com/abstract=2042009>.

(21) Nos referimos a los sesgos de *overconfidence* (exceso de confianza), *overoptimism* (optimismo injustificado y excesivo) y de *mildly inflated self-esteem* (autoestima levemente inflada), lo que, sumado a ciertos rasgos de la personalidad del agente, tales como alta tolerancia al riesgo, ambición, egoísmo, autoritarismo, persistencia, agresividad, y predisposición a la toma de decisiones rápidas e intuitivas (*quick and dirty*) llevan a una personalidad exitosa en el ámbito de los negocios.

II.2. El debate entre Greenfield y Hutchison

Para facilitar la comprensión del enfoque conductual sobre el derecho societario referiremos al debate mantenido por los profesores Greenfield y Hutchison, que muestra, claramente, las diferencias entre el *behavioral analysis of corporate law* y el *economic analysis of corporate law*.

Los profesores Kent Greenfield y Harry Hutchison son, respectivamente, exponentes de dos posiciones contrarias. El primero adhiere a un análisis comportamental del derecho de sociedades, que cuestiona los fundamentos y premisas del tradicional análisis económico del derecho y que propone una mayor intervención regulatoria por parte del Estado; mientras que, el segundo defiende la posición tradicional, o sea la *contractualidad* de la sociedad y propone una regulación que favorezca los intercambios y la cooperación entre los particulares, imponiendo pautas de conducta, en gran medida, suplementarias.

Mencionaremos breve y simplificadaamente ambas posiciones para poder comprender las relaciones entre el análisis conductual y el análisis económico, por lo menos en temas societarios (22).

Por una parte, Greenfield cuestiona la noción de *contractualidad*, que explica la naturaleza de la sociedad y sobre la cual se estructuran las pautas de gobierno corporativo dentro del contexto teórico del análisis económico del derecho. Controvierte el valor predictivo del teorema de Coase (23) y cree que el libre juego con-

tractual de las partes no hace más que consagrar y reforzar las matrices sociales y políticas de abuso de poder y opresión que siempre terminan marginando y perjudicando a los más débiles. Es cierto que la crítica se dirige hacia una versión del contractualismo societario inexistente y exagerada; o sea aquella que no admite ninguna regulación estatal, ni siquiera en punto a la responsabilidad de la sociedad, socios y administradores.

Greenfield desarrolla sus críticas básicamente en dos aspectos. El primero, rechazando el modelo de elección racional. Pretende dismantelar el modelo económico tradicional alegando que se basa en la "simplificación de ciertos presupuestos", debido a que el individuo no siempre actúa de manera de optimizar sus propios intereses, ya que las elecciones que toma están distorsionadas y sesgadas. Propone, en definitiva, sustituir la teoría de la elección racional por una teoría que pueda explicar mejor las motivaciones de la conducta humana y que contemple la limitada racionalidad del individuo.

El segundo aspecto tiene que ver con una posición de política regulatoria que justifica la intervención estatal, precisamente para desactivar los esquemas de poder y dominación mencionados (24), lo que justifica en que, al estar las decisiones individuales altamente sesgadas, resulta inevitable que las mismas sean reguladas por el Estado.

En síntesis, Greenfield no cree en el mercado como regulador de la conducta humana, ni en la predicción *coaseana*.

Por su parte, los cuestionamientos de Hutchison, más apegados al esquema tradicional del derecho societario (*nexus of contracts*, agentes racionales, primacía del derecho de los accionistas, mercados eficientes que corrigen y acomodan las conductas de las personas, etc.) también

las partes lleva a una óptima asignación de los recursos (derechos y obligaciones).

(24) Se enrola en la posición del derecho societario progresista o progresivo, aunque con matices propios. Ver MITCHELL, Lawrence E. (ed.), "Progressive Corporate Law", Westview Press, 1995, Boulder, Colorado (ver especialmente las participaciones de MILLON, David, p. 1, DALLAS, Lynne L., p. 35, y BRANSON, Douglas M., p. 93).

(22) La posición de Greenfield surge de GREENFIELD, Kent, "Corporate Law and the Rhetoric of Choice" (2009), en GOLD, Dana, *Law and Economics: Toward Social Justice*, Elsevier, Amsterdam, 2008, *Research in Law and Economics*, Vol. 24, 2008, Boston College Law School Legal Studies Research Paper No. 174, disponible en <https://ssrn.com/abstract=1341252>; como así también de "The End of Contractarianism?...", ob. cit., p. 518 y ss. Y la de Hutchison, de HUTCHISON, Harry G., "Choice...", ob. cit., p. 437.

(23) De acuerdo con el teorema de Coase, cuando las partes pueden negociar libremente, con bajos o inexistentes costos de transacción, no importa realmente qué parte tenga inicialmente el derecho de propiedad sobre un bien, porque, al final, este quedará en manos de quien más lo valore. El resultado final de la negociación entre

recorren dos andariveles (dejando de lado las consideraciones meramente políticas). Uno cuestiona la posición conductual que asume Greenfield, sosteniendo que no distingue entre resultados que emanan de datos y estudios experimentales, de aquellos que surgen de datos empíricos. En otras palabras, sostiene que los resultados que toman en cuenta los experimentos cognitivos y comportamentales no siempre tienen el mismo efecto en la forma en que los individuos se comportan e interrelacionan en la realidad. Esto lleva a cuestionar que los resultados que surgen de tales experimentos se repliquen, en forma idéntica, en situaciones reales y objeto que tales análisis puedan tener un efecto predictivo mayor al del tradicional análisis económico del derecho.

El otro cuestionamiento se centra en la regulación estatal. Sostiene Hutchison que, al pretender sustituir la arquitectura contractual del gobierno corporativo por una regulación estatal, se desconoce que, a través de la acción regulatoria estatal, operan distintos grupos de poder que solo quieren proteger sus intereses, en desmedro de otros sectores más débiles y que se aprovechan del poder regulatorio del Estado para imponerlos en forma obligatoria. Hutchison sostiene que hay que restringir la intervención del Estado lo más posible y aumentar el número de "vías consensuales" para que sean los individuos quienes establezcan sus relaciones.

Concluye Hutchison que Greenfield no comprende que la mejor manera de regular el derecho societario es minimizando la intervención estatal a lo indispensable, o sea reduciendo los costos de transacción y permitiendo que los particulares liberen su potencial a través de sus propios acuerdos contractuales.

Por supuesto que ambas posiciones se asientan en una visión política distinta, sobre todo en lo que se refiere a la participación del Estado en la regulación de la economía, de la actividad productiva y societaria y de la conducta de los agentes implicados.

III. Cuestiones particulares del derecho de sociedades

Hecha esta brevísimas introducción, nos enfocaremos en aspectos particulares del derecho

de sociedades, para así poder apreciar las distintas formas en que el análisis conductual se aproxima a él.

III.1. Administradores societarios. Deberes de conducta y responsabilidad

Uno de los desafíos del derecho societario es lograr que los intereses de todos los integrantes de una sociedad se alineen con el interés colectivo, o sea, con el interés de los socios en el marco causal del contrato social y de sus eventuales reformas. Y constituye un desafío porque existe una tendencia natural a que los intereses de los administradores se distancien de los de la sociedad, precisamente porque es natural que aquellos tiendan a maximizar los suyos propios.

Esta brecha entre el interés de los administradores y el interés de la sociedad tiende a aumentar (25) y, en determinados casos, a enfrentarse, si no se toman los incentivos y restricciones necesarios para evitar su dispersión.

Es por este motivo que el ordenamiento societario impone deberes de conducta para desincentivar dos grandes problemas: el del administrador desleal y el del administrador negligente o irresponsable.

En esta línea, a través de la imposición de los deberes de lealtad y cuidado se pretende encauzar la conducta de los administradores, entre otros mecanismos de alineación de intereses. El deber de lealtad intenta evitar los conflictos de intereses, procurando que los intereses particulares de los administradores no afecten las

(25) DUPRAT, Diego A., "Los conflictos de agencia en las sociedades cerradas", RDCO 252-62, disponible en ("Existe una tendencia natural a la separación entre los intereses de los detentadores de la propiedad accionaria y los de los que ejercen la efectiva gestión social, por el simple hecho de que ambos tienden a maximizar sus utilidades personales en un contexto cambiante, inestable y poco preciso. Esta brecha entre los intereses de los accionistas y los de los administradores tiende, casi naturalmente a profundizarse, dando lugar a la consolidación de un esquema burocrático que se conoce como the managerial hierarchy"); GALGANO, Francesco, "El desplazamiento del poder en las sociedades anónimas europeas", en *Estudios jurídicos sobre la sociedad anónima*, Civitas, Madrid, 1995, p. 70, la define como una "tecnología" que se coopta a sí misma y que se convierte en árbitro discrecional de la suerte de la empresa.

decisiones sociales, ni atenten contra el interés o actividad de la sociedad. Y, el deber de cuidado, por su parte, le impone al administrador un obrar diligente y responsable, desalentando las decisiones impulsivas e injustificadas que puedan afectar el interés de la sociedad.

Para sostener y justificar la existencia de estos deberes, la ley parte de la suposición (bastante cercana a la realidad) de que hay muchas probabilidades de que el administrador no sea solidario, ni comprensivo, ni filántropo, ni pueda espontáneamente postergar sus intereses particulares y que prefiera beneficiarse a costa de la sociedad; en otras palabras que siempre trate de buscar su propio beneficio (26), porque esta sería una manera de actuar, en principio, racional; aunque, dependerá del contexto en que se lleva a cabo, y condicionado por las pautas de actuación que se le impongan al agente y a ciertas pautas éticas y morales propias de su condición y funciones.

El análisis conductual cuestiona que las regulaciones actuales sean eficientes en punto a alinear las conductas de los agentes con la del principal porque todavía falta comprender, con mayor grado de detalle, cómo se conforma el proceso de toma de decisión de los primeros (27).

Como ya se dijo, el análisis del comportamiento ha aportado evidencia (28), proveniente básicamente de la psicología conductual y de las neurociencias, de que el proceso de toma de decisiones está afectado por cuestiones vinculadas a la actividad neuronal, rasgos con-

sustanciales a la personalidad del agente, sesgos cognitivos, condicionamientos del entorno y por aspectos emocionales.

Por ello, desde esta perspectiva conductual, los incentivos y prohibiciones impuestos por la ley societaria, en orden a desalentar conductas desleales o irresponsables, pecan de ingenuos. Y señalan que este es uno de los déficits del análisis económico del derecho, que regula y modeliza asumiendo la racionalidad de los agentes; situación que no siempre se verifica en la realidad o, por lo menos, no con el grado de generalización y uniformidad que presumen.

Vinculado a la crítica a la racionalidad, analizaré el caso de los administradores frente al riesgo y a la incertidumbre, que ayudará a comprender mejor la forma en que estos toman decisiones.

III.2. Los administradores frente al riesgo empresario

Los accionistas suelen ser más propensos a la toma de riesgo que los administradores, básicamente por dos motivos: el primero, porque aquellos pueden diversificar sus inversiones y, de esta forma, disminuir su propio riesgo; y, el segundo, por la vigencia de la regla de la responsabilidad limitada que acota la responsabilidad del accionista al aporte comprometido (29).

Por su parte, los administradores, en general, son adversos al riesgo, porque todos sus ingresos dependen de su trabajo y desempeño en la sociedad. Ellos no pueden diversificar su capital humano en varias empresas simultáneamente.

Por ello es tan importante para la sociedad y, por ende, para los accionistas, imponer los incentivos correctos para lograr que los administradores tomen mayores riesgos, pero no a costa de su trabajo y bienestar.

El problema es que la actitud del administrador frente al riesgo, o en contextos de incer-

(26) JONES, Renee M., "The Irrational Actor in the CEO Suite: Implications for Corporate Governance", 41 *Delaware Journal of Corporate Law*, 713, (2017), sostiene que los grandes escándalos corporativos y financieros suelen deberse a rasgos de conducta de sus administradores.

(27) KUHNNEN, Camelia M. — KNUTSON, Brian, "The Neural Basis of Financial Risk Taking", 47 *Neuron*, 763 (2005), disponible en <https://doi.org/10.1016/j.neuron.2005.08.008> (analizan cómo la actividad neuronal está vinculada al efecto anticipatorio de los efectos de las decisiones financieras.).

(28) TVERSKY, Amos — KAHNEMAN, Daniel, "Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases", 185 *Science*, 1124 (1974); JOLLS, Christine — SUNSTEIN, Cass R. — THALER, Richard, "A Behavioral Approach...", ob. cit.

(29) DUPRAT, Diego A., "La regla de la responsabilidad limitada en las sociedades anónimas", en *Los dividendos en las sociedades cerradas*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, p. 19. Ver el excelente análisis de BALBÍN, Sebastián, "Sociedad por acciones simplificadas", Ed. Catedra, Buenos Aires, 2020, 2ª ed., ps. 92 y ss.

tidumbre, es difícil de predecir y, por ende, de regular con reglas muy específicas; debido a que, entre otras cosas, porque no conocemos —*ex ante*— las decisiones que deberá tomar, ni las alternativas posibles de acción, ni su contexto, ya que muchos pueden ser los escenarios posibles a futuro y la distribución de probabilidades es dinámica, en el sentido de que se va modificando y retroalimentando con las acciones de los propios agentes y con condicionantes externos.

Cabe aclarar que existe una diferencia entre tomar decisiones de riesgo y tomar decisiones en contextos de incertidumbre. En el primer caso, el agente conoce la distribución de probabilidades que gobierna los resultados posibles del componente aleatorio involucrado en su decisión, y la acepta. En el segundo, el agente no conoce la distribución de probabilidades que enfrenta, pero igualmente elige alguna alternativa posible. En cualquier caso, cuando hagamos alusión a las decisiones de riesgo nos estaremos refiriendo a aquellas que se toman conociendo las alternativas posibles y probables de las acciones del agente, tanto como a aquellas decisiones tomadas con total desconocimiento de sus consecuencias. Porque, en definitiva y de distintas maneras, ambas comportan un riesgo; las primeras porque pueden o no tener un resultado favorable (riesgo propio de la decisión: evaluamos pros y contras y tomamos igualmente la decisión), y las segundas, porque sencillamente no sabemos qué puede pasar (aunque podamos llegar a acotar el nivel de riesgo máximo de la decisión).

En este sentido, el análisis conductual cuestiona los incentivos actuales porque sostiene que la asunción de riesgo, o la toma de decisiones bajo incertidumbre, tienen que ver más con las emociones (en sentido amplio), que con un proceso racional. Y esa posición frente al riesgo o a la incertidumbre puede variar de individuo a individuo. En algunos, el riesgo (conocido o desconocido) les genera atracción y, en otros, les produce rechazo e incertidumbre.

Para complejizar aún más este panorama, agregamos que, muchas veces, la asunción de riesgo no tiene que ver con las utilidades esperadas, como sostuvieron Easterbrook y Fis-

chel (30), sino con sentimientos personales más profundos. Se suele mencionar el caso del heroísmo: cuando el bombero entra a un edificio en llamas para rescatar a alguien, es probable que no lo haga pensando en los beneficios económicos que tal conducta le reportará. O, en el caso de los escaladores, que ni siquiera realizan su actividad en beneficio pecuniario de alguien.

Lo que tienen en común estos dos casos, así como el de los emprendedores, es que la toma de riesgo es vista positivamente; pero esta percepción comienza a alterarse cuando el rasgo deviene patológico (fumar sin control, jugar compulsivamente, abusar de sustancias tóxicas, etc., sin contar las actividades delictuales) (31) o cuando se descarga en terceros el total del costo del fracaso de tal decisión.

Y este es, precisamente, el nuevo enfoque del análisis conductual: aportar evidencia sobre la racionalidad limitada del agente y sobre los múltiples condicionamientos que afectan su decisión, desde cuestiones anatómicas y fisiológicas, hasta problemas cognitivos, afectaciones de la conducta e influencias del contexto.

Analizando las bases biológicas de la asunción de riesgo, los neurocientíficos sostienen que la dopamina (32), que tiene un efecto relevante en

(30) EASTERBROOK, Frank H. — FISCHER, Daniel R., "The Economic Structure of Corporate Law", Harvard University Press, 1996.

(31) Cita un estudio utilizando el Iowa Gambling Task del cual surge que la toma de decisión frente al riesgo está altamente influenciada por condiciones clínicas, como ansiedad, desórdenes de la personalidad, depresión; ver MUKHERJEE, Dahlia — KABLE, Joseph W., "Value-Based Decision Making in Mental Illness: A Meta-Analysis", 2 *Journal of Consulting and Clinical Psychology*, SCI. 767 (2014), disponible en <http://tinyurl.com/14-CLPSY-MK>.

(32) Una vez que la dopamina (DA) es liberada al espacio sináptico, se une a receptores específicos presentes en la membrana plasmática de la neurona postsináptica. Los receptores para DA, en términos de estructura bioquímica, pertenecen a una familia con siete dominios transmembrana asociados a la proteína G (https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-98872003000200002). Se conocen cinco tipos de receptores dopaminérgicos, los cuales se han agrupado según homología en su secuencia nucleotídica, organización genómica, transducción de señales y distribución tisular en dos subgrupos: uno de ellos corresponde a DRD1 y DRD5 y el otro es el conformado por los recep-

el desarrollo de la ansiedad (33), también tiene influencia en la toma de riesgo financiero (34), el que muchas veces se combina y potencia con la testosterona (35).

tores DRD2, DRD3 y DRD4 (los genes involucrados en la transmisión y el metabolismo del sistema dopaminérgico han sido investigados como posibles candidatos responsables de algunos desórdenes neuropsiquiátricos). Varios estudios han presentado una asociación entre el alelo de 7 repeticiones del receptor DRD4 y alteraciones como el TDAH. También se vincula con el rasgo de personalidad *novelty-seeking* o búsqueda de nuevas emociones, que se asemeja al TDAH y al rasgo *harm-avoidance* o rechazo al daño, que se evidencia en una preocupación excesiva y miedo a la incertidumbre. (ver al respecto la numerosa bibliografía citada por VIEYRA, Gonzalo — MORAGA, Mauricio — HENRÍQUEZ, Hugo — ABOITIZ, Francisco — ROTHHAMMER, Francisco, "Distribución de alelos de los genes DRD4 y DAT1 del sistema dopaminérgico en la población mixta de Santiago de Chile", *Revista Médica de Chile*, v. 131, n. 2, (2003), disponible en <http://dx.doi.org/10.4067/S0034-98872003000200002>).

(33) VOLKOW, Nora D. — WANGC, Gene-Jack — FOWLER, Joanna S. — TOMASIB, Dardo — TELANG, Frank, "Addiction: Beyond Dopamine Reward Circuitry", *108 Proceedings of the National of Sciences*, 15037 (2011), disponible en <https://www.researchgate.net>; ZUCKERMAN, Marvin — KUHLMAN, Michael D., "Personality and Risk-Taking: Common Biosocial Factors", *68 Journal of Personality*, 999 (2000), disponible en <https://www.researchgate.net>, ambos mencionados por JONES, Renee M., ob. cit.

(34) BUCKHOLTZ, Joshua W. — TREADWAY, Michael — COWAN, Ronald L. — WOODWARD, Neil D. — BENNING, Stephen D. — LI, Rui — ANSARI, M. Sib — BALDWIN, Ronald M. — SCHWARTZMAN, Ashley N. — SHELBY, Evan S. — SMITH, Clarence E. — COLE, David — KESSLER, Robert M. — ZALD, David H., "Mesolimbic Dopamine Reward System Hypersensitivity in Individuals with Psychopathic Traits", *13 Nature Neuroscience*, 419 (2010), disponible en <https://www.researchgate.net> (Sugieren que la hiperreactividad neuroquímica y neurofisiológica del sistema de recompensa dopaminérgica puede constituir un sustrato neuronal para la impulsividad, el comportamiento antisocial y el abuso de sustancias); CARPENTER, Jeffrey P. — GARCÍA, Justin R. — LUM, J. Koji, "Dopamine receptor genes predict risk preferences, time preferences, and related economic choices", *42 Journal of Risk and Uncertainty*, 233 (2011) (demuestran que el alelo de 7 repeticiones del gen DRD4, que regula la captación de dopamina en el cerebro, predice los patrones decisionales sobre elecciones de tipo financiero).

(35) COATES, John M. — GURNELL, Mark — RUSTICHINI, Aldo, "Second-to-Fourth Digit Ratio Predicts Success Among High-Frequency Financial Traders", *106 Proceedings of the National Academy of Sciences*, 623 (2009); WAHLSTROM, Dustin — COLLINS, Paul — WHITE, Tonya

Los estudios neurocientíficos equiparan el proceso de toma de riesgo financiero al de abuso de sustancias tóxicas, como así también, al de otras formas de conductas estimuladas por el riesgo desmedido (36). El *nucleus accumbens* es estimulado de igual forma ante cualquier toma de riesgo, incluso el vinculado a la toma de decisiones empresariales y financieras. Por el contrario, la aversión al riesgo, o la aceptación de un riesgo controlado, tiene que ver con la activación de la *ínsula anterior* cerebral, asociada con la prevención de eventos adversos o potencialmente dañosos (37).

Así, niveles normales de dopamina tienden a una óptima asunción del riesgo financiero (38); mientras que su exceso puede llevar a despre-

— LUCIANA, Mónica, "Developmental Changes in Dopamine Transmission in Adolescence: Behavioral Implications and Issues in Assessment", *72 Brain and Cognition*, 146 (2010), disponible en <https://www.researchgate.net> (La evidencia sugiere que, tanto niveles excesivos de dopamina, como insuficientes, afectan el desempeño conductual). Ver estudio sobre los operadores de Wall Street y su relación con el riesgo en SAPRA, Steve — BEAVIN, Laura E. — ZAK, Paul J., "A Combination of Dopamine Genes Predicts Success by Professional Wall Street Traders", *7 Plos One*, 1 (2012), disponible en <https://journals.plos.org/plosone/article?id=10.1371/journal.pone.0030844>; APICELLA, Coren L. — DREBNER, Anna — CAMPBELL, Benjamín — GRAY, Peter B. — HOFFMAN, Moshe — LITTLE, Anthony C., "Testosterone and Financial Risk Preferences", *29 Evolution and Human Behavior*, 384 (2008), disponible en https://www.academia.edu/676558/Testosterone_and_financial_risk_preferences (mediante un experimento con 98 hombres detectaron que las ganancias obtenidas tenían una correlación con el nivel de testosterona en la saliva y los rasgos faciales masculinos).

(36) KUHNEN, Camelia M. — KNUTSON, Brian, ob. cit., p. 763.

(37) KUHNEN, Camelia M. — KNUTSON, Brian, ob. cit. (sostienen que se puede afirmar que los inversores se desvían sistemáticamente de la racionalidad al momento de tomar decisiones financieras, aunque aún no se haya determinado los mecanismos responsables de tales desviaciones. Analizaron que la actividad neuronal anticipatoria predeciría elecciones financieras óptimas y subóptimas y precisaron que la activación del núcleo *accumbens* había precedido a la toma de decisiones arriesgadas, mientras que la activación de la *ínsula anterior* precedió a las decisiones sin riesgo, así como a los errores de aversión al riesgo).

(38) DREBER, Anna — APICELLA, Coren L. — EISENBERG, Dan T. A. — GARCÍA, Justin R. — ZAMORE, Richard S. — LUM, J. Koji — CAMPBELL, Benjamín, "The 7R Polymorphism in the Dopamine Receptor D4 Gene

ciar situaciones de peligro o de grave incertidumbre y asumir, en forma irresponsable, un riesgo excesivo. Por el contrario, un alto nivel de cortisol (hidrocortisona) puede provocar una irracional aversión al riesgo (39). Ciertos estudios agregan que el alelo de 7 repeticiones del gen DRD4 también está vinculado al proceso de toma de riesgo financiero (40).

En conclusión, la neurociencia nos muestra que la propensión al riesgo en una persona está determinada, en parte, por condiciones bioquímicas, neurológicas o endocrinológicas (41), como, también, por rasgos que conforman su personalidad.

Según un estudio basado en la *Psychopathy Checklist-Revised* (PCL-R) (42), se detectaron al menos veinte rasgos que delineaban la personalidad de administradores que habían cometido fraudes corporativos. Se demostró que eran superficiales, pretensiosos, engañosos, que llevaban una vida impulsiva, sin dirección ni control, irresponsable, con falta de remordimiento y empatía. Y, como se dijo, existen estudios que sostienen que personas con altos niveles de rasgos psicopáticos pueden sobrevivir y hasta triunfar en el ámbito corporativo (43).

(DRD4) is Associated with Financial Risk Taking in Men", 30 *Evolution & Human Behavior*, 85 (2009).

(39) COATES, John M. — GURNELL, Mark — RUSTICHINI, Aldo, ob. cit. (los niveles de testosterona prenatal tienen un impacto organizativo en el cerebro y parecen conducir a ventajas más adelante en la vida, tanto en tareas físicas como cognitivas.); MANNING, John — TAYLOR, Rogan, "Second to Fourth Digit Ratio and Male Ability in Sport: Implications for Sexual Selection in Humans", 22 *Evolution & Human Behavior*, 61 (2001), disponible en <https://www.researchgate.net>.

(40) KUHNEN, Camelia M. — CHIAO, Joan Y., "Genetic Determinants of Financial Risk Taking", 4 *Plos One*, 1 (2009) ("Los individuos con el alelo de 7 repeticiones [del gen DRD4] tienen más probabilidades de ser jugadores patológicos").

(41) ODUM, Amy L., "Delay Discounting: Trait Variable?", 87 *Behavioral Processes*, 1 (2011) disponible en <https://www.researchgate.net/publication>, citado por JONES, Renee M., ob. cit.

(42) SAPRA, Steve — BEAVIN, Laura E. — ZAK, Paul J., ob. cit.

(43) En este sentido, ver el interesante aporte de SHEEHY, Benedict — BODDY, Clive — MURPHY, Bren-

Pero, además de estas circunstancias, también existen sesgos cognitivos (44) y condicionantes externos que, sin constituir una psicopatía, coadyuvan con aquellos, ya sea potenciándolos o morigerándolos (45).

dan, "Corporate Law and Corporate Psychopaths", a publicarse en *Psychiatry, Psychology and Law* (2020), disponible una versión preliminar en <https://ssrn.com/abstract=3668064>, sobre los psicópatas corporativos, que definen como personas que ocupan cargos ejecutivos de gestión dentro de las sociedades, cuyos cerebros funcionan de manera diferente al de la mayoría, destacándose un obrar sin conciencia o preocupación por el bienestar de los demás. La contratación y el mantenimiento de estas personas generaría un supuesto de responsabilidad del directorio y, por supuesto, la potencialidad de causar, básicamente, problemas internos.

(44) Algunos sesgos aplicables a los administradores societarios y que se observan con mucha frecuencia son: el de accesibilidad (tendencia a considerar la probabilidad o frecuencia de aparición de un evento sobre la base de asociaciones personales); de sobreconfianza (tendencia a sobrestimar las capacidades personales); de confirmación (tendencia a confiar en información que confirma sus propias opiniones); de inercia (incapacidad de adaptarse a cambios, anclándose a viejos principios y soluciones); de optimismo (tendencia a tomar decisiones basándose en la convicción de que el futuro será mejor que el pasado); de error fundamental de atribución (tendencia a buscar justificaciones externas a los errores, e internas a los éxitos); retrospectivo (ver los eventos pasados como predecibles); de anclaje (tendencia a centrarnos en la primer pieza de información que se recibe para luego hacer juicios o tomar decisiones); de correlación ilusoria (creer que dos acontecimientos están relacionados cuando no tenemos ninguna evidencia de que así sea); de falso consenso (creer que nuestras creencias y actitudes son comunes y compartidas por los demás); de ilusión de control (tendencia a creer que se puede controlar o influir en ciertas situaciones o acontecimientos, cuando en realidad no es así); de disponibilidad (se sobrestima la importancia de la información que está más accesible y disponible); de aversión a la disposición o pérdida (*endowment effect*, que será objeto de estudio más adelante); de descuento hiperbólico (se prefiere una ganancia menor a corto plazo, que una mayor a largo plazo); de punto ciego (creer que uno es menos sesgado o tiene menos perjuicios de lo que en realidad se tiene), entre otros.

(45) GÄRLING, Tommy — KIRCHLER, Eric — LEWIS, Alan — VAN RAAIJ, Fred, "Psychology, Financial Decision Making, and Financial Crises", *Psychological Science in the Public Interest* (2019), disponible en https://www.academia.edu/18204861/Psychology_Financial_Decision_Making_and_Financial_Crises?email_work_card=view-paper (sobre la toma de decisiones bajo riesgo y los sesgos que las afectan, ps. 6 y ss.).

Suponer que los administradores societarios actúan siempre en forma racional es desconocer los efectos que tiene su legado genético, sus disfunciones cerebrales, las alteraciones bioquímicas y endócrinas del cerebro, patologías, comorbilidades, sus traumas y temores, sus deseos, sus emociones, los sesgos cognitivos y los condicionamientos formativos y sociales en la toma de sus decisiones.

Por ello se sostiene, desde la perspectiva de las ciencias cognitivas, que las normas que solo imponen incentivos de orden económico para lograr el alineamiento de los intereses de los administradores (agente) con los de la sociedad o socios (principal), tales como compensaciones, participaciones en las ganancias, *stock options*, bonos, sanciones, restricciones, etc., resultan insuficientes; porque se basan en que el administrador tomará —bajo cualquier circunstancia— decisiones racionales y que, por ende, dichos estímulos tendrán el efecto deseado.

III.3. Responsabilidad de los directores y el sesgo de retrospectión

Al analizar el proceso de toma de decisiones de los administradores sociales referidas a la gestión de la empresa, es relevante considerar cómo va a ser “leída” tal decisión por los jueces (ante un eventual pleito judicial), quienes, a su vez, también estarán influenciados por una variedad de sesgos cognitivos, especialmente cuando les toca evaluar la conducta de los administradores para determinar su responsabilidad (46).

Los reclamos de responsabilidad civil parten de la existencia de un daño cierto y determinable, en el caso de la responsabilidad “resarcitoria”, y de la probabilidad de ocurrencia de un daño posible, en la “preventiva”.

O sea que las acciones de responsabilidad resarcitoria se disparan cuando se verifica un daño. Por ello, los jueces siempre tendrán que examinar y evaluar decisiones y conductas ya pasadas y cuyos efectos ya han ocurrido. Y el dato de lo que finalmente ocurrió suele tener

(46) ZAMIR, Eyal — TEICHMAN, Doron, “Behavioral Law and Economics”, Oxford University Press - New York, 2018, p. 359.

más fuerza que otra información, a veces igual o más relevante que, además, pudo haber sido la que tuvo en cuenta el agente al momento de tomar la decisión y que, a la postre, quedó devaluada frente a la evidencia dañosa. Por ello, podría concluirse que conductas que podían haber sido razonables en un contexto determinado, sean consideradas irrazonables luego de que se ha verificado su fracaso.

El contexto en el cual se tomó una determinada decisión empresarial se desdibuja cuando es un juez quien debe evaluarla en forma aislada y mucho tiempo después de ocurrida. No siempre hay que considerar que las cosas hayan ido mal *ex post*, implica que se debió haber sabido que la decisión era equivocada *ex ante* (47).

Esto se debe al llamado “sesgo retrospectivo” —*hindsight bias* (48) o *20/20 hindsight bias* (49)—, en virtud del cual, una vez que se toma conocimiento del desenlace de un evento se cree, erróneamente, que se lo podría haber previsto y, tal vez, evitado. Con frecuencia “transforma en culpabilidad y negligencia lo que solo fue infortunio” (50).

Luego de conocer los efectos de una decisión es más fácil sostener si fue buena o mala, conveniente o inconveniente. Pero no es tan claro ha-

(47) EASTERBROOK, Frank H. — FISCHER, Daniel R., “The Economic Structure...”, *ob. cit.*, p. 99.

(48) HARLEY, Erin M., “Hindsight Bias in Legal Decision Making”, 25 *Social Cognition*, 48 (2007), disponible en <https://guilfordjournals.com/doi/pdf/10.1521/soco.2007.25.1.48>; FISCHHOFF, Baruch, “Hindsight - Foresight: The effect of Outcome Knowledge on Judgment under Uncertainty”, 1975 *Journal of Experimental Psychology: Human Perception & Performance*, 288 (1975), disponible en https://www.nifc.gov/PUBLICATIONS/acc_invest_march2010/speakers/2aFischhoff.pdf; TVERSKY, Amos — KAHNEMAN, Daniel, *ob. cit.* (1974). Sobre la responsabilidad penal de los administradores, ver: BOURTIN, Nicholas, “Combating Hindsight Bias in White-Collar Criminal Investigations”, 257 *New York Law Journal*, 1 (2017).

(49) Refiere al grado de visión óptima. Efecto vulgarmente conocido como *Monday morning quarter backing*.

(50) CONTHE, Manuel, “Expansión”, 31/12/2002, p. 46, citado por PAZ-ARES, Cándido, “La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo”, Working Paper nro. 162, (2003), InDret 4/2003, www.indret.com, p. 9.

cerlo antes, y menos aun cuando las decisiones son tomadas en un contexto incierto y complejo, de múltiples variables, donde el tiempo juega un papel esencial; como son las que deben tomar los administradores societarios.

También se ha demostrado que el sesgo retrospectivo no solo influye en las decisiones de los jueces (51), sino, en las opiniones de testigos, peritos, expertos y asesores (52), con lo cual se va configurando un entramado pseudofáctico (basado en gran medida en opiniones sobre hechos pasados) con presunciones retroalimentadas difíciles de contradecir al momento de tomarse una resolución judicial.

Como se dijo, este efecto retrospectivo tiene especial cabida en los casos de responsabilidad de los administradores sociales (53).

En síntesis, se tiende a analizar la conducta de los administradores y sus decisiones de negocios con los resultados en la mano y, generalmente, mucho tiempo después de que aquellas fueron realizadas. El fracaso de la conducta o decisión tomada deja en segundo plano otro tipo de información que pudo haber sido la que fue tomada en cuenta para justificar tal decisión, así como el contexto en la que se tomó y las alternativas posibles que existían en dicho momento.

Y este sesgo se agrava por la dificultad que implica resolver si una determinada decisión de

(51) TEICHMAN, Doron, "The Hindsight Bias and the Law in Hindsight", en ZAMIR, Eyal — TEICHMAN, Doron (ed.), *The Oxford Handbook...*, ob. cit. 354, 356-59. Ver en WITTLIN, Maggie, "Essay: Hindsight Evidence", 116 *Columbia Law Review*, 1323 (2016) sobre el valor probatorio de la evidencia del resultado o de cómo y cuándo tomar el efecto retrospectivo como evidencia aceptable.

(52) HARLEY, Erin M., ob. cit.

(53) STALLARD, Merrie Jo — WORTHINGTON, Debra J., "Reducing the Hindsight Bias Utilizing Attorney Closing Arguments", 22 *Law & Human Behavior*, 671 (1998) (Hicieron un experimento que, sintetizándolo, consistía en poner a dos grupos de personas a evaluar una decisión social y solo a uno de los grupos se les había informado que dicha decisión precipitó la quiebra de la sociedad. Este grupo debería juzgar la conducta retrospectivamente y, el otro, analizarla en el contexto en que se tomó y sin saber el resultado final. Las conclusiones de ambos grupos fueron completamente diferentes).

negocios ha sido conveniente o no, o si el riesgo asumido fue razonable o excesivo, teniendo en cuenta las circunstancias en que la misma se tomó.

Es más fácil determinar un incumplimiento a los deberes de diligencia en otros ámbitos, que en el de la toma de decisiones de negocios (54). Es muy difícil para el juez decidir si un perjuicio dado —ya acreditado— fue producto directo de la decisión tomada por los administradores o consecuencia de otros factores coadyuvantes y agravantes posteriores (volatilidad de las preferencias de los consumidores, fallos en la entrega de mercadería, medidas de fuerza de los sindicatos, regulaciones estatales, restricciones cambiarias, reacciones de los consumidores, afectación de la cadena de pagos, resoluciones intempestivas e injustificadas de contratos, etc.) o que no pudieron ser tomados en cuenta, aún actuando en forma diligente.

Ni siquiera un conjunto de expertos en finanzas y administración podría llegar a evaluar correctamente una decisión de negocios, tomada tiempo atrás y desconociendo, o teniendo una vaga idea, del contexto en la cual la misma fue tomada (o sea, a determinar si la decisión fue negligente o diligente, prematura o tardía, necesaria o innecesaria, desmedida o razonable, justificada o temeraria, o no fue la mejor de otras alternativas posibles).

Téngase en cuenta que, en punto a las decisiones de gestión societaria, nunca es del todo claro cuál es la posición menos riesgosa. El administrador debe tomar una decisión de riesgo de entre una serie de alternativas inciertas. Y lo peor es que, aun decidir no tomar ningún riesgo, o sea no tomar decisión alguna, suele ser una jugada de alto riesgo y de potencial perjuicio.

Este sesgo de retrospectión, que afecta la toma de decisión judicial, impacta en forma directa y determinante en la conducta a asumir por los administradores societarios, produciendo, al menos, dos efectos: i) uno, denominado "efecto relajación" o síndrome del administrador desentendido, que puede llevar a que los administradores prefieran no tomar decisiones

(54) EASTERBROOK, Frank H. — FISCHER, Daniel R., "The Economic Structure...", ob. cit., ps. 124-125.

que impliquen un riesgo importante (pero, tal vez, conveniente), frente a la incertidumbre de cómo será evaluada su conducta —*ex post*— en sede judicial; y ii) otro, que lleva al administrador a blindar su conducta frente a futuras acciones de responsabilidad, proveyéndose de un cúmulo de informes, pericias, asesoramientos, estudios, etc. que puedan servir, sobre todo a futuro, para demostrarle al juez que se ha obrado diligentemente (55). Se está “jugando” más para el réferi, que para beneficiar al equipo.

Este problema se agrava porque las reglas a las que se deben atener los administradores diligentes nunca pueden ser fijadas *ex ante*, debido a que no se sabe sobre qué temas deberán decidir y se desconoce el contexto y las demás circunstancias en el que las decisiones deberán ser tomadas. Y esto lleva a que sea muy difícil determinar, previamente y en abstracto, el nivel óptimo de precaución que deben adoptar los administradores para no caer en una conducta negligente, porque va ligado, como se dijo, a cómo los tribunales evalúen su conducta *ex post*.

Por lo tanto, ante este escenario de incertidumbre sobre las consecuencias que tendrán sus actos y si se considerará adecuado el nivel de prudencia asumido, los administradores optarán por tomar mayores precauciones, muchas veces innecesarias, a fin de crear una zona de protección dentro de la cual nunca serán responsables (56), por lo menos con los parámetros judiciales existentes al momento de toma de la decisión; o bien exigirán mayores beneficios, de manera de compensar el mayor riesgo a recibir sanciones. Todo lo cual genera un costo que deberá ser absorbido por la sociedad y por sus accionistas.

Para evitar o morigerar el sesgo retrospectivo, se ha adoptado la *business judgment rule* que, como se verá en el punto siguiente, también tiene una mirada crítica por parte de la teoría del análisis conductual del derecho.

(55) PAZ-ARES, Cándido, ob. cit. (sobre los efectos del *over compliance* por parte de los administradores societarios).

(56) COOTER, Robert — ULEN, Thomas, "Derecho y economía", ob. cit., p. 408. Son los llamados "costos de error" por EASTERBROOK, Frank H. — FISCHER, Daniel R., "The Economic Structure...", ob. cit., p. 99.

III.4. La business judgment rule

Como se adelantó en el punto anterior, precisamente para evitar las acciones de responsabilidad sobre las decisiones de negocios de los administradores y acotar los efectos del sesgo de retrospectión y, de esta manera, incentivar la toma de riesgo, se desarrolló la *business judgment rule* (57), en adelante BJR, aplicable al incumplimiento del deber de obrar diligentemente en ese tipo de decisiones.

Esta regla supone que, si el administrador obró en forma informada y de buena fe, sin un interés personal y con arreglo a un procedimiento adecuado de toma de decisión, no será responsable por los perjuicios causados por los actos vinculados a los negocios sociales y a la gestión empresarial.

Se ha sostenido que la BJR, más que una pauta de conducta es un *hand off* judicial (58), o sea, una restricción a la intervención de los jueces. Presume que, si los administradores cumplen sus funciones y toman sus decisiones en forma honesta, leal (59), bienintencionada, racional y con la información suficiente, no estarían violando el deber de obrar diligentemente, en lo que se refiere a los actos de gestión empresarial y financiera. La carga de desvirtuar esta presunción pesa sobre quien imputa una conducta por la cual se supone que debieran responder lo administradores.

Bajo estos parámetros, aun si la decisión del administrador hubiera causado un daño o su resultado hubiese sido negativo, no se lo hará responsable, salvo que se acreditara el incumplimiento de alguno de ellos (60).

(57) RACHLINSKI, Jeffery, "A Positive Psychological Theory of Judging in Hindsight", 65 *University of Chicago Law Review*, 571 (1998).

(58) SOLOMON, Lewis D. — PALMITER, Alan R., "Corporations", 3rd. ed. Aspen Law & Business, New York, 1999, p. 201.

(59) "Aronson v. Lewis", 473 A.2d 805 (Del. 1984).

(60) O sea que le impone al demandante la carga de probar que la BJR es inaplicable. Si este no lo acredita, el juez ni siquiera interviene. Por el contrario, si el demandante llegara a probar la inaplicabilidad de la regla, entonces será el demandado quien deberá acreditar que no

La BJR funciona en dos niveles: i) por un lado blindada a los administradores frente a reclamos por responsabilidad por el mal resultado de los negocios de la sociedad (61); ii) y, por el otro, impide la revisión judicial de las decisiones del directorio (62). Como dijo la Corte de Delaware, la BJR protege tanto a los directores, como las decisiones que estos toman (63).

Como se adelantó, la BJR se justifica, principalmente, en que incentiva la toma de riesgo de los administradores y reduce el sesgo retrospectivo al momento de analizar sus decisiones.

La BJR parte de la presunción de que el administrador es un sujeto plenamente racional y que, si toma una decisión mediante un procedimiento de decisión adecuado e informado (64) y sin mala fe (65), dicha decisión también será racional (66).

La perspectiva comportamental cuestiona estos fundamentos y premisas, al poner en duda: i) que el administrador siempre esté en posesión de información completa y adecuada; ii) que siempre el administrador actúe en for-

existe causa de responsabilidad alguna. ("Cinerama, Inc. v. Technicolor, Inc., 663 A.2d 1156 [Del. 1995]").

(61) Algunos sostienen que la BJR solo impone una gradación del nivel de responsabilidad, excluyendo los casos de mera negligencia (culpa leve) y juzgando solo los de negligencia grave (culpa grave) y otros consideran que los actos de gestión nunca son revisables por violación al deber de cuidado. Ver el análisis jurisprudencial de la BJR en Delaware, en BAINBRIDGE, Stephen M., "Corporation Law and Economics", Foundation Press, New York, 2002, p. 249.

(62) BLOCK, Dennis J. — BARTON, Nancy E. — RADIN, Stephen A., "The Business Judgment Rule" (1998), cit. por PINTO, Arthur R. — BRANSON, Douglas M., "Understanding Corporate Law", Lexis Nexis, 2013, 4th ed., p. 229.

(63) "Cirtron v. Fairchild Camera & Instrument Corp.", 569 A.2d 53 (Del. 1989).

(64) Como dice el art. 226 de la LSC española.

(65) Hay que tener en cuenta que se puede ser negligente (violación del deber de cuidado) aun actuando de buena fe. Por ello, la regla adecuada para no aplicar la BJR es la de no actuar de mala fe, como sostiene el art. 54 quinquies del Proyecto de Reforma de la LGS de Argentina (2019).

(66) SOLOMON, Lewis D. — PALMITER, Alan R., ob. cit., p. 201.

ma racional y eficiente, ya que su conducta está necesariamente afectada por sesgos cognitivos, y iii) que nada garantiza que el "procedimiento adecuado" llevado a cabo para la toma de decisiones de negocios sea realmente el mejor, el más eficiente o el más eficaz. Sostiene que dichas presunciones no se compadecen con la realidad y que, por lo tanto, la protección legal excepcional que beneficia a los administradores societarios se pretende justificar en supuestos fácticos erróneos.

Por el ello, el análisis conductual del derecho de sociedades propone discutir los fundamentos y justificaciones de la BJR y cuestionar sus efectos y validez, bajo cualquier contexto y circunstancia, sobre todo en sociedades que no tienen una notable separación entre propiedad y control (67), o donde se prefiere acotar el riesgo de las decisiones empresarias, o donde sería más conveniente poder verificar el grado de diligencia puesto en determinados actos por parte de los administradores.

IV. Decisiones "grupales" en el marco de las sociedades (68)

Muchas de las decisiones importantes que se toman en el mundo (por lo menos, en términos de cantidad de afectados) provienen de personas jurídicas, sean estas públicas o privadas. Son las decisiones de las instituciones y organizaciones las que terminan condicionando y modelando las conductas de los individuos (69).

Y esto introduce un nuevo elemento en el análisis conductual del derecho de sociedades,

(67) GURREA-MARTÍNEZ, Aurelio, "La cuestionada deseabilidad económica de la *business judgment rule* en el derecho español" (2015), disponible en <https://ssrn.com/abstract=2445545> (cuestiona la conveniencia de aplicar la BJR a las sociedades cerradas, crítica que compartimos en alguna medida).

(68) ZUR, Shapira, "Introduction and Overview, Organizational Decision Making", en ZUR, Shapira (ed.), 1997, p. 3, cit. por TOR, Avshalom, "The Methodology...", ob. cit., p. 305.

(69) Ver ENGEL, Christoph, "The Behaviour of corporate actors: How much can we learn from the experimental literature", MPI Collective Goods Preprint, nro. 2008/23 (2010), disponible en <http://ssrn.com/abstract=1135184>; Hodgson, 1996, 254.

cual es el estudio de cómo se toman las decisiones en los grupos de individuos (70).

En la medida en que las decisiones grupales son conformadas por las voluntades particulares de los individuos que integran el grupo, es dable observar cierta influencia de los sesgos que las afectan; pero, además, las decisiones grupales presentan sesgos y condicionamientos propios, inherentes a la dinámica de su particular proceso de toma de decisión (71).

Dejaremos de lado las decisiones de instituciones y entidades públicas (legislaturas, comisiones de los poderes del Estado, decisiones de jurados y de tribunales colegiados, consejos y asambleas universitarias, etc.) para centrarnos en las decisiones que se toman en el seno de las sociedades.

Las sociedades tienen dos centros de toma de decisiones imputables al ente: la asamblea de accionistas y el directorio.

Las decisiones del directorio y de la asamblea, son, generalmente, decisiones grupales que se

imputan a la persona jurídica (72), condicionadas, eso sí, por el cumplimiento de ciertos procedimientos formales (tales como los vinculados a la convocatoria, publicación, orden del día, lugar y horario de realización, temario, quórum, mayorías, forma de votar, miembros que pueden participar y votar, etc.) y, además, por cuestiones de fondo que hacen a la competencia del órgano (73) y al objeto de la decisión (respeto a la ley, al estatuto, al interés social, etc.).

Las voluntades individuales de los miembros de la asamblea y del directorio son las que van a conformar la decisión del cuerpo —sea por la aplicación de la regla de la mayoría o de la unanimidad (74)—, en un proceso decisional que tiene su propia lógica y dinámica.

Las decisiones grupales, ya sean aquellas a las que se arriba luego de una votación, como las que se logran por consenso (75), tienen características especiales que las diferencian de la toma de decisiones individuales. Estas características

(70) VAN EES, Hans — GRABRIELSSON, Jones — HUSE, Morton, "Toward a Behavioral Theory of Boards and Corporate Governance", 17 *Corporate Governance: An International Review*, 307 (2009), disponible en <https://core.ac.uk/download/pdf/52040055.pdf>; DELLAVIGNA, Stefano, "Psychology and Economics: Evidence from the field", 43 *Journal of Economic Literature*, 315 (2009), cit. por GREENFIELD, Kent, "The End...", ob. cit. (2014), p. 523.

(71) Como, p. ej., creemos que nuestras propias experiencias representan adecuadamente el conjunto de lo que ocurre; pensamos que nuestra decisión representa la voluntad del resto; nos cuesta cambiar nuestra forma de ver las cosas incluso cuando en el grupo se presentan evidencias nuevas que deberían forzar un cambio; tendemos a no incluir en nuestras consideraciones aquellas opciones en las que hay incertidumbre; condicionamos nuestra decisión a cómo se encuadra la cuestión a resolver; seguimos a quien nos inspira mayor confianza sin analizar la racionalidad de su propuesta, y dudamos de los que consideramos menos confiables; nos dejamos influenciar no solo por argumentos y evidencias; tomamos decisiones sin toda la información necesaria, o "leemos" en forma sesgada la información disponible o, directamente, la despreciamos; tendemos a seguir la tendencia mayoritaria. También existe evidencia que demuestra que los mismos sujetos pueden asumir distintas conductas y hasta exhibir distintas preferencias, dependiendo del grupo, del contexto y de las circunstancias, como así también de las intencionalidades o expectativas personales.

(72) Menos la de los directorios unipersonales y las asambleas de sociedades unipersonales.

(73) BOTTERI, José D. (h.) — COSTE, Diego, "Las asambleas de sociedades comerciales como mecanismos sociales", *Libro de Ponencias del XII Congreso Argentino de Derecho Societario y VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa*, UADE, Buenos Aires, 2013, t. II, p. 49 ("[N]o son órganos, sino mecanismos sociales que poseen diferentes etapas o fases tendientes a obtener resoluciones, que son acuerdos integrativos de la estructura del sistema social, y que constituyen estipulaciones complementarias del contrato social constitutivo, cuyo carácter es normativo [...] entendemos como mecanismo social al proceso causal por el cual la sociedad, que no es otra cosa más que el conjunto de individuos que la componen, adoptan decisiones sociales, cuyos efectos se extenderán a todos sus miembros. se trata de un proceso, porque como dijimos consta de una serie de fases o etapas dinámicas donde interactúan los diferentes componentes de la sociedad"; también mencionan ciertos patrones de actuación que afectan la toma de decisiones).

(74) DUPRAT, Diego A., "Toma de decisiones sociales. Breve esquicio sobre la regla de la mayoría versus la regla de la unanimidad", RDCO 263-887, AR/DOC/6634/2013.

(75) Téngase en cuenta que en las decisiones a las que se llega por el voto, pueden mantener su individualidad; mientras las que se arriban por consenso, pierden tal individualidad (que ni siquiera llega a conocerse) fundiéndose en una sola.

depondrán de la conformación del “grupo”, de su naturaleza, tamaño y composición y de las relaciones existentes entre sus integrantes.

Pero hemos de destacar que la dinámica de los grupos es diferente si el grupo —con más o menos la misma integración— tiende a perdurar en el tiempo o bien es efímero, o si se trata de uno institucional o meramente informal.

Contrariamente a lo que sucede con los grupos temporarios y no formales, en el caso de los directorios y las asambleas las posiciones suelen mantenerse (especialmente en las sociedades cerradas o las que refieren al grupo controlante, en las abiertas), porque también se mantienen las relaciones interpersonales y las tenencias accionarias relevantes. Es posible, en consecuencia, determinar parámetros y patrones que suelen repetirse (76).

También resulta relevante para analizar el comportamiento del grupo si la decisión es capaz de afectar a los decisores (integrantes) o no. Esta es la diferencia entre las decisiones de los órganos plurales societarios y las de los jurados u órganos de gobierno colegiados del Estado, donde las decisiones que tomen difícilmente lleguen a afectar personalmente a sus miembros.

Este dato es relevante para entender y predecir las conductas de los integrantes del grupo al construir toda decisión, en la medida en que van a sufrir su error y se van a beneficiar con el acierto.

Pero, además de estos aspectos, existen otros tipos de condicionamientos, tales como el respeto, la sumisión, el desinterés, el egoísmo, las rivalidades, el temor a plantear una posición minoritaria, la conveniencia de evitar un conflicto, la decisión de no buscar enfrentamientos, el respeto a pactos implícitos, entre muchos otros. Y, al igual a lo que sucede con el comportamiento individual, las decisiones grupales, como se dijo, también resultan condicionadas por sesgos cognitivos y procesos heurísticos.

(76) TINDALE, R. Scott — KAMEDA, Tatsuya — HINSZ, Verlin B., "Group Decision Making", disponible en <https://www.researchgate.net/publication/228586939>.

En este punto, se suele observar que los sesgos que afectan a cada individuo que conforma el grupo no suelen replicarse, en igual forma e intensidad, en el grupo (salvo indirectamente por imposición de su opinión al resto, pero ya acá tercian cuestiones distintas).

De todas maneras, no hay evidencia empírica concluyente en este aspecto (77). En algunos estudios se ha verificado que la transición desde la decisión individual a la grupal desvía a esta de su óptimo, en otros que lo acerca y, en otros, que no tiene ningún efecto (78).

Más allá de los condicionamientos y las características indicadas, no hay que ignorar que las decisiones corporativas son complejas, no solo por ser grupales, sino porque muchas suelen tomarse en un contexto de incertidumbre, generalmente implican un riesgo y, además, deben atender múltiples intereses —internos y externos—, además de quedar sujetas a la reacción de los mercados (con los efectos positivos y negativos que este puede generar). Se trata de un contexto complejo, variable, incierto e inestable, donde convergen intereses de varios actores, que no siempre son los mismos.

IV.1. Sesgos grupales. Características positivas y negativas

Con todos los problemas que conlleva precisar el modo en que se conforma el proceso de toma de una decisión grupal, se puede afirmar que estas decisiones tienen, al menos, dos ventajas: i) pueden reunir y tener en cuenta más información, y ii) suelen reducir los sesgos individuales.

Esto es cierto, pero no siempre suficiente para neutralizar dos fenómenos que se verifican en las decisiones grupales.

(77) ENGEL, Christoph, "The Behaviour of corporate actors...", ob. cit., p. 20 ("En muchos aspectos, 'actores' colectivos y corporativos sufren de los mismos sesgos que los individuos. Algunas veces tienden a acercarse al estándar del 'rational choice' y otras, se alejan").

(78) ZAMIR, Eyal — TEICHMAN, Doron (ed.), "Behavioral Law...", ob. cit. (2018), p. 122, con cita a KERR, Norbert L. — MACCOUN, Robert J. — KRAMER, Geoffrey P., "Bias in Judgment: Comparing Individuals and Groups", 103 *Psychology Review*, 687 (1996).

Uno es el efecto denominado “polarización grupal” —*group polarization* (79)— que se verifica especialmente en el ámbito del derecho público y en las democracias deliberativas, pero que puede detectarse en grupos e instituciones de derecho privado. Consiste en la tendencia a alinearse detrás de una posición única y extrema, aun cuando en un principio, o inclusive antes de la deliberación, se hubiese tenido una opinión contraria o distinta (80).

Este efecto puede verse mejor en los grupos homogéneos, o bien en los heterogéneos con personas muy influyentes sobre el resto. Se potencia, además, por la existencia de información asimétrica o, directamente, por la ausencia de información.

El otro fenómeno, vinculado al anterior, es el denominado “pensamiento de grupo” o “efecto rebaño” —*groupthink* (81)—, que fuera descrito en 1972 por Janis (82), y que consiste en pensar o tomar decisiones dentro de un grupo en forma “demasiado” homogénea, de manera que se desalienta el disenso, el debate, la crea-

tividad y la responsabilidad individual (83). La diferencia con el anterior es que las decisiones pueden no ser extremas.

Cuando esto sucede, provoca que las ventajas que tiene una decisión grupal se diluyan y que aumenten las probabilidades de que la decisión grupal se aparte del óptimo (típico caso de estupidéz colectiva).

Si bien el funcionamiento del efecto *groupthink* aún no ha sido definitivamente explicado empíricamente, se advierte que existen dos factores que pueden operar como causa de este. Uno, es la consideración de que si la propia posición es minoritaria puede ser que esté equivocada (no es posible que todo el resto esté equivocado) y, el otro, la necesidad de ser aceptado por el grupo y no convertirse en un factor disonante. En el primero, el individuo se convence de que no tiene razón y, en el segundo, sigue pensando que tiene razón, pero prefiere aceptar lo que diga la mayoría si cree que las consecuencias de disentir son costosas.

Para evitar estos dos fenómenos se argumenta que es preferible tener órganos de administración y gobierno heterogéneos (o diversificados), con libertad para opinar libremente, para que la decisión grupal tienda a ser más equilibrada y producto de los consensos y debates; agregando que el proceso de toma de decisiones de estos grupos suele neutralizar los sesgos individuales, y que, al aportar distintos puntos de vistas y vivencias, terminan enriqueciendo el resultado final (84). Pareciera razonable pensar que la propia dinámica de la toma de decisiones grupales (deliberación, debates, búsqueda de consensos) tiende a corregir ciertos sesgos cognitivos indi-

(79) En cuanto a este efecto, ver MYERS, David G. — LAMM, Helmut, "The Polarizing Effect of Group Discussion", 63 *American Scientist*, 297 (1975), disponible en <http://www.davidmyers.org/davidmyers/assets/Polarizing.Eff.Group.Disc.pdf>; *id.*, "The Group Polarization Phenomenon", 83 *Psychological Bulletin*, 602 (1976), disponible en <https://pdfs.semanticscholar.org>; SUNSTEIN, Cass R., "The Law of Group Polarization", 10 *Journal of Political Philosophy*, 175 (2002).

(80) SUNSTEIN, Cass R., "Deliberative Trouble? Why Groups Go to Extremes", 110 *Yale Law Journal*, 71 (2000) (que es cuando los miembros de un grupo deliberativo se mueven, en forma previsible, hacia posiciones más extremas que las intenciones y posturas anteriores a la deliberación, sobre todo si la decisión del grupo mantiene el anonimato de los votantes y el sentido de cada decisión individual).

(81) Expresión acuñada por Janis en el año 1972 para definir un sesgo que suele verificarse en las decisiones grupales cuando se llega a un consenso sin un razonamiento crítico ni evaluación de las consecuencias o alternativas, sobre todo cuando existe una presión para llegar a un consenso unánime; por ejemplo, la urgencia en resolver un tema.

(82) JANIS, Irving L., "Victims of Groupthink", Atlanta, Houghton Mifflin 1972, cit. por HART, Paul't, "Irving L. Janis' Victims of Groupthink", 12 *Political Psychology*, (1991), disponible en <http://www.jstor.org/stable/3791464>.

(83) HALL, Kath, "Looking beneath the Surface: The impact of psychology on corporate decision making", 49 *Managerial Law*, 93 (2007); O'CONNOR, Marleen A., "The Enron Board: The Perils of Groupthink", 71 *University of Cincinnati Law Review*, 233 (2003), este último citado por GREENFIELD, Kent, "The End...", ob. cit., cap. 20.

(84) SUNSTEIN, Cass R., "Why Societies Need Dissent", Cambridge, MA: Harvard University Press, 2003, y *id.*, "Group Judgments: Deliberation, Statistical Means and Information Markets", 80 *New York University Law Review*, 962 (2005), citados, ambos, por GREENFIELD, Kent, "The End...", ob. cit., cap. 20; *id.*, "Saving the World with Corporate Law", 57 *Emory Law Journal*, 948 (2008) y GREENFIELD, Kent, "The End...", ob. cit., p. 530.

viduales y a rectificar impresiones equivocadas (prejuicios), funcionando como un control social más.

Por ello se tiende a sugerir la conformación de directorios que respeten la diversidad, con directores independientes (85) y con asesores influyentes; aunque existan casos donde esta heterogeneidad pueda llevar a un resultado no deseado (86). Porque cierta uniformidad de criterios y perspectivas hace mucho más fácil la toma de decisiones grupales, debido a que, generalmente, se respetan las líneas de conducta y la coherencia con las decisiones ya tomadas en casos similares. Hay políticas y directrices ya aceptadas y las decisiones particulares solo se apoyan en ellas. En definitiva, debemos tener cuidado en afirmar categóricamente, y en forma generalizada, la supremacía de los grupos diversificados por sobre los que no lo son, sobre todo en lo que se refiere a la *performance* financiera (87) y simplicidad y rapidez en la toma de decisiones.

IV.2. Información

Otro tema que juega un rol relevante en la toma de decisiones grupales es el de la información.

El acceso a la información de todos los miembros del grupo depende de varios factores que se vinculan a cómo los miembros perciben el proceso de toma de decisiones del grupo. Si lo

(85) SOUTHER, Matthew, "Does Board Independence Increase Firm Value? Evidence from Closed-End Funds", *Journal of Financial and Quantitative Analysis* (2019), disponible en <https://ssrn.com/abstract=3454618>.

(86) BHAGAT, Sanjai — BLACK, Bernard S., "The Uncertain Relationship between Board Composition and Firm Performance", 54 *Business Lawyer*, 921 (1999), disponible en <https://ssrn.com/abstract=11417> y <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.11417>; LANGEVOORT, Donald C., "The Human Nature of Corporate Boards: Law, Norms and the Unintended Consequences of Independence and Accountability", Georgetown University Law Center, Working Paper Series, Business, Economics, and Regulatory Law, Working Paper No. 241402 (2000), disponible en http://papers.ssrn.com/papers.taf?abstract_id=241402.

(87) DHIR, Aaron A., "Towards a Race and Gender-Conscious Conception of the Firm: Canadian Corporate Governance, Law and Diversity", 35 *Queen's Law Journal*, 569 (2010), disponible en <https://ssrn.com/abstract=1340726>.

ven como una negociación entre posiciones en conflicto, donde solo un integrante o un grupo de ellos debe ganar e imponer su decisión, seguramente retacearan información y solo harán público lo que les convenga; mientras que si lo que se busca es el interés común, se pondrá toda la información sobre la mesa.

Stasser y Titus, en punto a información, sostienen que las decisiones grupales se benefician de la información que tiene cada miembro del grupo, llegando a una decisión menos sesgada. Pero también previenen que esta tendencia puede fracasar porque las discusiones se fundamentan en información previa a la que cada uno de los integrantes tuvo acceso y por información que reafirma las posturas de los integrantes (88).

También se ha demostrado, empíricamente, que la información conocida desde el inicio por todos es más fácil de aceptar que la nueva, y más si esta brinda un aspecto o perspectiva distinta. Este fenómeno se denomina "efecto del conocimiento común o compartido" (*common knowledge effect*) que explica que la información compartida desde el inicio por todos los miembros es la que, en definitiva, será tenida en cuenta para tomar la decisión final, incluso más que la información no compartida o tardíamente expuesta.

Muchas veces los integrantes del grupo toman conocimiento de la cuestión a decidir en la asamblea o en el directorio, y es recién ahí cuando tienen acceso a la información vinculada y, en consecuencia, toman decisiones mediante procesos heurísticos o atajos conductuales, y sin el debido asesoramiento previo.

En muchas otras, ciertos integrantes conocen de antemano el tema sobre el cual deben tomar una decisión y, por tanto, están en condiciones de acceder a información relevante, pero que no logran comprenderla en toda su magnitud y complejidad.

(88) STASSER, Garold — TITUS, William, "Pooling of Unshared Information in Group Decision Making: Biased Information Sampling During Discussion", 48 *Journal of Personality & Social Psychology*, 1467 (1985), disponible en <https://pdfs.semanticscholar.org/673f/dc80c1977643a08c5ee4e7d76eaf8b53808.pdf>.

IV.3. *Presentación y encuadre*

En la toma de decisiones grupales es determinante cómo los líderes enmarcan y presentan el problema o cuestión a decidir en el seno del grupo. Así, el lenguaje, en su aspecto persuasivo, asume un rol relevante. No es lo mismo decir que las ganancias aumentaron, que reconocer que las ganancias no llegaron a la cifra esperada, aun habiendo aumentado. O poner énfasis en los aspectos positivos de una gestión empresarial, que señalar lo que no se pudo cumplir. O que se ganó tanto dinero, pero sin indicar que, con una gestión eficiente, se podría haber ganado más; o poner el foco en el contexto para así justificar o criticar una determinada decisión empresarial.

Por supuesto, también importa el orden de quién vota y el orden de lo que se vota; si queda constancia del voto o no; si se exige una fundamentación de cada posición y sentido del voto. Tampoco es lo mismo justificar una moción advirtiendo todo lo que se puede perder, que hacerlo indicando lo que puede dejar de ganarse. En contextos de votaciones muy ajustadas, y aún más en las llamadas sociedades 50/50, la forma en que se plantea la moción que se someterá a votación es trascendental. No es lo mismo poner a votación la moción de "aprobar la gestión del director X", que la moción "de no aprobar la gestión"; o la de "iniciar acción de responsabilidad contra el director X", que "rechazar la acción social de responsabilidad"; ya que solo ganará la que obtenga una mayoría suficiente. Si la propuesta no llegara a obtener la mayoría estatutaria o legal, directamente no será aprobada.

IV.4. *Lealtades*

Otra diferencia importante entre las decisiones individuales y las grupales se refiere a la cuestión de las lealtades. En las primeras, no puede haber conflictos porque se trata de una sola persona (salvo si los efectos de su decisión pueden repercutir en otras), pero en las grupales puede haber una discordancia entre la preferencia individual y el interés del grupo.

Esto se hace patente en el caso de las asambleas y directorios, donde las decisiones que se toman constituyen las manifestaciones de

voluntad de la sociedad. Y, precisamente por esa razón, la ley dispone que la voluntad social debe encuadrarse en lo que dice la ley, el estatuto y el reglamento, así como también, que debe respetar el interés social. Este es límite a la decisión social. Dentro de esa zona de actuación, los socios pueden tener opiniones divergentes motivadas en preferencias individuales. Es lo que ocurre, por ejemplo, en las decisiones sobre aplicación de los resultados sociales. Es precisamente en este supuesto donde los accionistas pueden adoptar decisiones sobre la base de preferencias individuales que, igualmente, puedan quedar amparadas bajo el paraguas del interés social. Es el caso de los accionistas corto o largo-placistas y el dilema de distribuir las utilidades vía dividendos o de retenerlas confiando en un crecimiento de la empresa y así poder obtener un dividendo mayor a futuro. Ambas posiciones se justifican en el interés social y en la causa fin del contrato de sociedad, que es que los accionistas obtengan una renta por su inversión, a través de la gestión de una empresa.

En los directorios la cuestión es más compleja, porque estos están integrados por directores que pueden ser o no socios. En la medida en que haya directores no socios, estos estarán expuestos a situaciones de conflicto de intereses o situaciones donde sea tentador preferir el interés personal sobre el de la sociedad.

Por ello, se impone a los administradores el deber de obrar con lealtad, que significa abstenerse de perjudicar los intereses de la sociedad priorizando los propios.

El principio de lealtad de los administradores es para con la sociedad. No debieran atender otros intereses, salvo en la medida en que estos sean beneficios, directa o indirectamente, para una buena gestión de la empresa (89).

También se puede verificar en el directorio distintas lealtades; por ejemplo, de los administradores frente a los accionistas que votaron su designación, de los directores respecto a la clase de acciones que representan e, inclusive de los

(89) DUPRAT, Diego A., "Responsabilidad social de la empresa", LA LEY, 2009-C, 1067, AR/DOC/1541/2009 (sobre las lealtades de los administradores y clasificación y efectos de las acciones sobre responsabilidad social).

directores independientes frente a quienes los propusieron.

V. El *status quo bias* y el *endowment effect*

El análisis comportamental aporta al tradicional análisis económico del derecho las nociones del *status quo bias* (90) y del *endowment effect* (91).

El *status quo bias* describe la tendencia a preferir el estado de cosas actual frente a estados alternativos (bajo iguales variables y circunstancias, o sea ante la ausencia de costos de transacción vinculados a la decisión a tomar).

En definitiva, el agente tiende a retrasar o evitar la elección que implique un cambio en la situación actual.

Se ha sostenido (92) que, en general, se tiene temor a tomar malas elecciones y, por ese motivo, se prefiere dejar las cosas como están y no exponerse a una errónea decisión. Esta conducta se justifica en que los individuos tienden a juzgar de peor manera los resultados negativos de una acción, que los malos resultados de una inacción u omisión; a pesar de que, muchas ve-

ces, la inacción produce un cambio en el *status quo* con mayores perjuicios que ciertas acciones positivas (93). En otras palabras, suele haber mayor arrepentimiento de las malas acciones, que de las malas omisiones (94).

Por su parte, el *endowment effect*, que no deja de ser una manifestación del *status quo bias*, describe aquella tendencia del individuo a preferir y otorgar mayor valor a las cosas que tiene en su poder, en desmedro de aquellas que le son ajenas (95), por supuesto ante la ausencia de costos de intercambio significativos.

Una de las consecuencias del *endowment effect* es la brecha que se produce entre el valor que le asigna a una cosa el vendedor y el valor que está dispuesto a pagar el comprador, lo que se denomina *offer-asking gap*; descartando las valoraciones subjetivas y percepciones personales (96).

Los experimentos realizados sobre el funcionamiento y alcance del *endowment effect* concluyen en lo siguiente:

(93) BARON, Jonathan — RITOV, Ilana, "Omission bias, individual differences, and normality", 94 *Organizational Behavior and Human Decision Processes*, 74 (2004).

(94) KAHNEMAN, Daniel — TVERSKY, Amos, "The Psychology of Preferences", 246 *Scientific American*, 160 (1982), disponible en https://www.academia.edu/8285384/The_Psychology_of_Preferences.

(95) HOORENS, Vera — NUTTIN, Josef M. Jr. — HERMAN, Ildiko E. — PAVAKANUN, Ubolwanna (1990), "Mastery pleasure versus mere ownership: A quasi-experimental cross-cultural and cross-alphabetical test of the name letter effect", 20 *European Journal of Social Psychology*, 181 (1990), cit. por HAGEMAN, Ximena — MEJÍAS, Tania — MONZÓN, Francisca, "Endowment Effect, Status Quo Bias y Default Option", Universidad de Chile, Santiago (2014), disponible en http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/108287/hagemann_x.pdf?sequence=3&isAllowed=y; SANKAR, Sen — JOHNSON, Eric, "Mere-Possession Effects Without Possession in Consumer Choice", 24 *Journal of Consumer Research*, 105 (1997), disponible en <http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.841.7941&rep=rep1&type=pdf>.

(96) RABAN, Daphne R. — RAFAELI, Sheizaf, ob. cit.; RAFAELI, Sheizaf — RABAN, Daphne R., "Experimental Investigation of the Subjective Value of Information in Trading", 4 *Journal of the Association for Information Systems*, 119 (2003), disponible en <https://ssrn.com/abstract=999989>.

(90) SAMUELSON, William — ZECKHAUSE, Richard, "Status Quo Bias in Decision Making", 1 *Journal of Risk and Uncertainty*, 7-9 (1988), disponible en <https://www.jstor.org/stable/41760530>; 9 (1988).

(91) Ver una aproximación al tema en DUPRAT, Diego A., "Los dividendos...", cit. p. 6; RABAN, Daphne R. — RAFAELI, Sheizaf, "Subjective Value of Information: The Endowment Effect" (2003), disponible en <https://www.researchgate.net/publication/244247179>; KUJAL, Praveen — SMITH, Vernon L., "The Endowment Effect", Universidad Carlos II de Madrid, Departamento de Economía, Working Paper 03-62, Economics Series 26 (2003); KOROBIKIN, Russell B., "The Endowment Effect and Legal Analysis", 97 *Northwestern University Law Review*, 1227 (2003), UCLA School of Law Research Paper No. 02-19, (2003), disponible en <https://ssrn.com/abstract=326360>; KAHNEMAN, Daniel — KNETSCH, Jack L. — THALER, Richard H., "Experimental Tests of the Endowment Effect and the Coase Theorem", 98 *The Journal of Political Economy*, 1325 (1990); KAHNEMAN, Daniel — KNETSCH, Jack L. — THALER, Richard H., "Anomalies: The Endowment Effect, Loss Aversion, and Status Quo Bias", 5 *The Journal of Economic Perspectives*, 193 (1991).

(92) ANDERSON, Christopher J., "The Psychology of Doing Nothing: Forms of Decision Avoidance Result from Reason and Emotion", 129 *Psychological Bulletin*, 139 (2003), disponible en <https://ssrn.com/abstract=895727>.

— Que los resultados solo son válidos en las condiciones experimentales en que se verificaron.

— Que es un efecto contexto dependiente.

— Que dicho efecto se verifica no solo con cosas, sino con bienes inmateriales.

— Que las personas muestran preferencia por un bien, solo por el hecho de estar bajo su posesión (efecto de la mera posesión).

— Que tal efecto es más fuerte cuando se trata de bienes obtenidos por mérito o con cierto esfuerzo (97).

— Que el dinero no genera el *endowment effect*, aunque sí puede llegar a verificarse en la negociación de ciertos instrumentos financieros.

— Que cuanto más difícil sea comparar dos ítems en una supuesta transacción, mayor será el *endowment effect* y, por ende, la tendencia a mantener lo que se tiene.

— Que el *endowment effect* es más intenso cuando se trata de cosas que no tienen un fácil sustituto en el mercado (98).

— Que el *endowment effect* es mayor si las personas valorizan las cosas para su uso que para su intercambio. Así, si una persona compra una

acción para revenderla no se genera el *endowment effect*, porque se trata de una mera inversión que apunta a obtener una pronta ganancia monetaria. No le agrega valor por solo tenerla.

— Que el *endowment effect* también se verifica en el intercambio de información (99). Con el agravante de que la información es muy costosa de producir, pero muy económica de reproducir. Esto lleva a que sea difícil determinar el valor de la información (100), debido a que no puede ser medida ni pesada y es incorrecto valorarla por su utilidad objetiva (101). Además, el valor de la información suele variar de acuerdo con las personas que la poseen o adquieran y tiene la particularidad de que su valor solo se aprecia luego de haberla consumido.

Para el análisis conductual, el *endowment effect* no es una predicción solo teórica, sino un descubrimiento empírico (102) que se verifica en el mundo real (103).

La importancia de esta escuela es que debilita por su base a la clásica teoría de la elección racional, discutiendo la validez del teorema de Coase en cuanto sostiene que las externalidades o las ineficiencias económicas se corrigen mediante la libre negociación de las partes afectadas. Si fuera cierta la influencia del *endowment effect* en las conductas de las personas, la eficiencia que predice el teorema de Coase no se

(97) LOWENSTEIN, George — ISSACHAROFF, Samuel, "Source Dependence in the Valuation of Objects", 7 *Journal of Behavioral Decision Making*, 157 (1994), disponible en <https://www.cmu.edu/dietrich/sds/docs/loewenstein/SourceDependence.pdf>.

(98) Esto demostraría que este efecto sería más racional de lo que se pretende insinuar. Ver HANEMANN, Michael, "Willingness to Pay and Willingness to Accept: How Much Can They Differ?", 81 *American Economic Review*, 635 (1991); pero también se ha afirmado que aun con bienes que no están en el mercado o no tienen un sustituto igual se verifica el diferencial entre WTA/WTP, conf. ADAMOWICZ, Wiktor L. — BHARDWAJ, Vinay — MACNAB, Bruce, "Experiments on the Difference Between Willingness to Pay and Willingness to Accept", 69 *Land Economics*, 416 (1993); TVERSKY, Amos — KAHNEMANN, Daniel, "Loss Aversion in Riskless Choice: A Reference-Dependent Model", 106 *The Quarterly Journal of Economics* 1039 (1991) (indicaron que el *endowment effect* tiene una estrecha vinculación con la aversión a las pérdidas, lo que tiene una cuota de racionalidad).

(99) RAFAELI, Shiezaf — RABAN, Daphne R., "Experimental Investigation...", ob. cit. (la información tiene la característica de que es costosa su producción y de bajo costo su reproducción. También se verifica que cierta información que está al alcance de todos, lo costoso es su interpretación y análisis).

(100) SHAPIRO, Carl — VARIAN, Hal R., "Information Rules: A Strategic Guide to the Network Economy", Harvard Business School Press, Boston, 1999, cit. por RAFAELI, Shiezaf — RABAN, Daphne, "Experimental Investigation...", ob. cit.

(101) RABAN, Daphne R. — RAFAELI, Shiezaf, "Subjective Value...", ob. cit.

(102) Hay quienes critican el análisis comportamental del derecho por verificarse solo en experimentos de laboratorio y sin ninguna evidencia empírica.

(103) LIST, John A., "Does Market Experience Eliminate Market Anomalies? The Case of Exogenous Market Experience", NBER Working Paper No. w16908 (2011), disponible en <https://ssrn.com/abstract=1795857>.

alcanzaría; o solo se lograría mediante la reiteración del juego y el aprendizaje y en el marco de ciertos bienes y bajo determinadas circunstancias.

En conclusión, el *endowment effect* pretende explicar un fenómeno que ya se advertía, cual es que se puede llegar a un precio común entre las partes (entre lo que uno está dispuesto a pagar y otro a aceptar) siempre que se trate de bienes fácilmente sustituibles, que carezcan de valor afectivo y que puedan negociarse en un mercado con exiguos costos de transacción. Por el contrario, si se tratara de bienes únicos o, por lo menos, sin sustitutos accesibles en el mercado, con un valor adicional de tipo personal, destinados a su uso y sin un mercado de intercambios habituales, el precio de los mismos será de difícil determinación, debido a la brecha que existirá entre lo que se esté dispuesto a pagar (WTP, *willing to pay*) y lo que se esté dispuesto a recibir a cambio de los mismos (WTA, *willing to accept*).

V.1. Algunos efectos sobre el régimen de sociedades

Como ya habrá advertido el lector, las nociones de *endowment effect* y *status quo bias* sirven para explicar muchos aspectos de las sociedades cerradas y, aún más, de las empresas de familia.

Primero, porque las participaciones sociales no están destinadas al intercambio, y en caso de que se negocien, es muy difícil contar con un valor objetivo.

Habitualmente somos testigos de una *offer-asking gap*. O sea, de una diferencia de valor entre lo que se está dispuesto a pedir por las acciones en venta y lo que están dispuesto a pagar por ellas, precisamente por el *endowment effect*. Las acciones son más valiosas para el que vende, que su valor real o que el valor que le asigna el comprador.

Esto sucede por la carga afectiva y los intereses implicados, porque la venta de las participaciones societarias suele vincularse al cierre de una etapa de la vida, entre otras cuestiones en juego. El esfuerzo, el tiempo, la dedicación, las horas robadas a la familia y al esparcimiento,

que llevaron a la construcción de la empresa, no son correctamente valuados al momento de su compraventa.

Debido a que la empresa suele ser parte del proyecto vital de los socios y, en el caso de las empresas de familia, forma parte del capital familiar de varias generaciones, es el ámbito donde se verifica, con mayor fuerza, el *status quo bias*. Existe, habitualmente, una fuerte negativa a deshacerse de la empresa, a venderla o a permitir el ingreso de nuevas personas que no compartan los mismos valores y estilo de vida.

Y esta preferencia por mantener la empresa a toda costa o no “abirla” a terceros se explica porque el *status quo bias* suele potenciarse cuando entran en juego intereses de otras personas, como los de la familia, que suelen condicionar la decisión individual. Esta situación fáctica, sumado al *endowment effect*, tiene muchos efectos prácticos.

Los socios son más reacios a vender su participación cuando la empresa es parte de la familia y han desarrollado un afecto especial por ella (104), como cuando la consideran una extensión de sí mismo o de su familia (*extended-self*) (105). Aun cuando decidieran a vender una participación de la empresa de familia y pactar un precio que consideren justo, seguramente sentirían una pérdida no mensurable en dinero, generalmente afectiva y que puede hasta llegar a producir un sentimiento de culpa y angustia.

Esta “percepción” también se explica por el “efecto halo” —*halo effect* (106)—, o sea por lo que implica ser titular de la empresa. Las personas se auto perciben mejor cuando están vincu-

(104) SANKAR, Sen — JOHNSON, Eric, ob. cit.

(105) LADIK, Daniel — CARRILLAT, Francois — TADAJEWSKI, Mark, "Belk, Russel (1988), Possessions and the extended self — revisited", 7 *Journal of Historical Research in Marketing*, 184 (2015), disponible en <https://www.researchgate.net/publication/277922932>.

(106) Que no deja de ser un sesgo cognitivo. Ver ROSENZWEIG, Phil, "The Halo Effect... and the Eighth Other Business Delusions The Deceive Managers", Free Press, 2007 y el artículo de divulgación NIELSEN, Jakob — CARDELLO, Jen, "The Halo Effect" (2013), disponible en <https://www.nngroup.com/articles/halo-effect/>.

ladas a su obra, a su producto o a su trayectoria. En otras palabras, cuando pueden mostrar lo que hicieron (o sea: la empresa).

Este efecto halo está íntimamente relacionado al valor simbólico (107), que es el valor asociado a haber puesto energía, años, dedicación, sufrimiento, tiempo y dinero en la empresa. Es el valor que representa el esfuerzo y el tesón.

El valor simbólico, a su vez, se vincula y re-actualiza no solo con lo afectivo, sino con el aspecto representativo que ciertos bienes sociales tienen en el imaginario familiar-empresario.

Otro fenómeno que suele observarse en las sociedades cerradas, y más si estas son de corte familiar, es que el fundador suele dar a su participación mayor valor y, frente a una venta del paquete accionario, él pretende una mayor tajada porque considera que la empresa es lo que es por mérito propio, y muchas veces es así. Este efecto ha sido estudiado como de "superioridad ilusoria" o como el efecto *Dunning-Kruger*.

También suele observarse en las sociedades cerradas la preeminencia del sesgo de excesiva confianza (*overconfidence*) y de optimismo desmedido o injustificado (*overoptimism*) (108), tanto al momento de constituirse la sociedad, como al momento de darla por finalizada.

Cuando varias personas deciden constituir una sociedad y embarcarse en un proyecto común a largo plazo, generalmente toman esta decisión influidos por un exceso de optimismo

(107) VAN DER VELDE, Franck — FORTH, Jamie — NAZARETH, Deniece S. — WIGGINS, Geraint A., "Linking Neural and Symbolic Representation and Processing of Conceptual Structures", *Frontier of Psychology*, (2017), disponible en <https://doi.org/10.3389/fpsyg.2017.01297>; JORNA, R. J., "Symbols in the Mind: What are We Talking About?", 40 *Advances in Psychology*, 135 (1987); MACKENZIE, Craig, "Where are the motives? A problem with evidence in the work of Richard Thaler", 18 *Journal of Economic Psychology*, 123 (1997), citado por HAGEMAN *et al.*, ob. cit.

(108) Ver TOR, Avishalom, "The Methodology...", ob. cit.; TOR, Avishalom, "The Fable...", ob. cit.; WILLIAMS, Sean H., "Probability Errors. Overoptimism, Ambiguity Aversion, and the Certainty Effect", en ZAMIR, Eyal — TEICHMAN, Doron (eds.), *The Oxford Handbook...*, ob. cit., 2014, p. 335.

y de confianza en que todo irá bien. En las sociedades cerradas vemos esta clase de conductas, sobre todo por parte de los socios menos informados y con menos experiencia. Este sesgo cognitivo los lleva a no tomar los recaudos y salvaguardas necesarios para proteger sus intereses a futuro. Estiman que la confianza existente al momento de efectuar el emprendimiento se mantendrá a lo largo de la vida de la empresa.

Y cuando la empresa comienza con problemas y entra en una fase de insolvencia irreversible, se suele estirar el momento final, básicamente por cuestiones que no tienen que ver con lo estrictamente comercial o financiero. Comienza a resentirse la relación con los empleados, proveedores y clientes; se agrava con la sensación de fracaso personal, con la frustración de un proyecto conjunto y, muchas veces, con la angustia de la imposibilidad de continuar dando a apoyo a la familia. En estas instancias se verifica con habitualidad la creencia —muchas veces infundada— de que las cosas mejorarán y que no son tan graves (sesgo de sobreconfianza o confianza excesiva).

Son muchos los sesgos y atajos cognitivos que afectan la toma de decisiones diarias en el seno de las sociedades cerradas; por ello el análisis de las conductas de sus integrantes desde la perspectiva del *behavioral analysis of law* es sumamente útil para entender las tensiones, los conflictos y la forma de superarlos.

VI. Opiniones y conclusiones

Como se adelantó, el derecho de sociedades es un campo propicio para ser repensado bajo las premisas del análisis conductual, aunque esta aproximación no sea suficiente para alterar la base económica donde se asienta y encuentra sus justificaciones.

Los aportes del análisis conductual permiten entender mejor las pautas de gobierno corporativo, esto es, el funcionamiento interno de las sociedades y la forma en que sus administradores y socios toman sus decisiones y conforman sus comportamientos.

Así, esta perspectiva ha puesto en evidencia dos aspectos particulares del derecho de so-

ciudades: i) uno, que ciertos sesgos cognitivos y, aún más, ciertas predisposiciones genéticas —lo que Ulen llama el *hardware* cerebral (109)— pueden constituir una ventaja para adaptarse (110) a entornos como el del derecho societario; donde el optimismo, la alta autoestima y autoconfianza (111), el sesgo del costo hundido, sumado a ciertos rasgos de la personalidad como el egoísmo, la ambición, la agresividad, entre otros aspectos socialmente más aceptados como “buenos”, logran mejores resultados; ii) dos, que el propio sistema de selección de administradores y ejecutivos va separando a los menos preparados y a aquellos que no tienen las condiciones necesarias. El sistema institucional se auto-protege, selecciona a los mejores y descarta o castiga al resto. Lo mismo sucede con los inversores en los mercados de capitales (112) y con los socios en emprendimientos que fracasan o que son afectados por defectos en el diseño estatutario.

La selección natural del más apto y la experiencia y aprendizaje que brinda la serie repetitiva de conductas, coadyuvan a una mejor adaptación del sujeto y a la toma de decisiones que más se acercan al óptimo racional o, al menos, a la satisfacción de sus expectativas.

(109) ULEN, Thomas S., "Business Law Forum: Behavioral Analysis of Corporate Law: Instruction or Distraction?: Forum Commentary: Remarks on the Lewis & Clark Law Scholl Business Law Forum", 10 *Lewis & Clark Law Review*, 177 (2006).

(110) LANGEVOORT, Donald C., "Behavioral Approaches to Corporate Law" (2012), en HILL, Claire A. — MCDONNELL, Brett H. (eds.), *Research Handbook on the Economic of Corporate Law*, Northampton, Edward Elgar, Massachusetts, 2012, Georgetown Law and Economics Research Paper No. 12-015, Georgetown Public Law Research Paper No. 12-055, disponible en <https://ssrn.com/abstract=2042009> (sobre el concepto de adaptabilidad de los administradores, refiriéndose a los sesgos de *sunk cost bias* y *overconfidence* y el heurístico *quick and dirty* (equivalente de la expresión argentina de "lo atamos con alambre").

(111) MALMENDIER, Ulrike — TATE, Geoffrey, "Behavioral CEOs: The Role of Managerial Overconfidence", 29 *Journal of Economic Perspectives*, 37 (2015) (cit. por ZAMIR, Eyal — TEICHMAN, Doron [ed.], *The Oxford Handbook...*, ob. cit., ps. 363 y 364).

(112) POSNER, Richard, "Rational Choice...", ob. cit. (1998), p. 1551.

Como sostienen las teorías adaptativas (113), el hombre no es plenamente racional, pero al aprender, copiar e intentar mejorarse, tiende a tomar las mejores alternativas para satisfacer sus expectativas, bajo las circunstancias que lo afectan y dentro de un contexto determinado.

A mayor acceso a información relevante y mayor experiencia, más conciencia se tendrá sobre las consecuencias de los propios actos y, por lo tanto, se podrán tomar decisiones eficientes en el cumplimiento de los fines propuestos, siempre y cuando se actúe en un contexto que aporte algún incentivo en tal dirección.

El problema es que ni el acceso a la información ni el aprendizaje tienen costo cero; ergo, si ese costo es superior a las ganancias que generaría estar debidamente informado y con suficiente experiencia, se preferirá continuar en la incertidumbre, ahorrar tiempo y esfuerzo y decidir por atajos y confiados en el azar (114).

Hay que afirmar que el *behavioral analysis of law* ha destronado al *economic analysis of law*, o fijado las bases para suplantarse la teoría de la elección racional es, al menos, prematuro. Básicamente, porque el análisis del comportamiento no ha logrado conformar una teoría que explique, en forma autónoma y satisfactoria, toda una rama del conocimiento (en nuestro caso, el derecho de sociedades), ni que permita sustituir el valor predictivo que ha demostrado tener el modelo de elección racional (115) (en un con-

(113) LO, Andrew, "Adaptive Markets and the New World Order", *Social Science Research Network* (2011) disponible en <https://ssrn.com/abstract=1977721> o <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1977721> ("Los individuos no son ni perfectamente racionales ni completamente irracionales, sino que son inversores inteligentes, con visión de futuro, competitivos y que se adaptan a las nuevas realidades económicas" y agrega que la hipótesis del mercado adaptivo (adaptive markets hypothesis — AMH) "comienza por reconocer que la conducta humana es una compleja combinación de múltiples sistemas de toma de decisiones, donde el razonamiento lógico es solo uno entre tantos".

(114) KOLSTAD, Charles D. — GUZMÁN, Rolando M., "Information and the Divergence between Willingness to Accept and Willingness to pay", 38 *Journal of Environmental Economics and Management*, 66 (1999).

(115) SMITH, Vernon, "Rational Choice: The Contrast Between Economics and Psychology", 99 *Journal of Political Economy*, 894 (1991).

texto dado y teniendo en cuenta la información disponible).

Por ello, las críticas actuales del análisis conductual del derecho no alcanzan a erigirse en presupuestos de falsabilidad sino, tal vez, solo constituyan aportes complementarios a la teoría de la elección racional, que permiten precisarla y rectificarla. Téngase en cuenta que se pretende confrontar una teoría empírica y parcializada en sus resultados, con un modelo teórico y general, lo que, por supuesto, generará siempre inconsistencias y dificultades en el análisis comparativo. La falsedad de una teoría no se debe confundir con la imprecisión (o incompletitud) descriptiva, algo que es inherente a todo modelo abstracto, como lo es el de la elección racional.

La teoría de la elección racional no pretende describir una realidad, si no, solamente, asumir que el individuo se comportará en forma racional, para poder arribar a un modelo económico que permita prever sus conductas y decisiones, frente a determinados estímulos.

Partiendo de una distinción que hace Ulen (116) sobre los ámbitos de aplicación de la teoría de la elección racional, sostenemos que en el ámbito corporativo y en el de los mercados financieros, tal teoría tuvo y tiene una gran utilidad. No solo porque en estos entornos, como en otros signados por el intercambio monetario, la teoría predice con bastante grado de precisión las conductas humanas, sino que ha dado ex-

plicaciones satisfactorias a temas como por qué existen las sociedades, cuál es su naturaleza, cómo funciona el mercado de capitales, cuáles son las mejores reglas de gobierno corporativo, cómo se verifica su funcionamiento en la práctica, etc.

Esto se debe a que se trata de ámbitos que, debido a la reiteración, frecuencia y conmensurabilidad de las decisiones y operaciones, se logra, a través del aprendizaje y la experiencia, y los incentivos y sanciones pertinentes, sortear —con suerte diversa— las malas elecciones. En el derecho societario son pocos los casos de juegos finales o de ultimátum; las cartas suelen volver a darse frecuentemente entre los mismos jugadores, y los socios que abusaron de una situación es probable que, en algún momento, necesiten el apoyo de los abusados. También téngase en cuenta que, en principio, la sociedad impone un juego cooperativo, en el convencimiento de que por este camino obtendrá mayores beneficios.

En conclusión, si bien el análisis comportamental cuestiona las bases y suposiciones de la teoría económica tradicional (elección racional y eficiencia del mercado) y sus derivados (contractualidad de la sociedad, preponderancia de la regla supletoria, primacía del interés de los accionistas, regla del *business judgment rule*, etc.) no puede concluirse que son dos posiciones contradictorias, sino que, como dice Ulen (117), ambas —el *behavioral analysis of corporate Law* y el *economic analysis of corporate law*— tienden a acomodarse y complementarse.

(116) ULEN, Thomas S., "Rational Choice Theory in Law and Economics", *Encyclopedia of Law & Economics*, (1999).

(117) ULEN, Thomas S., "Business Law Forum...", ob. cit.

Las sociedades no constituidas según los tipos del capítulo II; sociedades irregulares o de hecho; sociedades de la sección IV

Javier R. Prono (*)

Josefina I. Prono (**)

Sumario: I. Concepto. Generalidades.— II. Normativa aplicable.— III. Cambios actuales en estas sociedades.— IV. Oponibilidad del contrato social.— V. Representación.— VI. La concursabilidad de estas sociedades. Pedido de apertura de concurso preventivo o quiebra.— VII. Responsabilidad de los socios.— VIII. Subsanación.— IX. Relaciones entre los acreedores sociales y los particulares de los socios.

I. Concepto. Generalidades

El art. 21 de la LGS dispone que la sociedad que no se constituya con sujeción a los tipos del cap. II, que omita requisitos esenciales o que incumpla con las formalidades exigidas por esta ley se rige por lo dispuesto en la secc. IV.

Como dice Rovira, la sociedad es sujeto de derecho que nace como fruto de un contrato plurilateral de organización o, en casos de sociedades unipersonales, de una declaración unilateral de voluntad a la que se aplican supletoriamente las reglas del contrato (art. 1800, Cód. Civ. y Com.) (1), resultando así de un acto

(*) Abogado especializado en derecho concursal, societario y empresarial; adjunto titular en cátedras Personas Jurídicas Privadas y Derecho de la Insolvencia y Títulos Valores de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral.

(**) Abogada egresada de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales; integrante de la Unidad de Gestión de Convenios y Contratos de la Secretaría de Extensión Social y Cultural de la UNL.

(1) ROVIRA A., "Las sociedades del Capítulo I, sección IV de la ley general de sociedades y la autonomía de la voluntad", en ALEGRIA, H. (dir.), *Temas de derecho mer-*

jurídico que es expresión de la autonomía de la voluntad de los sujetos contratantes y materializa el principio de libertad de contratación.

En estas sociedades de la secc. IV, por nombrarlas así simplemente, esa autonomía de la voluntad y libertad para contratar se ven potenciadas en los siguientes aspectos: a) la elección de la clase de sociedad, que son varias; y b) en la propia redacción de las cláusulas que regirán su estatuto. Actualmente y conforme a la nueva regulación de estas, el juego de esa autonomía propicia un nuevo escenario para que los socios —partes— la utilicen como herramienta útil para reglar y perfeccionar la relación jurídica que constituyen creando esa sociedad.

Se habilita ahora la constitución de nuevas sociedades que se ajusten "a medida" y se adapten fácilmente a las necesidades propias de los contratantes (2).

cantil, Instituto de Derecho Empresarial - Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires - Ed. Thomson Reuters - La Ley, Buenos Aires, 2019, p. 189.

(2) MARTURANO, S. J. — D'ALESSANDRO, F. G., "Prueba de la existencia de la sociedad", en ORQUERA,

Son figuras societarias que se agregan a las típicas que regula el cap. II de la ley 19.550, la cual —lógicamente— les es aplicable.

Se trata de entes en que los socios han manifestado su voluntad de constituir una sociedad desarrollando una actividad económica o productiva en procura de un fin común, aportando bienes y servicios para repartirse ganancias, pero omitiendo el cumplimiento de ciertos requisitos típicos, esenciales o formales.

Damos especial relevancia a esta sección de nuestra Ley de Sociedades, por la llamativa libertad de contratar que ofrece a las partes, que podrán redactar el instrumento constitutivo con el modo, el contenido y el alcance que deseen, constituyendo una nueva persona jurídica con el solo hecho de manifestar que es una sociedad, en la medida que cumplieren con los elementos del art. 1º de dicho régimen normativo (3); la autonomía de la voluntad de este modo se destaca, más aun que en las sociedades típicas reguladas (salvo normas imperativas o indisponibles, que no pueden afectarse).

Los vicios o defectos que caracterizan a estas sociedades no afectan la persona jurídica, sino el acto que le dio origen, por lo que la personalidad se mantiene incólume (4).

II. Normativa aplicable

Estas sociedades se rigen, por un lado, por el Código Civil y Comercial y sus normas referidas a las personas jurídicas privadas (arts. 148 y ss.).

Por su parte, el art. 150 del aludido cuerpo normativo establece que las personas jurídicas privadas se rigen: a) por las normas imperativas de la ley especial o del Código; b) por las normas del acto constitutivo; y c) por las normas supletorias de leyes especiales (ley 19.550 en general, y en particular, sus arts. 21 a 26 —secc. IV, cap. I) o de este título (5).

J. P. (comp.), *Las sociedades de la IV Sección de la Ley General de Sociedades*, Ed. Didot, Buenos Aires, 2020, p. 61.

(3) FILIPPI, L. — JURE RAMOS, S., ob. cit., p. 137.

(4) JUÁREZ, M. L., ob. cit., p. 195.

(5) Tít. II, cap. I, secc. 2ª.

De esta manera están las normas imperativas de la ley 19.550, ley especial, o —en su defecto— las del Código que incidan en la temática abordada. Ahora bien, ¿cuáles serían esas normas imperativas?

Para nosotros, podrían ser, por ejemplo, el art. 142 (“la existencia de la persona jurídica privada comienza desde su constitución”) y el 143, que refiere a la personalidad diferenciada.

Pasa a ser determinante el contenido de la voluntad de las partes que se plasma en el acto constitutivo (pto. b) del art. 150), es decir, la redacción de las diversas cláusulas que los socios —partes— pacten en el contrato constituyente de una sociedad comprendida en esta sección. Piénsese que el mismo código establece en su art. 962 para los contratos, que las normas legales relativas a estos son supletorias de la voluntad de las partes. Con similar criterio, el art. 963, que regula la prelación normativa, dispone la prevalencia de las normas indisponibles de la ley especial y del Código, luego las particulares del contrato y finalmente las supletorias de la ley especial y del Código.

En esta sección de la ley hay entonces un real fortalecimiento del *pacta sunt servanda* y del principio de asociarse con fines útiles del art. 14 de nuestra CN.

El valor del contrato social hoy tiene plena vigencia entre las partes (6), es decir, los socios que han consensuado íntegramente entre ellos su contenido y cláusulas, e incluso frente a terceros, manifestándose así el fenómeno de su oponibilidad, aunque relativa.

Siguiendo en esta línea, para Zunino esta sección instrumenta un estatuto diferenciado que, más allá de servir a un cambio de actitud frente a la atipicidad, irregularidad e informalidad, propone un sistema de libertad de contratación que se respalda en el nuevo orden privado —art. 958 del Cód. Civ. y Com.—, libertad de las partes para celebrar un contrato y determinar su contenido, es decir la autonomía de la voluntad como fuerza obligatoria de las convenciones, oponiéndose al cerrado régimen de tipicidad anterior, con una reformulación del sistema hacia la alterna-

(6) A diferencia de como era regulado en el art. 23 del sistema anterior.

tiva de la libre contratación en el marco de la unificación civil y comercial (7).

Se trata de un régimen genérico que incluye a cualquier acto constitutivo personificante de una sociedad, en la medida que disponga de los elementos básicos de una relación societaria, núcleo de nuestra ley y que están en su artículo primero (aportes, actividad en común en función de un objeto, participación en los beneficios y en las pérdidas).

Los socios tienen un abanico de formas societarias a su elección: sociedad de hecho, irregular, atípica, sociedad simple, sociedad civil, etc.; en las que podrán libremente plasmar los elementos fundamentales de la entidad, previendo ampliamente y con los detalles necesarios la totalidad de las cuestiones internas derivadas de su relación social —que serán válidas—, de las que resultarán reclamos individuales o recíprocos, incluso las acciones de responsabilidad, viables con esta solución (8).

III. Cambios actuales en estas sociedades

El nuevo escenario, entonces, es mucho más amplio que el anterior, que regulaba las sociedades irregulares y de hecho; la autonomía de la voluntad y libertad de contratar pasan a constituir una verdadera premisa.

Las deficiencias por informalidad o inexistencia de contrato o de los elementos típicos o sustanciales ya no son determinantes, porque el legislador las tolera, autorizando a instrumentar una sociedad “atípica” (en cuanto no califica como ninguno de los supuestos legalmente previstos), “informal” (en cuanto no cumpla con los recaudos formales) o “con omisión de requisitos esenciales”.

La clásica sanción de nulidad o anulabilidad del viejo art. 17 (9) ya no es tal, pues su redac-

(7) ZUNINO J., "Régimen de sociedades. Ley 19.550", Ed. Astrea, Buenos Aires, 2019, 28ª ed. act. y amp., p. 28.

(8) ROITMAN, H. — AGUIRRE, H. A. — CHIAVASSA, E. N., "Las sociedades en el Código Civil y Comercial de la Nación", en LORENZETTI, R. L. (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación, suplemento especial*, Ed. Thomson Reuters, Buenos Aires, 2014, ps. 265 y ss.

(9) "Atipicidad. Omisión de requisitos esenciales. Es nula la constitución de una sociedad de los tipos no au-

ción actual establece que “en caso de infracción a estas reglas, la sociedad no produce los efectos propios del tipo y queda regida por lo dispuesto en la Sección IV de este Capítulo”. Por ello el concepto dogmático y rígido de tipicidad se toma hoy con mayor flexibilidad.

A pesar de la falta de requisitos típicos, la sociedad sigue produciendo efectos, pero no ya según el tipo elegido.

IV. Oponibilidad del contrato social

IV.1. Oponibilidad entre los socios

Frente al régimen de la LSC, que establecía la inoponibilidad del contrato de las sociedades irregulares, el nuevo sistema cambia por el de su oponibilidad.

Así lo venía pregonando la doctrina en general, ante la solución incomprensible de la vieja norma (art. 23, párr. 2º).

El art. 22 de la LGS —actualmente— dispone que el contrato social puede ser invocado por los socios, entre sí y respecto de la sociedad.

IV.2. Oponibilidad frente a terceros

Se la denomina “oponibilidad condicionada”, es decir, una suerte de ineficacia, puesto que el contrato puede ser invocado entre los socios, pero respecto de terceros solo será oponible si se prueba que estos lo conocieron. Frente al tercero, “si no se prueba el conocimiento del contrato por el tercero, este le resulta inoponible, entonces estamos en presencia de un acto jurídico válido en el que por disposición expresa de la ley, la falta de cumplimiento de algún requisito especial establecido por ella, permite al tercero ignorar la existencia del negocio jurídico realizado entre las partes, y a las partes les impide ejercer las pretensiones jurídicas dirigidas a ese tercero, protegido por el legislador y fundadas en el acto jurídico celebrado”. Esta ineficacia es en protección de los terceros y obviamente se fundamenta en el valor seguridad jurídica (10).

torizados por la ley. La omisión de cualquier requisito esencial no tipificante hace anulable el contrato, pero podrá subsanarse hasta su impugnación judicial”.

(10) JUÁREZ, M. L., ob. cit., p. 196.

El contrato social también puede ser invocado por los terceros contra la sociedad, los socios y los administradores (art. 22, LGS).

Esta consecuencia deriva lógicamente de lo anterior: si el contrato es oponible a terceros (con su conocimiento efectivo), lo propio debe suceder a la inversa. No es razonable que la sociedad, los socios y los administradores queden al margen de las consecuencias emergentes del contrato social frente a terceros (v.gr., acreedores).

A estos les será oponible si se prueba que lo conocieron efectivamente al tiempo de la contratación o del nacimiento de la relación obligatoria. Ese conocimiento de parte del tercero que ha contratado con la sociedad sortea el obstáculo que antes la norma tenía, pues la falta de cumplimiento de los requisitos de forma y publicidad (irregularidad) presumía la inoponibilidad del contrato y sus cláusulas hacia aquél, quien no podía conocerlo al no existir ninguna publicidad registral. Ahora esta falta se subsana, es decir “aparece” una publicidad precaria pero efectiva desde que el tercero ha conocido el contrato, por lo cual el efecto “oponibilidad” tendrá así sustento.

De cualquier modo, y ante la falta de la publicidad registral legal, la oponibilidad a terceros, estrictamente, se limita a dos supuestos: a) que estos lo hayan conocido efectivamente al momento de la contratación con la sociedad; y b) que sea invocado por el tercero —a su conveniencia— si declara conocerlo. Esta oponibilidad comprende a la sociedad, los socios y administradores, lo que implica reconocer el centro de imputación diferenciado, la calidad de socios de sus integrantes y la existencia de personas que pueden ser sus administradores (art. 22) (11).

En la práctica, se adjuntará el contrato social al instrumento de la nueva relación creditoria u obligación, respecto de la cual se pretende su oponibilidad, quedando el mismo como un anexo, —o en la forma que fuese— formando parte integrante del acto jurídico; o de cualquier modo en que ello pueda comprobarse, cumplimentando con lo que la norma manda.

(11) ROITMAN, H. — AGUIRRE, H. — CHIAVASSA, E., ob. cit., ps. 265 y ss.

V. Representación

V.1. Relaciones entre socios, en cuanto al desempeño de funciones

Dice el art. 23, LGS, en su primer párrafo, que las cláusulas relativas a la representación, administración y las demás que disponen sobre la organización y gobierno de la sociedad pueden ser invocadas entre los socios.

Como el art. 22 ya prevé que el contrato social puede ser invocado entre los socios, la primera parte de esta norma no agrega mayor contenido o repite conceptos. Lo propio ocurrirá con cualquiera de sus cláusulas, entre las que cabe incluir las referidas a la representación.

Para nosotros el legislador procura reforzar la idea, desde la óptica especial del sistema organizativo de la sociedad, o sea su estructura interna —órganos y funciones— teniendo en cuenta, como ya lo establecían los incs. 6º y 8º del art. 11, que los socios pueden determinar las “cláusulas necesarias para precisar la organización de la administración, de su fiscalización, de las reuniones de socios, como así también los derechos y obligaciones de estos entre sí y respecto de terceros”.

La norma intenta ser un opuesto del anterior art. 23, LSC, que establecía justamente lo contrario. Hoy el legislador está tolerando un mayor nivel organizativo en estas sociedades, a pesar de la precariedad que siguen teniendo.

Entre los derechos de los socios citamos en particular el que tienen de participar en la administración de la sociedad. De acuerdo con el nuevo régimen, este derecho cae si en el contrato se estableció que determinado socio o tercero administre y represente al ente; lo que vale es lo dispuesto en el contrato, siempre que se pueda probar que el tercero tenía conocimiento efectivo de quien convencionalmente podía ejercer la representación de la sociedad al tiempo del nacimiento de la relación jurídica. En caso de silencio del contrato, cualquier socio tiene derecho a participar de la administración y representación y ello se presume conocido por todos (12).

(12) JUÁREZ, M. L., ob. cit., p. 206.

V.2. Relaciones con terceros

En las relaciones con terceros entonces, en principio obliga a la sociedad aquel socio que esté designado como representante en el acto constitutivo; de no haber designación expresa, cualquier socio puede hacerlo. En ambos supuestos, se debe exhibir el contrato. Se trata del efecto “representación”.

Para explicar brevemente el fenómeno representativo nos permitimos citar a Colombres (13): “[A]quella estructura normativa que determina cuándo y de qué manera la voluntad o el hecho de un individuo, o la de varios, serán imputadas en sus efectos a un grupo de individuos vinculados en un orden jurídico especial”.

Por otra parte, la capacidad como una calidad del sujeto, es la capacidad para obrar y la legitimación, una idoneidad específica para obrar; al sujeto sociedad le corresponde una capacidad general, sin embargo el órgano no tiene capacidad sino competencia. Se trata siempre de la actuación de un sujeto, pero de una actuación calificada aquí por la idea de legitimación. Órgano es quien —con competencia específica— integra y expresa la voluntad de la persona jurídica y se compone por dos elementos: a) objetivo: son las facultades y atribuciones que el ordenamiento legal y el contrato le otorgan; b) subjetivo: los miembros que lo integran (14).

En el sistema anterior de la ley 19.550 cualquier socio representaba a la sociedad, lo cual era inconvencional. Ahora depende de qué se pactó en el contrato, debiéndose este exhibirse al tercero con el cual se entabla la relación jurídica.

Existiendo cláusula contractual que designe al representante, ningún socio individualmente puede obligar a la sociedad ni a los demás por fuera de esa designación, como sucedía con el régimen anterior (15).

Podría plantearse el caso de un socio que no figure como representante en el contrato social

(13) COLOMBRES, G., "La teoría del órgano en la sociedad anónima", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1964, p. 148.

(14) COLOMBRES, G., ob. cit., p. 148.

(15) ZUNINO, J., ob. cit., p. 33.

y, sin embargo, lo exhiba invocando esa calidad. En esta situación si el tercero lo advierte, seguramente no asumirá el compromiso con la sociedad, pero si lo hace igualmente, entonces el contrato podría surtir efectos produciéndose el fenómeno de oponibilidad. Es que, no tratándose para nosotros de una norma imperativa del derecho societario, de la manera como el legislador trata la sección, por la fuerza que la autonomía de la voluntad tiene a través de estas normas y el poder creativo que se asigna así a lo que los propios socios acuerdan, y también por la precariedad del sistema en que se ha regulado el régimen representativo, el principio societario que sienta el art. 58, tendría un valor limitado tratándose de sociedades de la secc. IV.

El sistema diseña la estructura interna organizativa de un modo “atípico”, ciertamente original y flexible, índice claro del notable predominio del ejercicio de la autonomía de la voluntad.

Los socios así pueden organizar un sistema de administración y representación en forma unipersonal, pluripersonal, colegiada o indistinta, conforme a las necesidades del negocio jurídico a emprender, e —igualmente— apartarse de los sistemas clásicos organizativos (tipificados o regulados en el tipo) siempre que estén previstos sus efectos y consecuencias —internos y frente a terceros— (16). Las limitaciones contractuales de la representación y la forma de actuación en caso de que sea conjunta para todos o solo para algunos de los actos, deben respetarse y pueden exhibirse por la sociedad frente a terceros que lo conocieron al momento de hacer valer el contrato; en el mismo también pueden imponerse limitaciones al poder de representación, a partir de esa autonomía que disponen los socios, siendo de aplicación el art. 58 de la LGS respecto de los terceros, y de la eficacia interna de esas restricciones.

No obstante ello, y como dice la norma, la disposición del contrato podrá ser opuesta al tercero—y en el caso, invalidar el acto— si se prueba que este tuvo conocimiento efectivo de la misma al tiempo del nacimiento de la relación jurídica.

(16) FILIPPI, L. — JURE RAMOS, S., ob. cit., p. 138.

Se trata de la misma hipótesis que hemos analizado en el caso del art. 22 pero, en esta ocasión, desde la perspectiva de los terceros.

En efecto, así como el contrato es oponible a terceros si se prueba que lo conocieron efectivamente al tiempo de la contratación o del nacimiento de la relación jurídica (art. 22), del mismo modo la disposición contractual le puede ser opuesta a la sociedad por estos si se acredita dicho extremo (art. 23). Esta última disposición también resulta coincidente con el enunciado final del art. 22 en cuanto prevé que el contrato social puede ser invocado por los terceros contra la sociedad, los socios y los administradores, desde luego, con la salvedad aquí indicada respecto del conocimiento del contrato por parte de aquellos.

En definitiva, para nosotros el antecedente de esta nueva norma es el referido art. 58, específicamente, la salvedad prevista en la última parte del primer párrafo, puesto que justamente incorpora la posibilidad de conocimiento efectivo por parte del tercero como excepción a la validez de una contratación en infracción de la representación plural establecida por los socios. Vale decir, en dicha norma subyace la importancia y eficacia del conocimiento del contrato por parte del tercero al momento de contratar, de la que se deriva —en el caso en análisis— la oponibilidad del acto constitutivo frente a estos pese a la omisión de inscripción registral.

V.3. Bienes registrables

La sociedad puede ser titular de dichos bienes, pues es un sujeto de derecho, distinto de los socios que la integran (es el efecto dispuesto claramente por la norma del art. 143, Cód. Civ. y Com.).

Al ser sujeto de derecho puede ser titular de bienes, registrables o no.

La cuestión siempre se planteó respecto de los primeros, por la redacción anterior del art. 26 (17), que restringía la capacidad de las

(17) Art. 26. "Relaciones de los acreedores sociales y de los particulares de los socios. Las relaciones entre los acreedores sociales y los acreedores particulares de los socios, inclusive en caso de quiebra, se juzgarán como si se tratara de una sociedad regular, excepto respecto de los bienes cuyo dominio requiere registración".

sociedades irregulares y de hecho para ser titular de los mismos, una forma de "limitación" respecto de esa personalidad jurídica que el propio legislador les atribuyó como "precaria y limitada".

Ello no podía ser así, pues la personalidad se tiene y se ejerce a través de las relaciones jurídicas con terceros, no puede ser parcial o atenuada.

Era imposible que las sociedades de hecho que carecían de contrato escrito registrasen bienes a su nombre, y los registros entendían que de la imposibilidad de identificar a la sociedad o a sus socios devenía una "incapacidad registral", adoptándose soluciones prácticas como inscribir el inmueble en condominio entre aquellos (18).

La nueva norma legal soluciona un tema importante que había generado grandes discusiones, disponiendo que para adquirir bienes registrables la sociedad debe acreditar frente al organismo "su existencia y las facultades de su representante por un acto de reconocimiento de todos quienes afirman ser sus socios".

La acreditación de su existencia no se condiciona necesariamente a disponer de un contrato escrito; aun no instrumentada la sociedad, igualmente podrá cumplir dichos recaudos. La práctica derivará en mecanismos similares a los que actualmente se venían empleado especialmente para las sociedades de hecho, como la documentación exigida por la actividad bancaria o trámites ante organismos fiscales; la acreditación de su existencia y de las facultades del representante debe hacerse por escritura pública o instrumento privado con certificación de firmas (19). Debe identificarse, de la manera que fuera —por distintos medios probatorios escritos— la sociedad, sus socios y representantes, comprobándose esa situación en procura de la obtención de la inscripción.

Tal como anticipamos, además de la "existencia" de la sociedad se deberán acreditar las "facultades de su representante", por un acto de reconocimiento "de todos quienes afirman ser sus socios". La autoridad registral tendrá escasa

(18) FILIPPI, L. — JURE RAMOS, S., ob. cit., p. 148.

(19) ZUNINO, J., ob. cit., p. 33.

potestad para investigar la realidad de quienes son efectivamente los socios, por lo que —suponemos— difícilmente rechace la petición en función de este argumento. De cualquier manera, es ágil y flexible la herramienta del legislador para obtener el fin buscado, la inscripción del bien a nombre del ente; resultando llamativa su versatilidad y utilidad. No la criticamos.

El bien se inscribirá a nombre de la sociedad, debiendo indicarse la proporción en que participen los socios en ella. Esto ha sido criticado pues la proporción puede cambiar *a posteriori* entre ellos y —atento a la personalidad jurídica diferenciada del ente—, esa proporción no se proyecta en su patrimonio, como correspondería, pudiendo comprometer embargos de acreedores sobre este y dificultando la acción de estos y también el crédito de la sociedad (20).

V.4. Prueba

La existencia de estas sociedades puede ser acreditada por cualquier medio de prueba (art. 23, párr. 4º, LGS).

Como estamos ante un régimen que permite la atipicidad, la informalidad y la omisión de requisitos esenciales, el legislador habilita la posibilidad de acreditar la existencia de la sociedad por cualquier medio de prueba, sustentándolo en el principio de la libertad contractual.

La cuestión no sufrió modificaciones, consagrándose desde siempre la amplitud de medios probatorios en procura de probar la relación societaria; en cuanto a la admisión de la prueba testimonial, se exigió en la jurisprudencia, entre otras cuestiones, el principio de prueba por escrito.

Sí podemos distinguir entre la prueba de la existencia de la sociedad y la prueba del contrato; la realización de actividades sociales podía acreditarse por cualquier medio sin limitaciones, como complemento probatorio del propio contrato social.

El nuevo Código Civil y Comercial refiere en el art. 1010 a la vigencia —para la prueba de los

contratos— del principio de razonabilidad (razonable convicción), las reglas de la sana crítica y lo dispuesto en las leyes procesales. El art. 1019 a su vez indica que los contratos deben ser probados por todos los medios aptos de convicción, según las leyes especiales.

Se exigirá que la totalidad de los elementos probatorios reúna un serio poder de convicción que autorice a concluir la existencia de la sociedad invocada (21), con las consecuencias que ello tiene, pues justamente lo que se pretende comprobar es la creación de un nuevo ente, distinto de sus socios, como así también las implicancias entre ellos y sus relaciones con los terceros, para así determinar la forma de distribución de imputación de las obligaciones entre el sujeto y/o sus socios.

La prueba debe adquirir un grado de certeza suficiente.

Actualmente y con el volumen de documentación que la actividad mercantil y civil a través de las relaciones jurídicas demanda, es imposible que no haya documentos, registros o papeles. Es por ello que el propio Rafael Manóvil (22) explica que estas exigencias fiscales sobre inscripción de contribuyentes y facturación hacen imposible que la prueba de una sociedad de hecho, por lo menos en cuanto a la cuestión de su existencia, quede librada únicamente a la “declaración de testigos”.

VI. La concursabilidad de estas sociedades. Pedido de apertura de concurso preventivo o quiebra

Partiendo de la base de que actualmente la interpretación de las personas —humanas o jurídicas— pasibles de concursamiento se rige por una concepción amplia del sujeto, se advierte que —no obstante ello— y hasta la vigencia de la ley 22.917, la sociedad no registrada podía quebrar, pero no tenía permitido concursarse. Aún más, a pesar de dicha modificación legislativa “subsistieron las resistencias, sobre todo respecto a las sociedades de hecho y la prueba

(20) JUNYENT BAS, F. — FERRERO, L. F., "Reformas a la Ley de Sociedades por la ley 26.994", Ed. Advocatus, Córdoba, 2015, 1ª ed., p. 161.

(21) MARTURANO — D'ALESSANDRO., ob. cit., p. 75.

(22) MANÓVIL, R. M., "La modificación de las sociedades irregulares y de hecho", RDPyC 2015-2-417.

de su existencia, en el marco de los requisitos del pedido de apertura” (23).

Sin perjuicio de ello, resulta indiscutible que las sociedades incluidas en la sección objeto del presente trabajo cumplen con el presupuesto subjetivo para su declaración en concurso preventivo o quiebra, conforme a la enunciación del art. 141 del Cód. Civ. y Com., en concordancia —asimismo— con el art. 26 de la ley 19.550. Ahora bien, el interrogante radica en quien o quienes tienen suficiente poder de representación para presentar el pedido de concurso preventivo del ente, o —en su caso— el de quiebra.

En efecto —y en consonancia con lo ya analizado en el apartado que antecede— el representante del ente surgirá del contenido y cláusulas del contrato social, que deberá exhibirse.

Naturalmente aquí, como enseña Vitolo (24), debería mínimamente existir un contrato escrito —con la amplitud probatoria del art. 23 de la LGS—, para poder avalar esta “representación” de quien peticona por la sociedad, invocando esa calidad, sin perjuicio del cumplimiento del art. 11 de la ley 24.522, norma que exige informar y documentar el contenido necesario para el cumplimiento de los requisitos sustanciales y formales de la presentación concursal.

(23) REGGIARDO, Sergio, "Las sociedades de la Sección IV como sujetos concursables" en ORQUERA, J. P. (comp.), ob. cit., p. 269.

(24) VITOLO, D. R., "Comentarios a las modificaciones de la ley 16.994 a la Ley General de Sociedades", Ad-Hoc, Buenos Aires, 2015, p. 145. En un primer trabajo sobre la ley 26.994 resume con inteligencia que la intención del legislador habría sido incluir a las sociedades de hecho (sin contrato escrito) en esta sección, pero por otra parte el régimen parece referirse a la necesidad de la existencia del mismo pues, ejemplifica: a) se admite la invocación del contrato entre los socios, incluso las cláusulas relativas a la representación, la administración y demás que dispongan sobre la organización y gobierno de la sociedad; entonces, ¿cómo conocer —se pregunta— el contenido del contrato y sus cláusulas sin instrumento escrito?; b) se admite la oponibilidad del contrato ante terceros si los terceros lo conocieron; como lo conocería el tercero sin un instrumento escrito; c) se dispone que en las relaciones con los terceros cualquier socio representa a la sociedad exhibiendo el contrato, entonces ¿cómo puede exhibirse un contrato que no está instrumentado por escrito?

En palabras de Reggiardo, la voluntad social “se expresa a través de la decisión concordataria unánime de quienes se reconozcan como socios de la sociedad. Si no suscribieron la petición todos los socios dentro del plazo previsto por la norma (art. 6º, LCQ) los demás socios (que hubieran aceptado ser tales) deberán manifestar su intención de continuar con el trámite” (25). Ello, en consonancia con lo previsto en el referido artículo de la normativa concursal, esto es, la exigencia de ratificación por parte del órgano de gobierno de continuar el trámite de concurso originado en la decisión previa del órgano de administración de la sociedad.

La cuestión queda quizá sin resolver lo que sucede cuando no todos los socios efectúan esta ratificación. Si de toda la documentación que se acompaña con la petición concursal estos no aparecen como tales o el juez no logra comprobar dicho carácter, no se podrá cumplir debidamente con el fin de la norma. En otras palabras, en la práctica y con frecuencia puede ocurrir que existan socios que están ocultos, o cuyo carácter como tales es poco ostensible; lo que atenta contra la posibilidad de reunir las mayorías requeridas para ratificar la decisión de concursamiento de esa sociedad.

Continuando este razonamiento, bien podría suceder que luego de la presentación en concurso de la sociedad —en los términos precedentemente expuestos— y habiendo transcurrido el plazo previsto en el referido art. 6º, uno o varios de estos socios “ocultos” comparezcan en el proceso —invocando la calidad de tales y aportando las pruebas para su acreditación— y manifiesten su rechazo a la petición de apertura en expresa oposición. En este caso podríamos debatir si se requiere la unanimidad que predica cierta doctrina o la mayoría, lo cual debería analizarse a la luz de una interpretación armónica de los principios que fundan los dos regímenes normativos en cuestión: el societario y el concursal. En nuestra opinión, se impone la regla de mayoría, puesto que la exigencia de unanimidad se torna ilusoria en los hechos, y —además— no se puede soslayar uno de los principios imperantes de la normativa concursal, el de conservación de la empresa (también previsto en la normativa societaria en su art.

(25) REGGIARDO, S., ob. cit., p. 272.

100), en virtud del cual la decisión por mayoría de la continuación del trámite concursal —ante la oposición de uno o varios socios— resulta la solución más práctica y razonable. No obstante ello, se tendrá presente que, si bien el debate doctrinario mencionado versa sobre la petición de concurso o quiebra de estas nuevas sociedades de la secc. IV específicamente, el criterio de mayoría encuentra un aval en la expresa previsión del art. 6° de la normativa concursal para la ratificación del trámite, independientemente de que la aplicación de dicho artículo sea genérica para cualquier tipo societario.

En cuanto al cumplimiento de los requisitos del pedido de concursamiento (art. 11, LCQ), si se trata de una sociedad que —aunque de manera precaria o irregular— ha logrado ser registrada, ello le permitirá la tenencia de contabilidad regular, lo que tornará más fácil reunir la documentación exigida por la norma. Tanto en este supuesto, como para el caso de sociedades no inscriptas, es fundamental la presentación de algún tipo de documentación que —aunque no se trate de una contabilidad propiamente dicha— permita reconstruir y explicar su situación patrimonial.

Así pues, si se trata de una sociedad de hecho, sin contrato, la apertura del concurso quedará supeditada a que se encuentre “plenamente comprobada la existencia del ente social”, por ejemplo, con constancias fiscales, inscripciones en el impuesto al valor agregado en la AFIP, en los organismos previsionales y tributarios, entre otros posibles respaldos documentales y contables; y —asimismo— a que los socios den su conformidad a la convocatoria, con las consideraciones antes expuestas respecto de la ratificación posterior de la decisión adoptada por el representante. Si es una sociedad típica y que ha incumplido requisitos formales, como las cláusulas son oponibles exhibiendo el contrato (art. 23) el órgano de representación podrá solicitar la apertura, y luego se ratificará —tal como ya se ha analizado— conforme a las mayorías impuestas por cada tipo, sin necesidad de que concurran en su declaración de voluntad todos los socios.

En cuanto al pedido de quiebra por la sociedad deudora, rigen las mismas pautas que las anteriormente desarrolladas respecto del pedi-

do de concurso preventivo, vale decir, cualquiera de los socios podrá solicitarla, para lo cual deberá probar la existencia de esta, su calidad de socio, y los restantes extremos necesarios. Se tendrá presente que, a los fines de preservar el derecho de defensa de los socios que —eventualmente— no hayan suscripto la petición de quiebra, previo a todo trámite se los tendrá que poner en conocimiento de la existencia de dicho pedido, y se les tendrá que otorgar un plazo para garantizarles el ejercicio de este derecho: sea alegando y probando que la sociedad no existe, o negando su calidad de socio, o la del peticionante, etcétera.

VII. Responsabilidad de los socios

VII.1. *Modificación del régimen anterior: de la solidaridad a la mancomunación*

La responsabilidad de los socios de las sociedades irregulares y de hecho era solidaria, ilimitada y directa (art. 23, párr. 1°, LSC), clara evidencia del efecto sancionador con el que habían sido reguladas, en consonancia con el sistema “disuasorio” imperante, siendo consideradas por el legislador como sociedades anómalas con personalidad jurídica precaria y limitada.

Pero la unificación del Cód. Civ. y Com. significó un cambio abrupto en la normativa de estas sociedades, derivado de la prevalencia que dicha reforma otorgó a ciertos principios, tales como —en el caso— la autonomía de la voluntad de las partes. Ello se materializó en la posibilidad de que estas regulen autónoma y flexiblemente la organización interna de la sociedad, siendo dicho acto constitutivo o contrato oponible y exigible tanto entre los socios, como así también frente a terceros (reiterando la salvedad ya señalada: cuando estos hubiesen tenido conocimiento efectivo de tales pactos). Una de las consecuencias de esto es que los socios ya no responden de manera ilimitada y directa frente a los terceros, sino que lo hacen como obligados simplemente mancomunados y en partes iguales, tal como se encuentra previsto en el actual art. 24 de la LGS. Con lo cual, a la luz de esta nueva regla, como la responsabilidad ya no es más directa, se deberán excutir previamente los bienes sociales y el pasivo remanente deberá ser soportado por los socios en su porción viril, por partes independientes en principio —siempre y cuando el título constitutivo no determine un

fraccionamiento en partes diferentes— aunque iguales en la proporción, distintas unas de otras —art. 825, Cód. Civ. y Com. (26)—. De esto se derivará que cada socio-deudor no responde por la insolvencia de los demás.

La mancomunación significa que el crédito o la deuda se fracciona en tantas relaciones particulares independientes entre sí como acreedores o deudores haya, considerándose las cuotas respectivas como deudas o créditos distintos los unos de los otros, conforme lo establecido por el art. 691 del viejo Código Civil. En consecuencia, la obligación se constituye a cargo de varios deudores; requiere pluralidad de sujetos deudores o acreedores y unidad de objeto debido por todos los deudores, es decir, los socios en el caso. La mancomunación es simple porque se produce el fraccionamiento de la deuda respecto de los acreedores sociales, siempre que la deuda sea divisible. Hay una pluralidad de relaciones jurídicas funcionalmente independientes y —por ende— esa pluralidad de deudores (socios) está gobernada por el fraccionamiento, por lo que la relación se divide en cabeza de cada socio, lo que se diferencia notablemente de la solidaridad —propia del sistema anterior—; es decir, la nueva normativa sienta con claridad el principio de “fraccionamiento de efectos” (27).

No se puede soslayar que este principio de mancomunación, y en partes iguales impide que cada socio se encuentre expuesto con su patrimonio personal al reclamo por la totalidad de la deuda, pues solo responderá respecto de una fracción de esta. Vítolo ha sostenido al respecto que se trataría de una nueva “especie de limitación de la responsabilidad” (28).

Mentados autores sostienen que la reforma consagró como principio general la responsa-

bilidad subsidiaria de los socios, en tanto consideran que de lo normado en el art. 24 de la LGS se deriva la prevalencia —en materia de responsabilidad patrimonial— de quien es originariamente la obligada por la deuda, esto es, la sociedad. Ello resultaría coincidente con el principio previsto en el art. 143 del Cód. Civ. y Com.: la irresponsabilidad de los miembros de las personas jurídicas por las deudas de estas.

VII.2. Excepciones al principio de la mancomunación. Casos en los que se pacta la solidaridad

Sin embargo, pese a que como regla general los socios con la sociedad no son coobligados directos frente a terceros, la solidaridad puede surgir en determinados casos, y también con una proporción distinta, es decir, que no sea en partes iguales. Así es como lo regula la norma legal en análisis, determinando que las excepciones a la regla (es decir, la solidaridad y una distinta proporcionalidad) pueden resultar de:

a) Una estipulación expresa, sea de una relación en particular o de conjunto de relaciones (inc. 1°): aquí la solidaridad se acuerda por los socios pero solo para una determinada relación jurídica, sea entre sí o respecto de terceros (como posible manera de minimizar ciertos riesgos de incobrabilidad) y con cierta “ductilidad” conforme a la terminología de Zunino (29). El legislador ofrece variantes en cuanto al poder de los socios de organizar la estructura societaria que crean y regular cada una de las diferentes relaciones jurídicas que vayan generando en ejercicio de las actividades para el logro del objeto social;

b) Una estipulación del contrato social en los términos del art. 22 (inc. 2°): es otra manifestación del poder de la autonomía de la voluntad de los socios, que pueden hasta modificar el régimen de responsabilidad de la ley para establecer otro diferente, según sus conveniencias; a modo de ejemplo, una sociedad de dos socios atípica en la que pactan que uno de ellos responde solidariamente con la sociedad y el otro, hasta el monto de su aporte;

c) Las reglas comunes del tipo que manifestaron adoptar y respecto del cual se dejaron

(26) Esta norma define la obligación simplemente mancomunada como aquella “en la que el crédito o la deuda se fracciona en tantas relaciones particulares independientes entre sí como acreedores o deudores haya”, considerando que cada cuota es deuda o crédito igual a las otras, cada deuda o crédito son independientes.

(27) MAGLIO, M. C. — MARINO, A. E., en CALVO COSTA (dir.), “Código Civil y Comercial de la Nación, concordado, comentado y comparado con los Códigos Civil de V.S. y de Comercio”, Thomson Reuters, t. I, p. 739.

(28) VÍTOLO, D., “Manual de sociedades”, Ed. Estudio, Buenos Aires, 2016, p. 150.

(29) ZUNINO, J. O., ob. cit., p. 35, comentario al art. 24.

de cumplir requisitos sustanciales o formales (inc. 3º): es pertinente aclarar que los requisitos “esenciales” que no se cumplieron no son los tipificantes. Más aún, debe especificarse correctamente cuál es el tipo adoptado, porque de allí surgirá la forma en que responderán los socios. Sería el caso, por ejemplo, de una sociedad colectiva que no ha completado las instancias formales pertinentes.

VII.3. *La solidaridad y la normativa de extensión de la quiebra*

El art. 160 de la ley 24.522 prevé la posibilidad de extensión de la quiebra de la sociedad a los socios que tengan responsabilidad ilimitada. Analizamos si, conforme al nuevo régimen de responsabilidad que tienen los socios de estas sociedades de la secc. IV, ella podrá aplicarse.

La responsabilidad de los socios puede ser: a) solidaria o simplemente mancomunada (arts. 825 a 827, Cód. Civ. y Com.); b) ilimitada o no; y c) directa o subsidiaria.

Se tiene presente que los socios de estas sociedades responden hoy como “obligados simplemente mancomunados”. Es por ello que, si bien son ilimitadamente responsables al responder con todo su patrimonio, no lo hacen por todo el pasivo de la sociedad —ente diferenciado—, con lo cual, de manera distinta del régimen anterior, hoy no tienen plena solidaridad por las obligaciones de la sociedad. Esa solidaridad puede surgir excepcionalmente según los tres supuestos de la norma, que fueron descriptos en el apartado que antecede.

La solidaridad, como se sabe, supone la existencia de dos o más deudores e implica que el total de la deuda puede ser exigida por el acreedor a uno solo de los deudores, a algunos de ellos, o a todos a la vez, conjuntamente.

Como ya se ha dicho, la responsabilidad ya no es directa. Es una responsabilidad “indirecta” y subsidiaria.

Entonces, frente a este escenario normativo, ¿qué sucede con el presupuesto extensivo de quiebra del art. 160 de la ley 24.522?

La mayoría de la doctrina entiende que este supuesto se circunscribe a los casos en que la

ilimitación de la responsabilidad de los socios resulte de manera contractual y originariamente (30), vale decir, aquellos socios ilimitadamente responsables cuya calidad de tal sea “genética y voluntaria”; para otra postura, comprende todos los casos en que la ley societaria permite la ampliación de la responsabilidad al socio, que nace contractualmente como limitada pero que luego —por distintas razones— asume el carácter de responsabilidad ilimitada.

Conforme una tesis intermedia, la solidaridad e ilimitación puede ser tanto originaria como derivada, puesto que lo dirimente para determinar si efectivamente procede la extensión de la quiebra del art. 160 de la LCQ es que la responsabilidad ilimitada y solidaria del socio sea absoluta, es decir, deba responder con todo su patrimonio por todo el pasivo social.

En este orden de ideas, sostiene Adolfo Rouillon que debe esclarecerse cuándo hay verdadera ilimitación y cuándo no; en la primera situación, en que el socio está obligado (originaria o derivadamente) a responder con todo su patrimonio y por todas las deudas sociales, la quiebra de la sociedad se le extenderá; no así cuando un socio responde por sanción con todo su patrimonio, pero respecto de algunas obligaciones sociales.

Aquí no hay verdadera ilimitación de responsabilidad, o ella es impropia, estando presente solo parcialmente, por lo que el deber de responder del socio se extiende solo parcialmente a alguna o algunas de las deudas sociales, es decir una fracción de ellas, originada en una sanción impuesta por razones especiales de la que deriva la ilimitación (art. 54, párr. 1º, y 254, 1º) y para una situación definida, no para cualquiera en general (31).

Es decir que el socio responde con todo el patrimonio personal pero no por todo el pasivo de la sociedad; en este supuesto, la solidaridad ya no es la regla; a diferencia de la ilimitación absoluta, condición dirimente para la procedencia de la extensión de la quiebra.

(30) ROUILLON, A. A. N., “Código de Comercio comentado y anotado”, t. IV-B, p. 371.

(31) ROUILLON, A. A. N., ob. cit., p. 372.

De esto debemos interpretar, siguiendo al autor citado, que no puede aplicarse el régimen de la extensión “automática” del art. 160.

Reggiardo también adhiere a esta posición, haciendo la expresa salvedad del caso que la solidaridad hubiese sido asumida expresamente por los socios en el contrato social o resulte del tipo social que pretendieron adoptar (art. 24, LGS) (32).

Barreiro —en similar posición— expresa con claridad que la previsión del art. 160 no comprende a los socios de estas sociedades de la secc. IV, atento a que la ilimitación solo alcanza a la porción viril de estos, no al total del pasivo social, por lo cual solo se responde ilimitadamente por la parte propia determinando una suerte de “ilimitación relativa” (33). Esto es coincidente con su pensamiento en cuanto que el artículo referido solo resulta aplicable respecto de aquellos socios solidaria e ilimitadamente responsables por todo el pasivo social, sea de manera genética o derivada; criterio cuya consecuencia es la imposibilidad de extensión de quiebra en los términos aquí desarrollados a la mayoría de los supuestos de sociedades de la secc. IV, justamente porque aquí los socios —en principio, ya que existen las excepciones referidas— son responsables únicamente de una parte del pasivo social.

Sabemos finalmente que la extensión es de interpretación restrictiva, por ello no puede aplicarse en los casos planteados por la doctrina minoritaria, para la cual la quiebra igualmente se extiende conforme a esta norma al ser la responsabilidad de los socios desde el origen, ilimitada (34)

En definitiva, cuando la ilimitación de la responsabilidad es relativa o impropia (esto es, la que se deriva de la simple mancomunación) en contraposición a la absoluta, no resulta aplicable el art. 160 de la LCQ. A ello cabe agregar lo sostenido por Richard, en oportunidad de

(32) REGGIARDO, S., ob. cit., p. 280.

(33) BARREIRO, Marcelo, “Quiebra de la sociedad atípica: extensión automática (art. 160 LCQ)”, en ob. cit., p. 295.

(34) BARREIRO M., ob. cit., p. 292. El autor cita a Gabriela Boquín, en trabajo compartido en coautoría.

afirmar que la responsabilidad de los socios de estas sociedades “simples, residuales o alternativas” de la secc. IV es claramente subsidiaria: “la quiebra de la sociedad no hace presumir ni exterioriza la incapacidad patrimonial de sus socios”.

VIII. Subsanación

VIII.1. Introducción. Diferencia con la regularización

La LSC había adoptado el régimen de “regularización” de las sociedades irregulares y de hecho, en virtud del cual cualquiera de los socios podía tanto requerirla (cumpliendo los recaudos legales del tipo e inscripción registral) o bien pedir la disolución de la persona jurídica. El instituto ha sido modificado en la actualidad por el de la subsanación.

El principio de conservación de la empresa (art. 100, LGS) brinda el contexto para ello. El legislador procura que los socios den cumplimiento a los elementos que están ausentes y caracterizan a estas sociedades (requisitos esenciales, tipificantes o no tipificantes, elementos incompatibles con el tipo elegido o los requisitos formales), permitiéndoles actuar como típicas y regulares en el marco del Capítulo II.

La subsanación la pueden pedir la sociedad y los socios (art. 25), en cualquier momento, mientras esté vigente el plazo de duración.

VIII.2. Vías de subsanación

a) Por acuerdo unánime de socios. En el caso de que los socios lo puedan subsanar, debe haber voluntad unánime, lo que presupone la decisión asamblearia o reunión de socios, según corresponda. Criticamos el requisito de unanimidad.

b) Por decisión valorada y razonada del juez: en los supuestos en que los socios no lleguen a un acuerdo o exista divergencia interna entre ellos, se recurrirá a la vía judicial (art. 25, LGS), que prevé un procedimiento sumarísimo.

Para nosotros es relevante la solución que predica la norma, que da poder al juez para suplir la falta de acuerdo, sin imponer mayor responsabilidad a los socios que no lo consientan.

El juez no se limita a “suplir” esa falta, debiendo considerar previamente los motivos por los cuales el consenso no se obtuvo. Puede —incluso— rechazar la solución de subsanación si entiende que existen razones que así lo justifican.

Estamos en presencia de un nuevo paradigma, que se basa —como ya señaláramos— en la libertad de contratación, en el cual una sociedad —que aun siendo informal o atípica— tiene un régimen muy novedoso y dúctil. Este escenario de gran flexibilidad, es el fundamento para nosotros de la potestad del juez a la que hiciéramos referencia, excepcional en nuestro derecho positivo argentino puesto que no existen ejemplos de esta clase de soluciones frente a los numerosos conflictos que se plantean cuando no hay mayorías o consenso en las decisiones de los propios socios. Por ello es lógico concluir que la labor del juez en el caso que nos ocupa no será automática ni desprovista de la necesaria valoración de las circunstancias del caso concreto.

Reiteramos que suplir la falta de acuerdo unánime no implica ausencia de consideración, análisis y valoración de las circunstancias del caso. Lo cual, por cierto, debería concretarse no como una regla, sino como un supuesto excepcional a fin de destrabar conflictos societarios, evitar algún perjuicio (v.gr., la pérdida de chance de un negocio que requiere la subsanación de la sociedad), etcétera.

El juez no debe atribuir responsabilidad a los socios que no hayan prestado conformidad a la unanimidad para la subsanación. Esto se debe, fundamentalmente, al hecho de que estos tienen el derecho a no otorgar el consentimiento. Salvo el caso de que se comprobase una posición abusiva.

VIII.3. Derecho de recesso

El socio disconforme podrá ejercer el derecho de recesso dentro de los diez días de quedar

firme la decisión judicial, en los términos del art. 92 (art. 25, párr. 2º, LGS).

VIII.4. Disolución y liquidación

La previsión expresa (escrita) de un plazo de duración de la sociedad veda la posibilidad de que cualquiera de los socios solicite su disolución. Si no media estipulación escrita con un pacto de duración, cualquier socio puede provocar la disolución notificando fehacientemente dicha decisión a todos los demás (art. 25, párr. 3º, LGS); y ella se producirá de pleno derecho a los noventa días desde la última notificación.

Desde luego, ello no impide que los socios que se manifiesten en contra de dicha disolución resuelvan permanecer en la sociedad, en cuyo caso deberán pagar a los salientes su parte social.

IX. Relaciones entre los acreedores sociales y los particulares de los socios

El cambio es conteste con el nuevo esquema. El derogado art. 26 de la LSC disponía que las relaciones entre los acreedores sociales y los acreedores particulares de los socios eran juzgadas como si se tratara de una sociedad regular, excepto respecto de los bienes cuyo dominio requiere registración.

Se revitaliza el efecto personalidad definiéndose la clara separación entre la persona jurídica y sus integrantes.

Ya no se alude a sociedad “regular” sino a las sociedades “típicas” que son las del cap. II; es una adecuación terminológica en razón de la inexistencia en el nuevo marco legal de las sociedades irregulares.

La novedad es la reforma de la última parte en consonancia con la previsión de la inscripción a nombre de la sociedad de bienes registrables a lo que ya nos hemos referido anteriormente.

JURISPRUDENCIA

HABILITACIÓN DE FERIA JUDICIAL

Pedido realizado por una sociedad para que se disponga la elevación de un expediente que tramita en la IGJ. Adecuación de un ente constituido en Panamá al derecho argentino. Rechazo.

1. — Corresponde declarar improcedente la habilitación de la instancia recursiva en la feria judicial para conocer en la queja interpuesta, pues la peticionaria no invocó la existencia de razones concretas que tornen ineludible atender el recurso interpuesto. En primer lugar, se desconoce si la IGJ concedió o no el recurso y, eventualmente, con qué efecto, pues no se adjuntó constancia alguna de tal actuación. Tampoco se han expresado los concretos inminentes perjuicios que para la sociedad pudieran derivarse, que no pueden ser prevenidos o resueltos luego de agotado el período de feria. Es que la preocupación o temor del solicitante son insuficientes para justificar el requisito exigido por el art. 4 RJN. Máxime que la propia sociedad refiere que no tuvo ni tiene actualmente negocio alguno en nuestro país y que, en todo caso, se encontraría en procura del estatuto material de adaptación necesario para su actuación en el país (arts. 124 LGS y 268 Resolución IGJ 7/2015).
2. — Debe concluirse en la improcedencia de habilitar la instancia recursiva, destacando que ante la ausencia de una demostración categórica sobre la imposibilidad de aguardar a que concluya el período de receso judicial para que se dirima el recurso de queja interpuesto, resulta obvia la pertinencia de que sean los jueces llamados a conocer ordinariamente quienes decidan del modo que corresponda sobre el mentado recurso.

CNCom., sala de feria, 07/01/2021. - Inspección General de Justicia c. Luaran S.A. s/ recurso de queja.

[Cita on line: AR/JUR/5/2021]

3/2021

2ª Instancia.- Buenos Aires, enero 7 de 2021.

Vistos: 1. Solicitó Luaran SA la habilitación de la feria judicial a efectos de dar tratamiento al recurso de queja que interpuso con el objeto de que esta Alzada disponga la elevación del expediente N° 1958527 que tramita ante la IGJ y también declare que el recurso de apelación interpuesto el 21/12/2020 contra la resolución de dicho organismo de fecha 02/12/2020 se concede con efecto “suspensivo”.

La resolución administrativa mencionada resolvió: a) No hacer lugar a la inscripción de la escritura pública que instrumenta la adecuación de Luaran SA —sociedad constituida e inscrita en Panamá— al derecho argentino bajo la figura de la Sociedad Anónima Unipersonal; b) someter a dicho ente, en razón de hallarse en proceso de adecuación, a un contralor permanente de funcionamiento (arts. 124 y 299, inc. 2 y 7, LGS); c) intimar a la sociedad para que informe de manera completa y detallada sobre los rubros o cuentas de su balance de adecuación que le fueron indicados, adjuntando certificación contable que abone la información brindada; y d) dar intervención a los fines de su competencia al BCRA, la UIF y la AFIP.

Explicó que el 21/12/2020 interpuso recurso de apelación contra esa decisión, solicitando expresamente que fuera concedido con efecto “suspensivo”. Refirió que el art. 17 de la ley 22.315 fija un plazo de cinco días, contados desde la interposición del recurso, para la elevación del expediente y que, hasta el momento, el expediente administrativo no fue elevado.

Señaló que el fundamento para habilitar la feria a fin de tratar el recurso de queja estaría dado por el “interés de (su) parte de que la IGJ se abstenga de seguir tramitando las actuaciones”, para así poder “reencausar la situación descripta y mantener en toda su plenitud, vigencia y eficacia jurídica el derecho de Luaran SA a seguir operando como sociedad extranjera sin contralor de la Inspección General de Justicia, tal y como ha sido desde su inicio...”. Aunque agregó luego, que la demora en el dictado de la decisión pretendida conlleva un grave y concreto perjuicio para la sociedad, pues de ejecutarse la resolución administrativa se la sometería a un régimen legal que no les propio, “por cuanto no tuvo ni tiene actualmente negocio alguno en nuestro país”.

2. En este marco, cabe señalar que la habilitación de feria judicial es una medida que —por su carácter excepcional— debe aplicarse con criterio restrictivo y sólo en aquellos supuestos en que el asunto no admita demora (arts. 153 Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación y 4 RJN).

Las razones de urgencia inspiradoras de tal pedido deben ser de una entidad tal que entrañen un riesgo previsible e inminente de ver frustrados determinados derechos en caso de no prestarse el servicio jurisdiccional dentro del período de receso cuando, por la naturaleza misma de la situación planteada, la prestación de aquél no pueda diferirse hasta la reanudación de la actividad jurisdiccional ordinaria (CNCom., Sala Feria, 14/01/2005, “Pandelo Hermanos SA c. Massalin Particulares SA. Ordinario”; *id.*, 10/01/2008, “Casari, Mauro c. Ghezzi Ugo s/ medida precautoria”; *id.*, 12/01/2012, “Patelin, Patrick c. Bureau, Francis L. y otro s/ medida precautoria”, entre otros).

Por consiguiente, la urgencia debe ser clara, manifiesta y de tal entidad que no permita aguardar la reanudación de la actuación ordinaria.

Esta evaluación, previa a cualquier consideración sobre la materia de fondo, lógicamente requiere de una necesaria y amplia fundamentación por parte de quien insta la petición, dado que deviene improcedente obtener la apertura de la feria judicial si no se han invocado razones que justifiquen esta excepcional medida (esta CNCom., Sala de Feria, 14/01/2005, “Mingoni, Martín L. A. c. Club Atlético Huracán s/ medida cautelar”; id., 10/01/2006, “Esquivel, Ángel A. c. Hacendal SA s/ ordinario”; id., 13/01/2000, “Cadd Industrias Textil Argentina SA s/ pedido de quiebra por Cooperativa de Vivienda, Crédito y Consumo Activa Ltda.”).

3. En el caso, la peticionaria no ha invocado la existencia de razones concretas que tornen ineludible atender el recurso de queja interpuesto durante esta feria.

En primer lugar, señalase que se desconoce si la IGF concedió, o no, el recurso y, eventualmente, con qué efecto, pues no se adjuntó constancia alguna de tal actuación.

No obstante ello, y amén de que el plazo de cinco días para elevar el expediente, de acuerdo a la ley del rito (arg. art. 124 *in fine*), vencería en las dos primeras horas del día 01/02/2020, lo dirimente aquí es que no se han expresado los concretos inminentes perjuicios que para la sociedad pudieran derivarse, que no pueden ser prevenidos o resueltos luego de agotado el período de feria. Es que la preocupación o temor del solicitante son insuficientes para justificar el requisito exigido por el art. 4 RJN. Máxime que la propia sociedad refiere en el escrito en despacho que “no tuvo ni tiene actualmente negocio alguno en nuestro país” y dado que, en todo caso, se encontraría en procura del estatuto material de adaptación necesario para su actuación en el país (arts. 124 LGS y 268 Resolución IGF 7/2015).

Ello así, debe concluirse en la improcedencia de habilitar la instancia recursiva, destacando que ante la ausencia de una demostración categórica sobre la imposibilidad de aguardar a que concluya el período de recesso judicial para que se dirima el recurso de queja interpuesto, resulta obvia la pertinencia de que sean los jueces llamados a conocer ordinariamente quienes decidan del modo que corresponda sobre el mentado recurso (conf. esta CNCom., Sala de Feria, 14/01/2010, “Rocatti, Luis H. c. Gargantino, Juan B. y otros s/ ordinario”; id., 04/01/2012, “GE Oil & Gas Esp. Holding Inc. s/ medida precautoria”; id., 24/07/2018, “Pereyra, Sebastián G. y otro s/ Sefinar SA s/ medida precautoria”; id., 09/01/2020, “Aseguradora de Riesgos del Trabajo Liderar SA s/ liquidación judicial”).

Por los fundamentos que anteceden, esta Sala resuelve: Declarar improcedente la habilitación de la instancia recursiva en esta feria judicial para conocer en la queja interpuesta. Notifíquese. Cumplido, remítase a la Mesa General de Entradas de este Tribunal para que cuando se reanude la actividad judicial se efectúe el sorteo de la Sala que habrá de conocer en la queja. A fin de cumplir con la publicidad prevista por el art. 1 de la ley 25.865, según el Punto I.3 del Protocolo anexo a la Acordada 24/2013 CSJN, hágase saber a las partes que la publicidad de la sentencia dada en autos se efectuará mediante la pertinente notificación al CIJ. — *María E. Uzal.* — *Gerardo G. Vassallo.* — *Pablo D. Heredia.*

HONORARIOS DEL ABOGADO

Impugnación de acto asambleario. Regulación como juicio de monto indeterminado.

1. — Los juicios en los que se plantea la nulidad de decisiones adoptadas por las asambleas de accionistas de las sociedades anónimas, son juicios de monto indeterminado, no tienen un contenido económico aunque, en algunos casos, ese contenido económico puede determinarse.
2. — Tanto el monto del patrimonio societario, o la participación accionaria del impugnante, son elementos que pueden servir para determinar los honorarios del abogado que impugnó un acto asambleario, pero no son determinantes ni son los únicos que deben tenerse en cuenta. Antes que esos elementos deben juzgarse otros, que tiendan objetivamente a retribuir la labor del abogado, ya que el patrimonio societario o la participación del impugnante pueden ser muy importantes y la actuación del profesional pudo haber sido insignificante o, al revés, que el patrimonio societario o la participación del impugnante sean ínfimos y la actuación del profesional haya sido muy importante, en atención a la complejidad del asunto.

ST San Luis, 03/06/2020. - Bordallo, Guillermo Gabriel c. San Luis CTV S.A. y otro s/ medida cautelar - recurso de casación.

[Cita on line: AR/JUR/18924/2020]

IURIX EXP. N° 256270/13

San Luis, junio 3 de 2020.

1ª ¿Es formalmente procedente el Recurso de Casación? 2ª ¿Existe en el fallo recurrido alguna de las cau-

sales enumeradas en el art. 287 del Cód. Proc. Civ. y Comercial? 3ª En caso afirmativo de la cuestión anterior, ¿Cuál es la ley a aplicarse, la interpretación que debe hacerse del caso en estudio, o la jurisprudencia contradictoria a unificar? 4ª ¿Qué resolución corresponde dar al caso en estudio? 5ª ¿Cuál sobre las costas?

1ª cuestión. — La doctora *Novillo* dijo:

1) Que en fecha 08/03/2019 mediante ESCEXT N° 11087405 se presenta la apoderada de la parte actora e interpone formal Recurso de Casación en contra de la Sentencia Interlocutoria N° 32/2019 del 27/02/2019 (actuación N° 11020862) dictada por la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas y Laboral N° 1 de la Primera Circunscripción Judicial.

Que en fecha 19/03/2019 mediante ESCEXT N° 11173192, acompaña los fundamentos del mismo.

Que ordenado el traslado de rigor, en fecha 03/04/2019 mediante ESCEXT N° 11302326 la contraria contesta el mismo.

Que en fecha 28/01/2020 mediante actuación N° 13351998 emite su dictamen el Sr. Procurador General, donde señala que la cuestión planteada se refiere a la regulación de honorarios que es una cuestión procesal, excluida de la Casación por imperio del art. 288 del Cód. Proc. Civ. y Comercial y por ello propicia su rechazo.

2) Que ante todo, corresponde evaluar la concurrencia de los recaudos de admisibilidad del recurso, esto es, la aptitud formal del acto impugnativo, derivada de la confluencia de los requisitos exigidos por la ley para provocar el juicio de casación.

En este sentido se advierte, que el recurso ha sido interpuesto y fundado temporáneamente, conforme los términos del art. 289 del Cód. Proc. Civ. y Comercial, en atención a constancias de la causa.

Asimismo, obra constancia del depósito exigido por el artículo 290 del Cód. Proc. Civ. y Comercial, en el archivo adjunto, de la actuación N° 11087405.

Por otro lado, si bien se pretende la casación de una sentencia interlocutoria emanada de Cámara de Apelación, la misma se asimila, por las consecuencias que produciría la firmeza de la decisión atacada, una resolución definitiva, teniendo por cumplido el recaudo imperado por el art. 286 del Cód. Proc. Civ. y Comercial.

Finalmente corresponde señalar que a pesar de encontrarse involucradas cuestiones de naturaleza adjetiva en la casación propuesta, estimo formalmente procedente el tratamiento del recurso, en atención a circunstancias que habrían omitido los Magistrados intervinientes.

Que el tratamiento de excepción que propicio cuenta con suficientes antecedentes, tal como puede verse en reciente sentencia del Superior Tribunal de Justicia, dictada en autos: “Romero, María C. c. Fernández, Raúl N. y otro s/ acción de desocupación y/o desalojo - recurso de casación” - IURIX EXP N° 281579/15 (STJSL-SJ-SD N° 028/19 de fecha 12/03/2019); “Incidente Koppen, Nicolás H. s/ sucesorio - recursos de casación” - IURIX N° INC. 175189/1, STJSL-SJ-SD N° 177/14, de fecha 19/12/2014; y el más reciente “Bernal, Joaquín s/ sucesión ab intestato - recurso de casación” - IURIX EXP. N° 172625/9 - STJSL-SJ-SD N° 136/18, de fecha 02/07/2018.

Por lo expuesto, voto a esta primera cuestión por la afirmativa.

Los doctores *Cobo* y *Corvalán*, comparten lo expresado por la doctora *Novillo* y votan en igual sentido a esta primera cuestión.

2ª y 3ª cuestión. — La doctora *Novillo* dijo:

1) Que en fecha 19/03/2019 mediante ESCEXT N° 11173192 acompaña los fundamentos del mismo, donde manifiesta que se interpone este Recurso por cuanto considera que en la resolución atacada se ha incurrido en una incorrecta interpretación y aplicación de los artículos 5° y 21° de la Ley Provincial N° IV-0099-2014.

Sostiene que en modo alguno se puede perder de vista que el juicio principal en el cual los Dres. Vergés y Molina solicitan la regulación de sus honorarios, ha sido indudablemente un juicio sin monto, a tenor de lo dispuesto por el inc. a) del art. 5 de la Ley Provincial N° IV-0099-2014.

Que tal como reza la norma en cuestión, el monto del asunto debe considerarse solo cuando el mismo es susceptible de apreciación económica, o posee un contenido económico determinado, lo que ciertamente no se advierte en el caso en tratamiento.

Alega que de la lectura de la demanda que da origen al juicio principal se advierte sin hesitación que nunca el actor expresó o ejerció una pretensión con un contenido económico específico, ni indicó montos, ni perseguía la condena del demandado por una suma determinada, ni reclamaba el pago de daños o de crédito alguno que estuviera expresado en dinero. Y que tanto ello es así que el pago de la tasa de justicia se efectuó sobre la base de los mínimos de ley, aplicables a los casos de juicio sin monto, lo que fue admitido por el Tribunal, y también por los letrados que hoy reclaman la regulación de sus honorarios.

Insiste en que, la base de la impugnación del acto asambleario que constituía el objeto de la demanda, no tenía vinculación alguna con el patrimonio de la

sociedad, la participación accionaria del actor, ni perseguía la condena o cobro de crédito alguno, por lo que es indudable que se ha incurrido en una errónea interpretación y aplicación del art. 5 de la ley arancelaria, al desconocer tales circunstancias y estimar que el proceso o el asunto tenía un monto que era pasible de apreciación económica.

Señala que sorprende que la Cámara abandone tal postura, y sostenga que debe recurrirse al procedimiento del art. 21 de la Ley de Aranceles.

Expone que la designación de directores, la aprobación de su gestión, la aprobación de estados contables, no tienen contenido económico, y la acción que pretende la anulación de la decisión asamblearia correspondiente, es una acción sin monto, pues admitida o rechazada la demanda no se genera repercusión económica alguna para las partes.

Agrega que la Cámara en su resolución ha prácticamente transcripto la ponencia del Dr. Guillermo Andrés Marcos en el "XLVI Encuentro de Institutos de Derecho Comercial de la Provincia de Buenos Aires. Bahía Blanca, 6 y 7 de diciembre de 2007", sin advertir que se trata tan solo de una ponencia, que no fue adoptada por el despacho de comisión, y que no ha sido adoptada por ningún fallo ni autor reconocido a nivel nacional o provincial, y en la que a todo evento tampoco se afirma que el juicio de nulidad de una decisión asamblearia deba ser considerado como un juicio con monto, o con contenido económico.

Infiere que la Cámara ha incurrido también en una incorrecta interpretación y aplicación del art. 21 de la norma en cuestión, pues en modo alguno corresponde en autos determinar el valor de bienes muebles o inmuebles, pues no corresponde determinar el monto de un proceso, que justamente carece de monto.

Sostiene que el error de interpretación y aplicación de la norma se advierte incluso con mayor nitidez cuando ponderamos que en la demanda jamás se contravirtió la titularidad de las acciones del actor o el patrimonio de la sociedad, donde el actor reclamara un importe concreto de dinero vinculado con estos aspectos, por lo que luego aparece como absurdo recurrir al valor de tales bienes para cuantificar un honorario, devengado en una actuación procesal, que insisto, no tuvo vinculación alguna con tales aspectos.

Que el actor nunca reclamó por valores específicos que pudieran vincularse con el valor de bienes muebles e inmuebles de la sociedad, que ahora deban ser valuados para determinar la base del monto del juicio, por lo que ahora recurrir al procedimiento que determina la Cámara implica una grosera violación de los términos en que se trabó la litis.

Agrega que el patrimonio de la sociedad no ha constituido el objeto del proceso (ni en todo, ni en parte del mismo), por lo que resulta a todas luces improcedente recurrir al procedimiento del art. 21 para valuar los bienes que integran su patrimonio.

2) Que ordenado el traslado de rigor en fecha 03/04/2019 mediante ESCEXT N° 11302326, la contraria contesta el mismo.

Sostiene que la Excma. Cámara, en el Auto Interlocutorio cuestionado, ha marcado con apego a la ley, la necesidad de cuantificar el contenido económico del proceso (inc. a) del art. 5 de la Ley Provincial N° IV-0099-2014), sin cuyo recaudo, no se puede dar progreso a la actividad regulatoria, ni se puede arribar a una justa recompensa a los Abogados por su labor, máxime si se tiene en cuenta el valioso aporte de los letrados que aquí suscriben, conducto por el que, el patrimonio del Sr. Bordallo resultó indemne y pudo escapar a las reales amenazas de ver disminuido o perdido su cuantioso capital accionario.

Coinciden que en el comienzo del proceso (Nulidad de la asamblea ordinaria celebrada el día 26 de julio de 2013 y de todas las decisiones y resoluciones adoptadas en ella (cfr. fs. 156 *in fine*)) no hubo un monto determinado, pero siempre hubo un monto determinable.

Afirma que el Estudio Jurídico Verges enderezó sus actos a cuidar la intangibilidad del capital accionario de su ex cliente Ing. Guillermo Gabriel Bordallo, para neutralizar la seria amenaza de que en este caso pudiese darse el lesivo episodio ocurrido en el paradigmático caso argentino de la sociedad Beaufort Shipping Agency Argentina SA.

Señala que todo se encuentra debidamente documentado en Escritura N° 167, de fecha 16 de julio de 2013, labrada por el Escribano Juan José Laborda Ibarra, titular de Registro Notarial N° 69 de la Ciudad de San Luis (glosada en autos), amén de otras constancias de la causa, deviene con pertinencia aseverar que el recurrente toma un alto riesgo de sufrir un serio descrédito de su versión, cuando asevera que este proceso no tiene monto determinado o determinable.

Por otro lado sostiene que ningún agravio anticipado puede devenir de la aplicación estricta que hace el fallo cuestionado de la ley vigente (inc. g a) del art. 5 y art. 21 de la Ley Provincial N° IV-0099-2014), deviniendo de tal realidad y en el caso, notoria ausencia de sentencia definitiva.

Por último considera que no hay errónea interpretación de la norma y no existe gravamen propiamente dicho.

3) Que en fecha 28/01/2020 mediante actuación N° 13351998 emite su dictamen el Sr. Procurador General,

donde señala que la cuestión planteada se refiere a la regulación de honorarios que es una cuestión procesal, excluida de la casación por imperio del art. 288 del Cód. Proc. Civ. y Comercial y por ello propicia su rechazo.

4) Que del análisis de la Sentencia Interlocutoria cuestionada surge que en la misma se resolvió: “...los juicios en los que se plantea la nulidad de decisiones adoptadas por las asambleas de accionistas de las sociedades anónimas, son juicios de monto indeterminado, no tienen un contenido económico aunque, en algunos casos, ese contenido económico puede determinarse” (Rodríguez, Leonardo G., “Honorario del abogado en los juicios de nulidad de asambleas”, LA LEY 2004-B, 1185; Información Legal Online, AR/DOC/471/2004)...”

“La doctrina por su parte ha señalado que “tanto el monto del patrimonio societario - prudencialmente actualizado - o la participación accionaria del impugnante, son elementos que pueden servir para determinar la trascendencia económica del asunto, pero no son determinantes ni son los únicos que deben tenerse en cuenta. Pienso que antes que estos elementos deben juzgarse otros, que tiendan objetivamente a retribuir la labor del abogado, ya que el patrimonio societario o la participación del impugnante pueden ser muy importantes y la actuación del profesional pudo haber sido insignificante o, al revés, que el patrimonio societario o la participación del impugnante sean ínfimos y la actuación del profesional haya sido muy importante, en atención a la complejidad del asunto” (Rodríguez, op. cit.).

“...que el juicio de nulidad de decisiones asamblearias no puede entenderse desvinculado del monto del patrimonio en juego, por lo que la base regulatoria de los honorarios de los abogados en los procesos por impugnación de decisiones asamblearias no debe resultar completamente ajena a la trascendencia económica de la cuestión debatida...”

“... Ahora bien, a fin de establecer la trascendencia económica de la cuestión debatida en el *sub lite* no puede prescindirse del patrimonio de la sociedad involucrada ni del porcentaje del socio impugnante Guillermo Gabriel Bordallo, no para tomarlos directamente como base regulatoria, sino como elementos que puedan coadyuvar en la cuantificación de los estipendios profesionales, junto con otros parámetros, como ser la extensión de la actuación de los abogados del actor, las etapas del proceso efectivamente cumplidas, la manera en la que culminó la contienda —acuerdo conciliatorio, conforme surge de fs. 351/352 vta. y de fs. 354—, todo ello en cumplimiento de las pautas brindadas en los incisos b) al f) del art. 5° de la ley N° IV-0099-2004”.

“Por lo que para determinar en forma adecuada el valor del patrimonio de la sociedad y de la participación accionaria del socio impugnante, debe acudirse al trámite previsto en el segundo párrafo del art. 21 de la ley N° IV-0099-2004...” y atendiendo el objeto casatorio advierto que el Tribunal de Alzada, no ha tenido en cuenta el criterio de este Alto Cuerpo con relación a los procesos que tienden a obtener la nulidad de un acto societario, como sería la asamblea.

Que en efecto en fecha 27/05/19 en los autos: “Russo, Mariana S. c. Conarsa SA s/ nulidad de asambleas societarias - recurso de inconstitucionalidad” - IURIX EXP N° 300338/16 STJSL-SJ-SD N° 089/19 se dijo: “...En el caso bajo examen, anticipo que el recurso no puede prosperar”.

“En efecto considero, que el desarrollo argumental de la sentencia de Cámara resulta suficiente y la solución que propicia, en orden a sostener, “Que si bien la acción incoada puede traer aparejados efectos económicos, tales consecuencias no revierten la naturaleza del objeto de la demanda, que al pretender la declaración de nulidad de actos societarios no resulta posible valorar, por lo tanto se trata de un juicio de monto indeterminable conforme lo previsto en el art. 301 del Cód. Tributario provincial (...) y corresponde abonar la tasa fija que establezca la Ley Impositiva anual”, al ofrecer un fundamento razonable, excluye la tacha de arbitrariedad”.

“Que el Tribunal *a quo* al resolver, consideró las concretas pretensiones deducidas en la demanda, cuales son: “la declaración de la nulidad de la Asamblea General Ordinaria y Extraordinaria de accionistas celebradas con fecha 27/02/2015 (...), la nulidad de decisiones asamblearias descriptas en el punto VI, adoptadas en la Asamblea General Ordinaria de accionistas celebrada con fecha 30/06/2016 (...), la remoción por justa causa del Directorio de la Sociedad (...)”, y en orden a ello se ha considerado, “no existe un monto concreto y determinado cuando se acciona por nulidad asamblearia, o cuando se trata de impugnar determinada resolución tomada en su seno, de suspender la realización de una futura asamblea, o los efectos de una decisión.” (Cfr. Passarón, Julio Federico y Pesaresi, Guillermo Mario, Honorarios judiciales, Editorial Astrea, Ciudad de Buenos Aires, 2008, T. 1, p. 408)”.

“En este mismo sentido, la jurisprudencia tiene resuelto: “A los fines del pago de la tasa judicial, corresponde estimar como una pretensión de monto indeterminado, aquella demanda cuyo objeto persigue la declaración de nulidad del acto jurídico societario...” (cfr. Theseus SA c. Banco de Galicia y Buenos Aires s/ ordinario - incidente de pago de tasa de justicia. CNCom. Sala B; 18/07/2007; Prosecretaría de Jurisprudencia de la CNCom.; RC J 977/12)”.

“Conforme a ello, entiendo que el recurso no trasciende el ámbito de la mera disconformidad con lo resuelto, y la arbitrariedad que se acusa, carece de fundamentos suficientes para descalificar lo decidido”.

Por todo ello, y oído al Sr. Procurador General, propongo que se recepte favorablemente el Recurso de Casación, se revoque la sentencia de segunda instancia, y se regulen los honorarios considerando el presente proceso como de monto indeterminado.

Por ello, voto a estas segunda y tercera cuestión, por la afirmativa.

Los doctores *Cobo* y *Corvalán*, comparten lo expresado por la doctora *Novillo* y votan en igual sentido a estas segunda y tercera cuestión.

4ª cuestión. — La doctora *Novillo* dijo:

1) Hacer lugar al Recurso de Casación interpuesto y en consecuencia revocar la sentencia de segunda instancia con devolución del depósito judicial. 2) Bajen los autos para que se proceda a regular los honorarios profesionales considerando el presente proceso como

de monto indeterminado. Oficiése a los efectos. Así lo voto.

Los doctores *Cobo* y *Corvalán*, comparten lo expresado por la doctora *Novillo* y votan en igual sentido a esta cuarta cuestión.

5ª cuestión. — La doctora *Novillo* dijo:

Costas a la vencida. Así lo voto.

Los doctores *Cobo* y *Corvalán*, comparten lo expresado por la doctora *Novillo* y votan en igual sentido a esta quinta cuestión.

En mérito al resultado obtenido en la votación del Acuerdo que antecede, se resuelve: I. Hacer lugar al Recurso de Casación interpuesto y en consecuencia revocar la sentencia de segunda instancia con devolución del depósito judicial. II. Bajen los autos para que se proceda a regular los honorarios profesionales considerando el presente proceso como de monto indeterminado. Oficiése a los efectos. III. Costas a la vencida. Regístrese y notifíquese. — *Lilia A. Novillo*. — *Carlos A. Cobo*. — *Martha R. Corvalán*.

CONCURSOS Y QUIEBRAS

DOCTRINA

Acciones concursales de ineficacia y de responsabilidad en la liquidación judicial del fideicomiso

Fernando J. Marcos

Sumario: I. El problema a considerar.— II. El contrato de fideicomiso. Algunas referencias.— III. La reforma del Código Civil y Comercial. Alcances de la aplicación de la ley concursal.— IV. La insuficiencia definitiva de los bienes fideicomitidos como presupuesto objetivo.— V. Consideraciones sobre ciertos caracteres y principios que rigen la liquidación fiduciaria.— VI. Más sobre la insuficiencia como presupuesto objetivo y su exteriorización.— VII. La naturaleza del proceso liquidatorio fiduciario.— VIII. Sobre la viabilidad de la eventual promoción de acciones de responsabilidad. — IX. Algunas conclusiones.

I. El problema a considerar

Me propongo analizar en esta ocasión si, en el marco de una liquidación judicial fiduciaria promovida de acuerdo con lo que dispone el tercer párrafo del art. 1867 del Cód. Civ. y Com., es pertinente admitir la aplicación de las denominadas “acciones concursales de ineficacia” (arts. 118 y 119, ley 24.522, y 1687, Cód. Civ. y Com.) y “de responsabilidad” (arts. 173 y ss., ley 24.522), en los términos de los arts. 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 concursales (1).

Ello, al margen de la acción de responsabilidad que se desprende de 1674 y 1675 del Código, de la acción de simulación (arts. 333 y

ss., Cód. Civ. y Com.), de la acción por fraude (arts. 338 y ss., Cód. Civ. y Com.) y de responsabilidad civil en general contra todo aquel que hubiese causado un daño injustificado (arts. 1708, 1716 y ss., Cód. Civ. y Com.).

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 art. 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 art. 2º del Cód. Civ. y Com., 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

(1) Este trabajo reconoce como antecedente inmediata 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 2019. 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”.

su origen a un fin, es decir, un objetivo práctico que constituye el eje de interpretación” (2).

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.

1. 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 art. 1687 del Cód. Civ. y Com., 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 (arts. 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 art. 16 de la ley 24.441 como “una verdadera “caja de Pandora” cuyo contenido resulta difícil de develar” (3).

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 art. 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.

2. Como punto de partida, se trata de un patrimonio especial que, como tal, responde por las obligaciones que lo gravan (art. 242, *in fine*, Cód. Civ. y Com.) y, que en caso de *insuficiencia* de bienes y de otros recursos provistos 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 sí es *concurrible*, aquel no lo es, pues no integra la taxativa lista que contiene el art. 2º de la ley 24.522 y “nada permite inferir lo contrario” (4).

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 alcances y la finalidad de la norma que el codificador ha incorporado

(2) GAGLIARDO, Mariano, "Interpretación en el Código Civil y Comercial", Ed. Zavallia, Buenos Aires, 2018, p. 95. Con cita de Ihering efectuada por el autor.

(3) KIPER, Claudio M. — LISOPRAWSKI, Silvio V., "Teoría y práctica del fideicomiso", Ed. LexisNexis - Depalma, Buenos Aires, 2002, p. 36.

(4) DAVID, Marcelo A., "Liquidación de patrimonios fideicomitados insolventes. Cambios sustanciales o límites razonables a la autocomposición", RDCO, nro. 304, 2020, p. 2, AR/DOC/3213/2020.

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 y los 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 (arts. 242 y 1685, Cód. Civ. y Com.) 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*” (5).

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 celebrado (6).

Es por ello que, en su primera parte, el art. 1687 del Cód. Civ. y Com. 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 fideicomitados”; estableciendo una similar solución para el fiduciante, beneficiario y fideicomisario, salvo que existiera un pacto en contrario.

(5) JUNYENT BAS, Francisco — GIMÉNEZ, Sofía, “La insuficiencia del patrimonio fideicomitado”, RDCO, nro. 296, 2019, p. 645.

(6) KIPER, Claudio M. — LISOPRAWSKI, Silvio V., “Tratado de fideicomiso — Código Civil y Comercial de la Nación”, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2017, t. I, p. 71.

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 que el legislador previera que en caso de *insuficiencia de los bienes fideicomitados 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 art. 1687 del Cód. Civ. y Com., 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 autocomposición (7), 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” (8).

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

(7) DAVID, M. A., ob. cit., ps. 9 y ss.

(8) JUNYEN BAS, Francisco — MOLINA SANDOVAL, Carlos A., “Ley de Concursos y Quiebras — Comentada”, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009, t. I, p. 51.

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 participen 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 arts. 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 formar parte del conjunto de herramientas específicas previstas por el legislador para posibilitar la recomposición del patrimonio *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 (arts. 16, último párrafo, 107, 159 y ccds., 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 art. 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.

Más 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 (art. 1687, Cód. Civ. y Com.), 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 su realización 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 (arts. 242 y 743, Cód. Civ. y Com.).

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 (art. 382, Cód. Civ. y Com.)— y de responsabilidad, esta última, para obtener la reparación del daño causado a la masa por todos aquellos que

Si la 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 (art. 1687, Cód. Civ. y Com.) es 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 art. 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 con base en 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 art. 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 qué es la *insuficiencia de los bienes fideicomitidos* a la que se refiere en forma expresa el tercer párrafo del art. 1687 del Cód. Civ. y Com.

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 última, 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 art. 1° es indiscutible, por más que se quieran forzar las interpretaciones y los 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* (9).

En primero se presenta cuando el activo es inferior al pasivo que debe atender, o sea, que se presenta como un mero desequilibrio arit-

mético —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 aquel desequilibrio estático entre activo y pasivo, para materializarse ante el estado de impotencia del patrimonio para hacer frente o cumplir con las obligaciones que lo gravan ante la exigibilidad de las prestaciones adeudadas (10).

Como se puede apreciar, la *insuficiencia* caracterizada por el art. 1687 del Cód. Civ. y Com., guarda estrecha relación —por no decir identidad— con la insolvencia económica o cesación de pagos del art. 1° de la ley 24.522.

2. Tal semejanza exige, para poder arribar a una conclusión razonable y ajustada a la finalidad de la ley (art. 1687, Cód. Civ. y Com.) —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 descripta 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 es (11), aunque en mi opinión debería ser incluido en forma expresa en el ordenamiento

(10) BERSTEIN, Omar R., "Inminente cesación de pagos", Ed. Astrea, Buenos Aires, 2018, ps. 17-24.

(11) GRAZIABILE, Darío J., "Instituciones de derecho concursal", Ed. Thomson Reuters - La Ley, Buenos Aires, 2018, t. I, ps. 223 y 225.

concurstal—, sino para dar contención y tratamiento a la insolvencia del patrimonio fideicomitado que, en sí mismo, integra una universalidad y un patrimonio especial (art. 242, Cód. Civ. y Com.) 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 (arts. 1º, 125 y ccds., 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” (12)—, y la insolvencia propiamente dicha o la impotencia para afrontar las obligaciones exigibles, que se 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

(12) Ley 115 del 19/10/2017 (Italia), que reforma la disciplina de la crisis de la empresa y de insolvencia vigente desde el 14/11/2017, Web: <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2017/10/30/17G00170/sg> (fecha de captura 12/10/2020).

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 “concursoales” fundamentales, a saber: *universalidad*, *concurstalidad* 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 art. 1687, párr. 3º del Cód. Civ. y Com. Más adelante volveré sobre estos.

Ahora bien, en rigor de verdad, tampoco es necesario efectuar un esfuerzo de interpretación para darse cuenta de 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 art. 1687 del Cód. Civ. y Com., 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* (art. 1º, párr. 2º, 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 *concurstalidad*, 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 art. 1687 del Cód. Civ. y Com. como detonante de la liquidación— este 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 art. 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 aquellos, se configura la impotencia patrimonial técnica-

mente llamada insolvencia o estado de cesación de pagos” (13).

Es así como, 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” (14).

La ley dispone que la causa y naturaleza de las obligaciones a las que afecte es indiferente para que se configure este presupuesto objetivo (art. 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” (15).

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 sinónimos (16), y que no se identifica necesariamente con la insuficiencia del activo para atender al pasivo (17), 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

(13) ROUILLÓN, Adolfo A. N., “Régimen de concursos y quiebras”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2015, p. 31. En igual sentido, RIVERA, Julio C., “Instituciones de Derecho Concursal”, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1996, t. I, p. 11, entre otros.

(14) FERNÁNDEZ, Raymundo, “Fundamentos de la quiebra”, Cía. Impresora Argentina SA, Buenos Aires, 1937, p. 294.

(15) QUINTANA FERREYRA, Francisco, “Concursos”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1985, t. 1, p. 24.

(16) *Ibid.*, p. 17.

(17) FASSI, Santiago C. — GEBHARDT, Marcelo, “Concursos”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1988, p. 10.

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 arts. 115, 116, 118 y 119 de la ley 24.522 en relación con las acciones de ineficacia concursal, sin olvidar la de responsabilidad del art. 173 de la ley de Concursos y Quiebras, cuya viabilidad en nuestro caso también afirmo, tal como le he mencionado con anterioridad.

3. Fijados estos básicos conceptos, corresponden 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 art. 1687 del Cód. Civ. y Com.

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” (18), 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 patri-

monios concursables listados específicamente en el art. 2º de la ley 24.522.

Lo afirmo, porque si el art. 1687 dice que la liquidación exige que no se cuente con otros recursos provistos por el fiduciante o el beneficiario según 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.

Esclarecida o, por lo menos, fijada mi posición en relación con 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 cuál es la naturaleza de la liquidación fiduciaria.

Una primera conclusión —*a priori*— que se puede extraer es que el hecho de 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” —paraconcursal (19)— 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 art. 1687 del Cód. Civ. y Com. 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 plas-

(18) MÁRQUEZ, José F., en LORENZETTI, Ricardo L. (dir.), "Código Civil y Comercial de la Nación — Comentario", Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015, t. VIII, p. 230. En esa misma línea de interpretación se encuentran ALTERINI, Jorge H. (dir.) — AÍCEGA, María V. — GÓMEZ LEO, Osvaldo R. (dirs. del tomo), "Código Civil y Comercial comentado - Tratado exegético", Ed. Thomson Reuters - La Ley, Buenos Aires, 2016, t. VII, p. 1158.

(19) JUNYENT BAS, F. — GIMÉNEZ, S., ob. cit., p. 658.

mado 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 art. 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 judicial del patrimonio fiduciario” (20) 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 concursalidad, que motoriza la necesaria concurrencia de todos los acreedores que pretenden 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 art. 2º del Cód. Civ. y Com., 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 *paraconcursal* 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 “concursalidad”, 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, agregando, sin perder de vista la finalidad tutelar del patrimonio como garantía que deja expuesta el art. 1687, a la que ya me he referido.

Tener presentes estas máximas no es un tema menor, especialmente luego de la revalo-

(20) ALTERINI, Jorge H. — AICEGA, M. V. — GÓMEZ LEO, O. R., ob. cit., t. VII, p. 1160.

rización que de los *principios y valores jurídicos* que se desprenden del mentado art. 2º del Cód. Civ. y Com., 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” (21).

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 art. 1687 del Cód. Civ. y Com.

Tal como lo señala Gerbaudo, es precisamente “esa nota de universalidad” la que caracteriza a estos procesos como “colectivos” (22), 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 (arts. 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 ese procedimiento en “colectivo, porque no se desarrolla en beneficio de uno o de determinados acreedores sino de la totalidad de ellos” (23).

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 “concuralidad”, 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 del acuerdo que resulte homologado (curso preventivo), o para percibir el dividendo que le corresponda si se trata de una quiebra o de la liquidación del patrimonio fiduciario (arts. 1º, 32, 125, 200 y ccds., ley 24.522).

Y si bien la liquidación del fideicomiso no es “concural”, igualmente se rige por el principio de “concuralidad” 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 derechos (24), llámese este, agregó, “concurso”, “quiebra” o “liquidación fiduciaria” en los términos del art. 1687, párr. 3º, del Cód. Civ. y Com.

Finalmente “esta directriz, que se conoce como principio jurídico de *concuralidad*, es la que permite estructurar la obligatoriedad de la concurrencia en el proceso principal, lo que conduce a la colectividad del juicio universal” (25), aspectos y efectos todos estos que alcanzan plena-

(23) TONON, Antonio, "Derecho concursal - Instituciones generales", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1992, t. I, p. 27.

(24) GARAGUSO, Horacio P., "Fundamentos de derecho concursal", Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001, ps. 136-138.

(25) JUNYENT BAS, F. — MOLINA SANDOVAL, C. A., ob. cit., t. I, p. 24.

(21) KIPER, C. — LISOPRAWSKI, S. V., ob. cit., t. I, p. 441.

(22) GERBAUDO, Germán E., "Introducción al derecho concursal", Ed. Astrea, Buenos Aires, 2018, p. 84.

mente al proceso de liquidación del patrimonio fideicomitado.

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 fideicomitados;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.

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 concurren 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 art. 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 caso (26), sin atender al texto expreso del art. 1687 del Cód. Civ. y Com., 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 (arts. 1716 y 1717, Cód. Civ. y Com.) de quienes dolosamente —actualmente admite el dolo directo y el indirecto o eventual (art. 1724, Cód. Civ. y Com.)— han incurrido en las conductas consideradas ilícitas y, por lo tanto, reprochables por el art. 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 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 (art. 173, ley 24.522, y 1724 Cód. Civ. y Com.).

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 (art. 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 arts. 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 perjui-

(26) CNCCom., sala A, 17/11/2020, "Fideicomiso de Administración y Garantía Taxodium Vida Park s/ Liquidación Judicial" (exp. 21.733/2016).

cios en beneficio de la masa de acreedores del fideicomiso, que se deriva de los arts. 1674 y 1675 del Cód. Civ. y Com., u otra derivada del derecho de daños en general (arts. 1708 y ss., Cód. Civ. y Com.), 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 arts. 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 art. 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 art. 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 eligió 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 la disposición so-

bre estos, como así también su representación legal y la legitimación procesal para actuar en juicio en relación con 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 arts. 106, 107, 109, 110 y ccds. de la ley 24.522 y los arts. 1687, 1688 y ccds., del Cód. Civ. y Com.

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 involucradas 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 ocurrido 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 (art. 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 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, arts. 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 con las normas de distribución sobre la base del régimen de prioridades excluyentes y no excluyentes (privilegios) (27) 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 (arts. 242, 1685 y 1686, Cód. Civ. y Com.).

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. arts. 120 y 174, respectivamente, de la ley 24.522), podrán los acreedores individualmente promover tales acciones concursales.

(27) KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída, "Modificaciones producidas por la ley 24.522 al régimen de las prioridades concursales no excluyentes", RDPyC 1996-II, "Concursos y quiebras", ps. 156 y ss.

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 art. 1687, párr. 3º, ambos del Cód. Civ. y Com., 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 arts. 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—, reguladas por los arts. 333 y ss. y 338 y ss., respectivamente, del Cód. Civ. y Com., que también habilita expresamente el art. 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 de los arts. 173 y ss., de la ley 24.522. (arts. 1º, 2º y 3º, Cód. Civ. y Com.).

Abona especialmente lo expuesto, reitero, el giro que significó la incorporación del precepto contenido en el citado art. 1687 del Cód. Civ. y Com., 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 las reglas hermenéuticas que se desprenden de los arts. 1º, 2º y 3º del Cód. Civ. y Com. (conf. arts. 16, 17, 18, 19, 28 y 75, inc. 22, CN).

Es así como 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” (28), representan una visión parcial de los alcances y fines del texto del art. 1687 del Cód. Civ. y Com.

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.

(28) CNCCom., sala A, 17/11/2020 (expte. 21733/2016), "Fideicomiso de Administración y Garantía Taxodium Vida Park s/liquidación judicial".

Segunda oportunidad, liberación o descarga de deudas

El imperativo de la hora en la superación de la insolvencia o crisis de la persona natural

Silvana Mabel García

Sumario: I. Una solución conveniente, humanitaria y justa.— II. Las recomendaciones de los documentos internacionales. Su reflejo en las legislaciones. El sistema argentino.— III. Algunos cuestionamientos: la adecuada protección del crédito y la multiplicación de los procesos de tratamiento de las crisis de personas humanas.— IV. A modo de cierre.

I. Una solución conveniente, humanitaria y justa

Los documentos internacionales que abordan la problemática del tratamiento de la insolvencia o crisis económica de personas naturales (el consumidor sobreendeudado, cuentapropistas, artesanos, microemprendedores, personas en relación de dependencia pública o privada, jubilados, productores primarios, profesionales, etc.), exhortan a establecer como “norte” u objetivo de los procedimientos de saneamiento, el de reintegrar o restablecer rápidamente al deudor en la vida económica y social (1).

E impulsan, como medida más importante para crear las condiciones tendientes al logro de ese propósito, la extinción, exoneración, liberación, o descarga de las deudas residuales, de aquello que no pudo ser afrontado dentro del proceso, sea por satisfacción voluntaria del deudor o por reparto de lo obtenido en la liquidación de sus bienes, de modo de brindarle una “segunda oportunidad”.

(1) Entre otros: dictamen del Comité Económico Social Europeo (CESE) del 29/4/2014, sobre “Protección de los consumidores y tratamiento adecuado del sobreendeudamiento para evitar la exclusión social”. También recomendación de la Comisión Europea de 12/03/2014 sobre “un nuevo enfoque frente a la insolvencia y el fracaso empresarial” 2014/135/UE.

Se entiende que la solución es conveniente, humanitaria, justa, y protege intereses en juego que son dignos de tutela.

Es justa, o más bien equitativa, porque viene a igualar de algún modo la situación con respecto a una persona jurídica, que, si no tiene bienes para hacer frente a sus obligaciones y en definitiva resulta liquidada, desaparece (se extingue como sujeto), no saldando nunca más sus obligaciones pendientes. Aunque no resulte un efecto de “derecho”, de “hecho” sucede así.

La persona humana no puede ser liquidada o extinguida, pero no exonerarla equivale a ese resultado, la exclusión del sistema, confinar al individuo y al grupo familiar directo a la marginación.

Es también una solución conveniente, desde varios puntos de vista.

— Desde la *perspectiva de la persona que se libera*:

¿Qué incentivos podría hallar un sujeto para “reemprender” y tomar nuevos riesgos si sabe que todo bien que incorpore a su patrimonio seguirá “bajo el ojo de la agresión” de sus acreedores no satisfechos?

Sin duda alguna perdería todo estímulo, y sometería a sus acreedores a una larga e infructuo-

sa persecución al hallarse apartado de una vida económica normal.

Para recuperar su autoestima y mirar el futuro con confianza necesita del “perdón y del olvido”(2).

— Desde la *perspectiva del Estado*:

Si al sujeto no se le permite “comenzar de nuevo” sin el peso de sus antiguas deudas, si no se le confiere una segunda oportunidad, se transforma en una energía perdida para el trabajo y muy probablemente en drenaje de recursos sociales (que en economías como la nuestra son de por sí magros).

— Desde la *perspectiva de la sociedad toda*:

La sociedad, la economía, necesitan de emprendedores, de gente que “arriesgue” porque es lo que permite girar las ruedas de todo el engranaje.

La liberación posibilita al sujeto convertirse en un miembro productivo de la comunidad. Caso contrario se lo obliga a operar tras las sombras para no poner bienes a la vista de sus acreedores.

La liberación de deudas inherente al beneficio constituye pues un incentivo al trabajo, al emprendimiento y a la no ocultación de ingresos por el deudor.

Decíamos que es también una solución humanitaria.

Desde hace un tiempo considerable ya, y a raíz de las profundas crisis económicas que han estado afectando al mundo, se habla de la necesidad de “la humanización” de las consecuencias de un procedimiento de insolvencia o de tratamiento de las crisis de personas naturales. La liberación de deudas y la reducción de impedimentos y restricciones para el ejercicio de las capacidades del deudor, responde a ese reclamo, evitando su estigmatización.

La necesidad y oportunidad de introducir un tratamiento más humano de los deudores es un mensaje implícito de los documentos e informes elaborados a nivel internacional.

(2) En nuestro sistema jurídico, el “derecho al olvido” está reconocido normativamente (ley 25.536) (Ley de Protección de Datos Personales - Información crediticia).

Encuestas realizadas entre deudores revelan sentimientos generalizados y profundos de culpa, de vergüenza, y de estigma, que actúan como poderosos desincentivos para quienes están considerando acudir al auxilio que presta el sistema de insolvencia que los comprende.

Estudios empíricos han comprobado también, que la carga de una deuda inmanejable causa una serie importante de graves problemas síquicos (depresión, aislamiento social), y hasta físicos (problemas cardiovasculares, digestivos, neurológicos) a los deudores, que sufren el miedo y la ansiedad producida por la constante preocupación que les causa la incapacidad de pagar sus deudas, así como el sentimiento persistente de fracaso. La carga abrumadora de la deuda sume a los deudores en un espiral “descendente” de desesperanza, que termina minando la motivación del deudor para desarrollar un trabajo productivo (3).

Y se recomienda incluso desarrollar “compasión hacia los deudores individuales” o cuanto menos hacia sus cónyuges e hijos que sufren efectos perjudiciales al habitar y crecer en un hogar constantemente acosado por las llamadas de los acreedores y por la tensión financiera.

Significa, asimismo, una solución que atiende a otros intereses dignos de tutela.

Hoy por hoy ya no se discute que en el derecho de la insolvencia o de las crisis son múltiples los intereses que tienden a protegerse. El de los acreedores es uno, pero también el de los trabajadores, los proveedores, los clientes, etc. Y el interés del deudor es asimismo uno de los que resulta digno de tutela.

Hace a la protección de ese interés garantizar al deudor que, tras el proceso, luego de comprobarse determinados presupuestos, pueda volver a empezar, poniendo su pasado definitivamente atrás sin el peso de las antiguas deudas.

Protege la dignidad del deudor garantizarle su plena reincorporación en la actividad producti-

(3) Reporte o informe del Banco Mundial sobre el tratamiento de la insolvencia de las personas naturales, 2014. La versión en inglés puede consultarse en <https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/17606> a dic. 2020.

va sin quedar sujeto a la agresión sine die de sus acreedores.

El reconocimiento en cada hombre y mujer de un valor en sí mismo, de una dignidad, constituye hoy un principio del derecho contemporáneo, con reconocimiento expreso en nuestro Código Civil y Comercial (art. 51) que se expande a todo el ordenamiento como principio general del derecho con jerarquía constitucional.

La mejor doctrina no duda en calificar al derecho a una vida digna, como una prerrogativa de jerarquía superior y de mayor significación axiológica entre los derechos humanos, incorporados en el caso de la Argentina, a la Constitución Nacional, a través de los pactos internacionales como la Declaración Universal de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales. Ambos instrumentos reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, a una mejora continua de las condiciones de existencia.

Si bien la temática no resulta nueva, se ha instalado con fuerza a partir de la crisis generada por la pandemia que afecta a la humanidad en este 2020.

Las investigaciones, reportes y normativa de organismos multilaterales (INSOL Internacional, Banco Mundial, Naciones Unidas, y Comisión Europea) vienen sosteniendo la necesidad de prever esta herramienta como esencial en el tratamiento de las crisis de las personas naturales.

Y tras la crisis *subprime* (2008) que puso en evidencia la importancia sistémica del endeudamiento personal, esa recomendación fue plasmándose en los ordenamientos. Dentro de los más recientes: España, Italia.

La “descarga” vino también a corregir, a actuar como contrapeso frente a la concesión abusiva del crédito que llevó a muchos deudores al sobreendeudamiento, distribuyendo ese resultado entre los acreedores, en mejor posición para monitorear el comportamiento de un deudor y predecir los incumplimientos. Los acreedores que saben que sus deudores pueden liberarse de sus obligaciones no pagadas, tienen

incentivos para adoptar prácticas más cuidadosas y responsables de concesión de crédito, equilibrando el objetivo de alcanzar la máxima rentabilidad (4).

II. Las recomendaciones de los documentos internacionales. Su reflejo en las legislaciones. El sistema argentino

II.1. Recomendaciones

Esos documentos han sido elaborados a partir de relevamientos que se fueron realizando en las legislaciones relacionadas con la insolvencia de personas naturales (5).

Parten de la premisa de que no es posible una línea divisoria clara que pueda clasificar a las personas humanas o naturales en función del grado de sofisticación y complejidad de sus actividades económicas. Por tanto, no es fácil una distinción significativa entre los deudores personas naturales que son consumidores puros y los que son empresarios o no empresarios.

Señalan que lo que diferencia un sistema de regulación de insolvencia personal de los sistemas de insolvencia empresarial es la posición central que el elemento personal ocupa, por lo que el objetivo se ubica, más que en la tutela del crédito, en la rehabilitación y la recuperación del deudor, en las connotaciones humana de los problemas de endeudamiento, en cómo “aliviar” las dificultades de los deudores en su propio beneficio y de la sociedad en su conjunto (6).

Referimos brevemente a dos de esos documentos, uno de ellos en preparación.

(4) *Ibid.*

(5) A los citados en notas 1 y 3, agregamos: Directiva UE 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo del 20/6/2019 sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas. Asimismo, el Proyecto de Guía Legislativa de Uncitral 2020 sobre un Régimen Simplificado de la Insolvencia, al que haremos referencia.

(6) Reporte o informe del Banco Mundial sobre el tratamiento de la insolvencia de las personas naturales, 2014.

II.1.a. Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019 (7)

Esta directiva prevé su transposición a los derechos nacionales de los países miembros en el transcurso de dos años.

Si bien su ámbito de aplicación específico es la persona natural o física que ejerza actividad comercial, industrial, artesanal o profesional (es decir aplica a personas naturales o humanas que tienen condición de empresarios) recomienda adoptar las disposiciones sobre “exoneración” también a consumidores (8).

Recomendaciones:

— Que el plazo de obtención de la plena exoneración no sea superior a tres años (desde el inicio del procedimiento o desde la confirmación del plan).

— Si se condiciona a un plan de pagos, que sea proporcionado a los activos y la renta embargable del deudor.

— Si hay recaudos para la obtención, que una vez cumplidos no se imponga un procedimiento adicional para obtener el beneficio (es decir, que resulte automático).

— Que vaya acompañada de la eliminación de todo tipo de inhabilitaciones para el ejercicio de actividades.

— Si existen procedimientos diferentes para el tratamiento de deudas personales y profesionales, que se tramite todo en un único proceso, acumulándose en su caso.

— Permitir modificar las exigencias o plazos, o hasta revocar el beneficio si el deudor no actuó honestamente o lo hizo de mala fe.

II.1.b. Proyecto de Guía Legislativa de UNCITRAL 2020 sobre un Régimen Simplificado de la Insolvencia

(7) Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32019L1023> a diciembre de 2020.

(8) Consideraciones iniciales, nro. 21.

Se trata de un trabajo en elaboración, que intenta mejorar aspectos de la anterior guía legislativa de 2006 (9).

También apunta fundamentalmente a empresarios individuales (10): personas físicas que ejercen comercio, actividad comercial, arte o profesión como empresa unipersonal o actividad autónoma. Asimismo, a microempresas y pequeñas empresas, fundamentalmente cuando la responsabilidad de los propietarios o miembros es ilimitada.

Con la misma tesitura explicitada de la conveniencia de abordar de modo integral las deudas entremezcladas del negocio, las personales y de consumo, recomienda consolidar o coordinar los procedimientos conexos que pudieran iniciarse.

En punto a las previsiones normativas sobre exoneración, recomienda:

— De exigirse condiciones para exonerar, que sean las mínimas posibles.

— Si hay deudas no exonerables, que sean la menor cantidad posible (pues de otro modo se reducen las posibilidades de lograr la verdadera rehabilitación económica del deudor).

— Si se prevé la posibilidad de denegar o revocar la exoneración, que las causas sean mínimas. Salvo el caso de exoneración obtenida por medios fraudulentos.

— Que se confiera tanto cuando hubo liquidación y distribución como cuando no existe producto distribuible.

— Si se sujeta a un plazo su obtención, que sea breve y con posibilidades de reducción por la autoridad competente para conferirla.

— Si está vinculada a un plan de reembolso durante un plazo, este debe ajustarse a la situa-

(9) El proyecto de texto elaborado a partir de 2019 por el Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia) de UNCITRAL, con diversas modificaciones que a su original fueron agregándose durante el año en curso (2020), será nuevamente tratado en los primeros días de diciembre en el 57mo período de sesiones (Viena, en línea).

(10) Se excluye o intenta excluir a los trabajadores asalariados.

ción del deudor y ser proporcional a sus ingresos y bienes disponibles.

II.2. Su reflejo en los derechos internos

Ahora bien, ¿esas recomendaciones se ven actualmente reflejadas en los derechos particulares? ¿Cuáles son los rasgos que caracterizan la descarga o liberación a nivel mundial?

El estudio realizado por el Banco Mundial demuestra que las políticas legislativas varían entre los países, porque hay puntos de vista diferentes sobre las consecuencias morales, culturales y económicas del “perdón” ínsito en la exoneración de deudas. Y esas diferentes visiones tienen anclaje en los valores, tradiciones jurídicas e historia de una determinada sociedad.

De allí que no todas las recomendaciones se comprueban, por ahora, en los derechos internos de tratamiento de la insolvencia o endeudamiento de los sujetos a que venimos refiriendo, más allá de que varios ordenamientos están en proceso de reforma en estos días.

Veamos los rasgos salientes que emanan de algunos de ellos (11):

a) Es un mecanismo de protección del deudor honesto o de buena fe.

Algunos ordenamientos describen cuáles conductas no se consideran tales.

Exigen ese estándar, sea al momento del nacimiento de la obligación y/o durante el proceso y/o hasta el cumplimiento de las cargas que impone el propio procedimiento, entre otros: Italia, España, Francia, Alemania, Canadá, Uruguay.

Debe entenderse como ausencia de mala fe o de abuso en el ejercicio del derecho a liberarse.

b) Debe pagarse un porcentaje del pasivo, durante un determinado tiempo, a través de planes

(11) Un estudio reciente muestra estos rasgos comunes: CABALLERO GERMAIN, Guillermo, "Sobreendeudamiento y exoneración legal de los saldos insolutos en el procedimiento concursal del consumidor", *Ius et Praxis*, año 24, nro. 3, 2018, ps. 133-172.

acordados con los acreedores (los derechos antes mencionados, también EE.UU.).

c) No necesariamente la insuficiencia o inexistencia de bienes impide la exoneración (porque no se considera excluyente de por sí de la buena fe), incluso en algunos casos sin sujeción a un plan de pagos (Francia, Reino Unido, Irlanda, Nueva Zelanda).

d) La tendencia es que el beneficio se obtiene automáticamente, luego de cierto lapso temporal, contado desde el inicio o desde el fin del procedimiento (Reino Unido, Irlanda, Nueva Zelanda, Canadá, Uruguay).

e) En algunas legislaciones y por determinadas causas, es revocable (Italia, EE.UU.).

f) Un objetivo compartido es la reeducación del deudor (a través de programas de formación financiera) para evitar nuevas situaciones de endeudamiento (EE.UU., Canadá, Francia, Escocia).

g) Se concede por única vez (Irlanda, Nueva Zelanda) o transcurrido un plazo prolongado desde su obtención (Alemania, España, EE.UU., Canadá, Colombia).

h) Siempre existen deudas no descargables. Por lo común, deudas alimentarias, préstamos para educación, créditos emergentes de responsabilidad penal y/o extracontractual, deudas tributarias.

i) En cuanto al efecto sobre la vida de las obligaciones exonerables, en algunos sistemas implica su extinción, en otros solo su inexigibilidad. Pero cuando el efecto es la extinción se dejan a salvo las garantías anexas. En algunos países existen los denominados “acuerdos de reafirmación” (el deudor reafirma la deuda y ésta no se exonera).

II.3. ¿Morigerar las exigencias ante las crisis por la pandemia COVID-19?

Podríamos preguntarnos si la gravedad de la crisis económica en las que ya están sumidas las personas naturales y sus familias como consecuencia de las restricciones a las actividades económicas originadas —a nivel mundial— en las medidas sanitarias impuestas a raíz de la

pandemia Covid-19, podría implicar —para la emergencia— la necesidad de “replantear” las condiciones habitualmente exigidas.

¿Tal vez “acelerar” aún más los tiempos para la obtención del beneficio? Y en todo caso, revocarla, si luego se comprueba mala fe del beneficiado (12).

¿Habrá que exigir un plan de pagos que comprometa sus ingresos futuros cuando ni siquiera se sabe si podrá obtenerlos? La vida misma de las personas está acechada por esta pandemia, y tal vez solo tengan su salario y su vivienda. Quizás habría que facilitar la descarga sin sujeción a un plan de pagos (denominados también “planes cero”).

¿Reducir aún más el espectro de obligaciones no exonerables? De modo que ninguna quede al margen del beneficio de la descarga.

¿Hacer extensivo el beneficio a quienes como miembros del grupo familiar garantizaron las deudas que se descargan? Por caso, liberar al esposo/a no insolvente (13).

II.4. La descarga en el derecho argentino

En la Argentina, a nivel de la legislación concursal vigente (ley 24.522 y sus reformas) aplicable también a los sujetos que hemos señalado al principio, la liberación, descarga o exoneración del pasivo insoluto no es un efecto expresamente legislado, sino que resulta de una reconstrucción razonable del sistema normativo, y es consecuencia de la rehabilitación del deudor, una vez que se han liquidado sus bienes. No está sujeta a condicionamiento o recaudo previo alguno, es automática y sucede con relación a la persona humana, en principio, al año de la quiebra (14).

(12) En ese orden de ideas se enmarca el reciente proyecto de ley de reforma a la ley 24.522 al recomendar al juez del concurso adoptar las medidas conducentes para la rehabilitación de la persona humana y la protección de su dignidad y del grupo familiar que conforma.

(13) Es la solución actual del derecho español: art. 178 bis, Cód. de Legislación Concursal, texto consolidado, 2020.

(14) Nos hemos ocupado extensamente de estos aspectos en “Liberación patrimonial por rehabilitación del fallido. Pasado, presente y futuro” (RDPyC 2019-3-283) y en “Extinción de las obligaciones por la quiebra”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2010.

La falta de condicionamientos ha llevado a que los jueces intenten poner límites al advertir un uso disfuncional del derecho a quebrar como camino hacia la liberación. En algunos casos directamente se negó el acceso al procedimiento falencial, en otros la rehabilitación, y en ciertos fallos, la exclusión de determinados créditos del beneficio de la liberación (15).

Recientemente se avizora una tendencia jurisprudencial a vincular el beneficio de la descarga con la comprobación de inexistencia de abuso de derecho por parte del deudor (16).

La liberación ha sido expresamente prevista en los proyectos que se habían elaborado para dar tratamiento a las crisis de los consumidores, en los años 2011 y 2015. Incluso también durante este año (2020) en ciertas iniciativas (17) presentadas para dar solución al nivel del endeudamiento en que se prevé quedarán atrapadas las personas humanas en general.

III. Algunos cuestionamientos: la adecuada protección del crédito y la multiplicación de los procesos de tratamiento de las crisis de personas humanas

III.1. Un equilibrio deseable

— El sometimiento del beneficio de la descarga o exoneración a condicionamientos, requisitos o presupuestos, intenta “equilibrar” los intereses y principios en juego:

a) La adecuada protección del crédito (en general) y del acreedor (en particular) frente a deudores que administran sus asuntos financieros de manera irresponsable, temeraria o deshonesto.

Pues, más allá de lo dicho en cuanto a que la descarga opera como contrapeso frente a la

(15) Ver jurisprudencia citada en “Liberación patrimonial...”, ob. cit.

(16) CCiv. Com. Lab. y de Minería, General Pico, sala B, 05/04/2019, Rubinzal online 6403/19; CNCom., sala B, 07/02/2019, “Fernández, Osvaldo R s/quiebra” LL online AR/JUR/141/2019.

(17) 0384-D-2020; 1986-D-2020. Asimismo, en el Proyecto de Código de Defensa del Consumidor (3143-D-2020 y 5156-D-2020).

concesión abusiva de crédito, no se trata tampoco de transformar este beneficio en un subterfugio que invite a los deudores a incumplir sus obligaciones, incentivando un comportamiento financiero descuidado.

Se pone énfasis en que el incentivo de la exoneración no debe nunca desencadenar un fenómeno de riesgo moral, o minar la cultura del pago. Justamente para evitar esto es que el instituto debe regular condiciones de obtención.

b) No puede soslayarse tampoco que la liberación de deudas importa restringir otro principio nodal: el del patrimonio del deudor (presente y futuro) como garantía común de sus acreedores (art. 743, Cód. Civ. y Com.).

Sin embargo, también se observa que la exoneración de saldos insolutos en definitiva no hace más que evitar que los acreedores persigan una ilusión: cobrar deudas que son incobrables desde el vamos por falta de adecuado análisis de solvencia. Y entonces no se les priva de un recurso real, sino que se les anima a aceptar la realidad y asumir los costes de sus propios errores.

III.2. Descarga y acceso al crédito

Quienes dudan de los beneficios de la liberación o exoneración de deudas, se preguntan: ¿tendrá acceso al crédito un deudor exonerado?

La respuesta que cabría esperar del sistema crediticio sería la de rechazar a tal cliente, por presumírsele un deudor de mayor riesgo.

Pero la experiencia recogida (el informe del BM lo pone de resalto) muestra que el mercado crediticio no siempre se mueve con criterios lógicos. Los datos ponen de relieve que el “nuevo comienzo” no supone necesariamente una restricción al acceso al mercado crediticio, es más, se da la paradoja de constituir un estímulo para las entidades crediticias en la medida que el tipo de interés para esos deudores son más altos y las ganancias de los acreedores mayores, a pesar del riesgo eventual del impago.

La cuestión se relaciona también con las bases de datos de deudores. En EE.UU. por ejemplo, según ese reporte que referimos, el hecho de

que el deudor se haya beneficiado de una exoneración de deudas vía capítulo 7 “no mancha” su informe crediticio. Y se produce la paradoja de que las entidades financieras que denunciaron el abuso del beneficio por el consumidor son las primeras en ofertar crédito a esos “irresponsables consumidores”.

III.3. ¿Mayor litigiosidad?

Otro cuestionamiento que suele hacerse al reconocimiento de este beneficio es: ¿podría la descarga o exoneración aumentar el número de procedimientos de consumidores o personas naturales en general?

Tal como surge de los estudios de campo que hemos estado mencionando, y a la vista de la experiencia estadounidense, el “nuevo comienzo” no necesariamente es la causa determinante de la avalancha de concursos de personas naturales, sino la propia construcción del sistema crediticio, la libertad en materia de tipos de interés y la impunidad con la que actúan las entidades financieras en la concesión abusiva de crédito.

Como se relata, cuando en 2005 se impusieron restricciones a la obtención del beneficio de la descarga para disminuir el porcentaje de riesgo de impago, las tasas de interés lejos de disminuir subieron, incrementando los beneficios de las entidades crediticias.

Lo real es que el aumento de casos de concursos de estos sujetos tiene como trasfondo la actuación irresponsable de los acreedores, particularmente de las entidades emisoras de tarjetas de crédito, a quienes no interesa los costos del impago porque de todos modos lo “externalizan” distribuyéndolo entre todos los deudores (no sobre endeudados) del sistema (18).

De allí que a partir de la crisis *subprime*, las directivas de la UE (2008/48 y la más reciente 2014/17) impone a los Estados miembro, la obligación de exigir a las entidades que confieren crédito que antes de celebrar un contrato, evalúen en profundidad la solvencia del sujeto para verificar las perspectivas de cumplimiento.

(18) CUENA CASAS, Matilde, "Fresh start y mercado crediticio", *InDret*, 3/2011, disponible a dic. 2020 en https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/842_es.pdf.

IV. A modo de cierre

En todo régimen de tratamiento de la insolvencia o crisis de las personas naturales o humanas, deviene imprescindible consagrar, el derecho a liberarse de una vez para siempre de las obligaciones que no puedan afrontarse en

el procedimiento luego de que se cumplan los presupuestos necesarios —que deben preverse expresamente en la legislación— para obtener el beneficio.

Es vital para el deudor persona natural poder poner su pasado atrás y avanzar con su vida.

COMENTARIOS JURISPRUDENCIALES

EJECUCIÓN DE CRÉDITOS POSCONCURSALES

Sentencia que deja sin efecto la decisión de reducción de la medida cautelar. Rechazo del recurso de inaplicabilidad de ley.

Con nota de Ángel Luis Moia

La sentencia que deja sin efecto la decisión de reducción de la medida cautelar dispuesta debe confirmarse, pues la argumentación de la recurrente se dirige exclusivamente a obtener una nueva reconstrucción fáctica del caso y lo cierto es que, a la hora de fundamentar su queja, esta se presenta insuficiente para demostrar los vicios denunciados.

ST Entre Ríos, sala III trabajo, 11/03/2019. - Aceitera del Litoral SA - Concurso preventivo - Oficios y exhortos c/ - sentencias interlocutorias- s/ recurso de inaplicabilidad de ley.

[Cita on line: AR/JUR/63717/2019]

Expte. N° 5535

Paraná, marzo 11 de 2019.

¿Qué corresponde decidir con respecto al recurso de inaplicabilidad de ley interpuesto por la accionada a fs. 97/103?

A la cuestión propuesta, la doctora *Medina* dijo:

I. Vienen los presentes a esta Sala para resolver el recurso de inaplicabilidad de ley interpuesto por la parte demandada contra la sentencia dictada por la Sala II de la Cámara Tercera de Apelaciones de esta ciudad, obrante a fs. 92/94, siendo concedido a fs. 106/107 vta.

II. En lo que aquí interesa, el pronunciamiento combatido deja sin efecto la resolución del juez de primera instancia, obrante a fs. 53/54 de autos, que dispuso la reducción de la medida cautelar primigeniamente ordenada.

Para así decidir, el tribunal *ad quem*, se apoyó en la naturaleza post concursal de los créditos que han sido objeto de ejecución, y en la contradicción en la que incurrió el *a quo*. De allí que, con cita de jurisprudencia de la CSJN, culmina su fundamentación señalando que debió mantener como juez exhortado lo que resolviera con antelación; consecuentemente, deja sin efecto la decisión de reducción de medida cautelar dispuesta.

III. La parte demandada interpone recurso de inaplicabilidad de ley contra la sentencia dictada por el Tribunal *ad quem*. Funda su queja aduciendo violación al principio *tantum devolutum quantum appellatum*, arbitrariedad y absurdidad en su fundamentación, violación de los arts. 160 incs. 4, 5 y 6; 161; y especialmente del art. 269 del CPCCER.

Expresa que el *ad quem* de forma parcializada, abusando de su poder de jurisdicción y en franca violación del art. 269 del CPCCER, introdujo cuestiones que no fueron planteadas, señalando uno a uno los agravios expuestos por la parte actora, que —a consideración de la recurrente— fueron soslayados por el tribunal en su revisión, invocando fundamentos de “...autoría propios de los camaristas... desprovista de toda lógica y juridicidad” (cfr. fs. 100).

Enfatiza la demandada, contra el argumento de que la causa arribó, al tribunal *ad quem*, sin objeción sobre el carácter post concursal de los créditos que han sido objeto de ejecución, por considerar, que ello no es un valladar al progreso de la reducción del embargo. Resalta, asimismo la competencia del juez concursal para formalizar el requerimiento al juez laboral de la adecuación de los embargos, a los fines de evitar un remate excesivo ya que la competencia del juez oficiante no fue cuestionada por la contraria, que limitó sus planteos “sobre una supuesta insuficiencia económica del valor de los bienes que quedaban embargados después de la reducción ordenada por el juez laboral en consonancia con la manda del concursal” (cfr. fs. 101).

Rechaza, por último, la contradicción señalada por el *ad quem*, entre la decisión previa de no acceder al levantamiento del embargo y el decisorio actual que deja sin efecto la reducción de la medida cautelar, sosteniendo que ambas decisiones, del juez laboral, tuvieron diferentes motivaciones, primero mantener la protección de los créditos y luego reducirlo a su justa medida.

Finaliza la recurrente, tachando de infundado e irracional el fallo de la Cámara *ad quem*, reafirmando el buen criterio del juez laboral. Mantiene reserva del caso federal.

IV. Resumidos así los fundamentos que cimientan el fallo combatido, como las impugnaciones del quejoso, corresponde dar respuesta al recurso articulado.

IV.1.- Al tiempo de resolver, se impone destacar que siendo el recurso de inaplicabilidad de ley un remedio extraordinario, su admisibilidad está condicionada a una serie de exigencias técnico formales que deben ser rigurosamente cumplimentadas por quien pretende habilitar la instancia casatoria. Es por ello

que esta Sala tiene dicho desde antaño que la misma, en cuanto juez del recurso, puede examinar la concurrencia de los mencionados requisitos, no obstante su concesión por el tribunal *ad quem*, medie o no reclamo de parte (conf. Ibáñez Frocham, M. “Tratado de los Recursos en el Proceso civil”, p. 371). Por ello, cuadra investigar si los argumentos expuestos en el escrito recursivo resultan atendibles para abrir la casación, y verificar si en el memorial en cuestión se satisfacen las exigencias requeridas por los arts. 276 y 280 del Cód. Proc. Civ. y Comercial, aplicables por remisión del art. 140 del CPL. Uno de los requisitos de admisibilidad que habilitan la procedencia de los recursos extraordinarios, aquí el de inaplicabilidad de ley, es en primer término si el fallo recurrido se trata de una “sentencia definitiva”, recaudo este, que conforme a las consideraciones que realizo infra, advierto en este caso.

IV.1.1.- En orden a la admisibilidad formal del recurso, en lo tocante a lo que debe entenderse por “sentencia definitiva”, es dable señalar que esta Sala con sus distintas integraciones ha resuelto que: “no son definitivas a los fines del recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley las resoluciones de aquellas cuestiones que puedan surgir durante la sustanciación o ejecución de sentencia, las que deben terminar en los Tribunales Ordinarios” (cfr. “Merlini, Eugenio S. y otro c. Carbó Soda SRL - Ejecución de Sentencia y Honorarios - recurso de queja por denegatoria del de inaplicabilidad de ley interpuesto por el Dr. José María Raiteri”, LAS 09/11/1999). Y que, no reviste el carácter de sentencia definitiva la resolución de la cámara por la cual se dispone el levantamiento del embargo trabado con motivo de la ejecución de la sentencia (cfr. “Lucero, César O. c. Estrada Reynaldo - Cobro de pesos - recurso de queja por denegatoria del de inaplicabilidad de ley interpuesto por el Dr. Ricardo Pedro Minni”, LAS 23/04/1998).

Sin perjuicio de ello también he de advertir, que en anteriores pronunciamientos he señalado que el concepto de sentencia definitiva debe ser vinculado al de la irreparabilidad del perjuicio que la misma ocasiona, destacando —en tal sentido— que una reiterada jurisprudencia de la CSJN ha conferido el carácter de sentencias definitivas a aquellas que “ponen fin al pleito, impiden su continuación o causan un agravio de imposible o insuficiente reparación ulterior” (Fallos: 257:187; 266:47; 298:113; 300:1136; 303:1040; 304:429; 308:1271; 312:2348, entre muchos otros) y que dentro de tal concepto, se incluyen las sentencias que tienen aptitud de adquirir eficacia de cosa juzgada material y también, aquellas resoluciones que, sin agotar la totalidad de las etapas procesales, privan al interesado de toda posibilidad de una ulterior tutela judicial, produciendo el efecto de terminar la litis, haciendo imposible su continuación. En esta última

hipótesis, dos son las notas que permiten determinar si una resolución judicial reviste el carácter de definitiva: el efecto que producen con relación al proceso y la irreparabilidad del perjuicio que ocasionan, esto último, en el sentido de privar al recurrente de otra vía jurídica para solucionar su agravio, de modo que si la cuestión puede renovarse en otra oportunidad procesal o en otro juicio no hay razón para conceder el recurso extraordinario (“Villar, Daniel H. c. Frigorífico de Aves Soychú SA - Cobro de Pesos - Apelación de Sentencia y Resolución - recurso de inaplicabilidad de ley”, LAS 24/10/2007).

Es decir, aquellos criterios, reconocen excepciones y ellas están vinculadas a la posibilidad de que como consecuencia inmediata de la medida decretada —en este caso que se haya dejado sin efecto la decisión de reducción de medida cautelar dispuesta por el *a quo*, con relación al crédito ejecutado—, se produzcan daños irreparables.

En consecuencia, entiendo que es necesario que surja de las constancias obrantes en autos que se presenta tal extremo.

A la luz de dicha doctrina entiendo que la sentencia que aquí se combate exhibe los caracteres que esta Sala ha exigido a los fines de equipararla al concepto de “sentencia definitiva”, toda vez que la cuestión que allí se decide no podrá ser renovada en otra oportunidad procesal, lo que es susceptible de ocasionar un perjuicio irreparable a los impugnantes y esto último, en el sentido de privar al recurrente de otra vía jurídica para solucionar su agravio contra dicha medida.

Sin perjuicio de ello, estimo que el recurso articulado no puede prosperar. Ello, por las razones que seguidamente explico.

IV.2.- En primer lugar, porque cabe recordar de modo liminar que el recurso de inaplicabilidad de ley constituye un remedio excepcional cuya única misión es juzgar sobre la legalidad de la sentencia, asegurando la correcta aplicación de la ley a los hechos definitivamente juzgados por la Cámara.

Y que, la fundamentación del recurso de inaplicabilidad de ley constituye la cuña que busca romper el dispositivo sentencial, y para que esta tarea sea exitosa, el escrito postulatorio tiene que estar correctamente redactado, debe consistir en una crítica —razonada, meditada, concreta y precisa— del decisorio que causa los agravios (cfr. Hitters, Juan Carlos, “Técnica de los recursos extraordinarios y de la casación”, Librería Editora Platense SRL, 2ª ed., 1998, p. 594) y ello porque debe bastarse a sí mismo, siendo insuficiente si en su contenido no se determina en forma clara, precisa y concreta cuál es el dispositivo legal o

doctrina violados o erróneamente aplicados y en qué consiste la violación o el error en relación a los argumentos que conforman el sustento del fallo impugnado (art. 280 del CPCC en función del art. 140 del CPL).

Asimismo explícito —lo que tiene dicho en reiteradas oportunidades esta Sala— que todo lo relativo a cuestiones fácticas y probatorias así como la interpretación de los escritos judiciales, son de resorte exclusivo de los tribunales de mérito y, como tales, irrevisables en casación y que tal principio es susceptible de ceder por vía de la doctrina de la arbitrariedad, toda vez que con la misma —y al decir del

Alto Tribunal Federal— se tiende a resguardar la garantía de la defensa en juicio y el debido proceso, al exigirse que las sentencias sean fundadas y constituyan una derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las constancias comprobadas de la causa (CSJN, JA, 1998-III-39).

En el caso, la recurrente —no obstante que denuncia vulnerada normas— pivotea todo su planteo en torno al art. 269 del CPCER, y si bien intenta abrir la presente instancia casatoria denunciando el vicio de arbitrariedad —incongruencia— es fácil colegir que su argumentación se dirige exclusivamente a los fines de obtener así una nueva reconstrucción fáctica del caso y lo cierto es que, a la hora de fundamentar su queja, la misma se presenta —conforme a las consideraciones que realizaré infra— insuficiente para demostrar los vicios denunciados, pues no logra acreditar la arbitrariedad de la sentencia por absurdidad en la valoración de la prueba o por encuadrar en alguno de los diversos supuestos de arbitrariedad que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha ido acuñando para descalificar aquellos fallos que no resulten válidos como actos jurisdiccionales, al no ser una derivación razonada del derecho vigente acorde con las constancias comprobadas de la causa (esta Sala, entre otros, *in re*: “Ricle, Gilberto M. c. La Costera Criolla SRL - Accidente de trabajo - recurso de inaplicabilidad de ley”, LAS 28/08/2000).

También se ha sostenido que al absurdo se lo caracteriza como el error grave y ostensible que se comete en la conceptualización, juicio o raciocinio al analizar, interpretar o valorar las pruebas, o los hechos que han sido afirmados, como tergiversación de las reglas de la sana crítica en violación de las normas procesales aplicables, de todo lo cual resulta una conclusión contradictoria e incoherente en el orden lógico-formal, e insostenible en la discriminación axiológica (“Riera, Abel J. c. Transp. Fluviales del Litoral SRL - Cobro de pesos - recurso de inaplicabilidad de ley”, LAS 28/11/1996).

Tal vicio de la sentencia debe ser invocado expresamente y además, debidamente demostrado, resultando imprescindible acreditar que la operación intelectual desarrollada en el proceso de formación de la sentencia, carece de bases aceptables con arreglo a los preceptos que gobiernan la valoración de la prueba; así concebido, constituye un remedio de excepción y como tal, de interpretación y aplicación restrictiva, de modo que solo excepcionalmente puede llegarse —por vía de casación— a reconsiderar la apreciación que de la prueba ha sido efectuada por los jueces de mérito y ello, en el caso extraordinario de que las reglas de la sana crítica sean vulneradas al extremo de absurdo evidente (esta Sala, *in re* “Díaz, Noelia D. c. Spizirri, Gustavo M. y otra - Sociedad de Hecho - Dif. de Sueldos e Indemnizaciones - recurso de inaplicabilidad de ley”, LAS 23/10/1989).

IV.2.1.- Examinando el sub iudice a la luz de tales pautas, considero que el embate casatorio del recurrente —tal como lo adelantara— no ha de prosperar.

El tribunal de mérito analizó el nudo de la controversia y dejó sin efecto la decisión de reducción de la medida cautelar dispuesta a fs. 53/54, partiendo de que los créditos ejecutados son post concursales —no alcanzados por el concurso preventivo—; y que el *a quo*, con antelación al dictado del decisorio apelado, rechazó el pedido de levantamiento de embargo que le realizara el concursado, por considerar improcedente su planteo; para luego —en el fallo recurrido y puesto a su consideración—, “...de modo contradictorio con aquello, dispone el levantamiento de embargo trabado sobre uno de los bienes a instancias del juez concursal...”; proceder que considera inaceptable, porque “...es vital el mantenimiento de una orientación que asegure a los justiciables un juzgamiento conforme pautas uniformemente adoptadas en la totalidad de su curso...”. Señalando, también mediante remisión a fallos, que debió apartarse de las medidas solicitadas, por el Juez del Concurso, porque conlleva a “...revisar lo dispuesto por él en un juicio sujeto a su jurisdicción o declinar las facultades que para la dirección y decisión de este resultan de ese sometimiento. La tesis contraria equivaldría a convertir a un magistrado de un Estado autónomo en subordinado del que hubiera librado la rogatoria” (CSJN *in re* “Banco Español del Río de La Plata Ltda. SA c. Puntual SACIFIA”, del 21/07/1981...)” (cfr. fallo en crisis, fojas 92 vta. y 93).

A la luz de lo así resuelto, he de señalar que, la apelación devuelve al superior la plenitud de la jurisdicción en orden al objeto litigioso, puede resolver sobre los hechos y su prueba y sobre el derecho con las mismas posibilidades que el *a quo*, no existiendo en este punto y tal como lo pretende el recurrente violación al principio de congruencia, por cuanto el art. 269 del

Cód. Proc. Civ. y Comercial, aplicable al proceso laboral en virtud de la expresa remisión formulada en el art. 133 del CPL bajo el título “Poderes del Tribunal” dispone, en lo pertinente, que: “El tribunal no podrá fallar sobre capítulos no propuestos a la decisión del juez de primera instancia...”

Esto quiere significar que la competencia funcional del tribunal de alzada, en cuanto órgano revisor, está sujeta a una doble limitación en orden a su necesaria congruencia: a) por un lado, solo puede examinar el foco litigioso planteado en primera instancia, y que no es otro que el que resulta de la relación procesal allí trabada; de ahí que —como principio— queda vedado a la Cámara tratar argumentos, planteamientos o defensas no propuestas en los escritos constitutivos de la litis (demanda y contestación) y, b) por el otro, está sujeto a la propia limitación que el apelante haya impuesto a su recurso, siendo la expresión de agravios la que señala el marco de la competencia del tribunal, no pudiendo este resolver de oficio cuestiones ajenas a las planteadas en la impugnación, o respecto de las cuales no hubiere recaído sentencia de primera instancia; o dicho en otros términos, la Cámara puede abrir sus compuertas cognoscitivas en la medida del agravio traído por el quejoso que, de ese modo, le fija indeleblemente los limbos dentro de los cuales debe moverse el organismo *ad quem*; límite este, expresado a través el aforismo *tantum devolutum quantum appellatum* (cfr. Hitters, Juan Carlos, “Técnica de los recursos ordinarios”, L. Editora Platense SRL, p. 387 y ss.; Fenochietto-Arazi, “Código procesal civil y comercial de la Nación, comentado y concordado...”, Astrea, 1985, Tomo 1, ps. 851/2); también si bien es cierto que la cámara debe juzgar el foco litigioso sin trastocar el cuadro original que tuvo el juez de primera instancia, ello será en tanto no sucedan ciertos acontecimientos como los aquí señalados por la Cámara en orden a la incorrecta actuación procesal del *a quo*, que alteran ese cuadro prístino, ya que si eso sucede el Tribunal de grado no puede ignorarlos.

Asimismo, existe consenso en la doctrina en que la concesión del recurso de apelación “devuelve” al superior la plenitud de la jurisdicción en orden al objeto litigioso, siempre claro está, a condición de que se respeten las cortapisas ya enunciadas. Esto significa, que puede resolver sobre los hechos y su prueba y sobre el derecho con las mismas posibilidades que el *a quo*; de suerte tal que puede confirmar, reformar en todo o en parte, o sustituir la sentencia recurrida, y a dichas soluciones puede arribar a través de motivos propios o que concuerden con los del pronunciamiento en revisión, esto es, está potenciado para utilizar la motivación del in ferior, ampliarla o reformarla a su manera, siempre y cuando cumplimente con su deber de fundar (es decir, expresar y exponer razonadamente los sustentos de la sentencia que expida), y siempre que la cuestión fácti-

ca que revisa haya sido planteada en primera instancia (en tal sentido, Morello-Sosa-Berizonce, “Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la prov. de Bs. As. y de la Nación”, comentados y anotados, Tomo III, ps. 100 y ss.; Hitters, Juan Carlos, obra cit., ps. 393 y ss.; Fenochietto-Arazi, obra cit., Tomo 1, ps. 851/2).

Se observa que la recurrente denuncia que la Cámara realizó un infundado e irracional fallo, lo cual a la luz de lo antes expuesto no deja de ser una mera alegación de arbitrariedad, en tanto el pronunciamiento puesto en crisis, cuenta con fundamentos que le confieren valor como acto judicial. La doctrina de la arbitrariedad requiere, para su procedencia, que las resoluciones recurridas prescindan inequívocamente de la solución legal prevista para el caso o adolezcan de una manifiesta falta de fundamentación, lo cual inadvierto en este caso.

La recurrente no tiene en cuenta los términos de la sentencia que pone en crisis, puesto que deja de lado, como ignorando su fundamentación, dicho de otra manera: sus agravios no resultan ser contra la sentencia, sino reclamando la aplicación de una norma sin indicar en medida alguna el equívoco de los fundamentos de la sentencia, incumpliendo así con los requisitos de admisibilidad impuestos.

La crítica no es aquella que se limita a repetir argumentos expuestos con antelación, tampoco alcanza con exponer un razonamiento discrepante como lo hace en su memorial el recurrente. Dicho así, entiendo que la expresión de agravios que vengo a rechazar no constituye una argumentación idónea ya que solo de manera imprecisa y repetitiva, se limita a reiterar expresiones ya formuladas, y a tergiversar la estructura del fallo que pone en crisis. Discutir el criterio de valoración judicial, o pretender introducir lo que no dice la sentencia o debiera haber dicho, sin apoyar la oposición o dar base jurídica a un enfoque distinto, no es expresar agravios

La expresión de agravios, como acto procesal, no alcanza con el quantum discursivo sino que la *qualite* hace a la esencia de la crítica razonada, por lo tanto, no basta con disentir con el pronunciamiento, pues disentir no es criticar de modo tal que el recurso debe bastarse a sí mismo. En consecuencia tanto los disensos subjetivos como la exposición retórica de la posibilidad de haberse interpretado las pretensiones o sus defensas de modo distinto al llegado por el *ad quem*, si bien constituye características propias del debate dialéctico, no lo son de la impugnación judicial que se pretende.

Tal conclusión torna abstracto el examen del resto de la faceta de su recurso atinente a rebatir los planteos —no abordados por los sentenciantes— del apelante.

En cuanto a la valoración dada a las constancias probatorias de la causa, aclaro que no se advierte extralimitación ni absurdidad de naturaleza alguna en la valoración ontológica que hiciera la Cámara, ni se ha logrado demostrar apartamiento alguno de las reglas de la sana crítica racional.

En suma, la impugnación en estudio no logra superar el valladar formal de admisibilidad exigido en virtud del carácter extraordinario de la presente vía recursiva, por lo que esta Sala se halla impedida de penetrar en la temática que de ordinario le es ajena. En este sentido, la doctrina ha dicho que "Para que el proceso impugnativo llegue a feliz término debe perforar por lo menos dos membranas, una formal y otra sustancial; ello significa que tiene que satisfacer los requisitos de admisibilidad y los de procedencia, ya que si cualquiera de ellos falta, la vía resulta frustrada, por devenir inadmisibles o por ser improcedentes..." (cfr. Hitters, Juan Carlos, obra cit., p. 182).

V. Por todo lo expuesto, me pronuncio por el rechazo del recurso interpuesto por la parte demandada. Sin costas al perdidoso por no haber mediado contención. Así voto.

El doctor *Salduna* dijo:

Que adhiere al precedente voto por iguales fundamentos.

El doctor *Carlomagno* dijo:

Que en razón de existir coincidencia en los votos precedentes, hace uso de la potestad de abstención que le otorga el art. 33 *in fine* de la LOPJ 6902.

Por los fundamentos del acuerdo que antecede se resuelve: Rechazar el recurso de inaplicabilidad de ley interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de fs. 92/94, sin costas por no mediar contención. Regístrese, notifíquese y oportunamente bajen. — *Susana Medina*. — *Germán R. F. Carlomagno*. — *Bernardo I. R. Salduna*.

EJECUCIÓN DE CRÉDITOS POSCONCURSALES

Reducción de la medida cautelar. Contradicción. Facultades del juez exhortado. Revocación de sentencia.

Con nota de Ángel Luis Moia

Corresponde dejar sin efecto la decisión de reducción de la medida cautelar dispuesta, pues, con anterioridad, el juzgado laboral de origen

resolvió que el concurso no resulta oponible a los actores ejecutantes por no estar los créditos ejecutados alcanzados por aquel y que por tal motivo no podía acceder al levantamiento de la cautelar sobre los bienes embargados; mientras que ahora, de modo contradictorio con aquello, dispone el levantamiento de embargo trabado sobre uno de los bienes a instancias del juez concursal.

C3aTrab., Paraná, 21/09/2018. - Aceitera del Litoral SA - Concurso preventivo S - oficios y exhortos s/ sentencias interlocutorias autos.

[Cita on line: AR/JUR/92059/2018]

COSTAS

Se imponen a la apelada vencida.

Expte. N° 0913

2ª Instancia. - Paraná, septiembre 21 de 2018.

¿Qué decidir acerca del recurso?

A la cuestión el doctor *Matorras* dijo:

Se apela la decisión de fs. 53/54 a través de la cual se dispone reducir la medida cautelar dispuesta en los autos de ejecución de sentencia y honorarios, dictada a consecuencia de la recepción del oficio Ley 22.172 venido del Juzgado de Primera Instancia Civil, Comercial y de Minas N° 2 de la Primera Circunscripción de la Provincia de San Luis, donde tramita el concurso preventivo de la aquí accionada (cfr. fs. 1/2 de autos).

Arriba no objetada a esta instancia, la calidad de postconcursoales de los créditos que han sido objeto de ejecución. Dicha condición de postconcursoal es referida en la resolución transcrita en la comunicación oficiatoria de mención (cfr. fs. 1 vta.).

En los autos: "Van Opstal, Italo G. y otros - 32 actores c. Aceitera del Litoral SA - homologación de convenio s/ ejecución de convenio (y ejecución de honorarios)" Expte. 1534, se presentó la ejecutada - concursada - impetrando el "levantamiento de todos los embargos trabados" (cfr. fs. 67/68 vta. de los citados actuados por cuerda anexados).

Tal petición fue desestimada por el Juzgado por considerar que "...asiste razón a la ejecutante en cuanto a que... es improcedente el planteo efectuado en relación al concurso ya que, de las constancias arriadas surge que los créditos son post concursoales deviniendo inoponible a los actores dicho trámite y que es inaplicable el art. 261 inc. 1° del Cód. Proc. Civ.

y Comercial por no ser el inmueble un bien indispensable para el cumplimiento de su objetivo, sin perjuicio que la propia presentante reconoce que hace dos años se encuentra inactiva” (sic fs. 79 vta./80).

Mediante la resolución ahora apelada, se ordena levantar la cautelar trabada sobre uno de los bienes embargados.

O sea, con anterioridad, el juzgado laboral de origen resolvió que el concurso no resulta oponible a los actores ejecutantes por no estar los créditos ejecutados alcanzados por aquel y que por tal motivo no podía acceder al levantamiento de la cautelar sobre los bienes embargados, lo cual así decidió ante petición directa formulada por la concursada; mientras que ahora, de modo contradictorio con aquello, dispone el levantamiento de embargo trabado sobre uno de los bienes a instancias del juez concursal.

En torno a ello ha sido entendido *mutatis mutandis*, que “resultan atendibles los agravios del apelante, en cuanto el tribunal local ordinario limitó la extensión del material probatorio propuesto por la actora con sustento en una interpretación restringida de las cuestiones admisibles en esta litis, que en la sentencia definitiva se abandona para emitir un pronunciamiento solo compatible con un criterio amplio de su contenido... Que ello es así porque, si bien es cierto que los jueces gozan de amplias facultades para seleccionar los criterios generales más adecuados para el juzgamiento de cada caso concreto, el ejercicio de esas potestades excluye una utilización errática de los mismos... Que esa situación es la que se produce en este litigio, en el cual el *a quo* ha limitado la producción de ciertas medidas de prueba mediante la aplicación estricta del principio que las restringe... y luego, al dictar sentencia, funda el pronunciamiento en un criterio amplio... Que este proceder es inaceptable, pues... es vital el mantenimiento de una orientación que asegure a los justiciables un juzgamiento conforme pautas uniformemente adoptadas en la totalidad de su curso, pues de otro modo el proceso civil podría convertirse en el vehículo de ritos caprichosos, frus-

tratorio de la finalidad de afianzar la justicia que es meta última de toda la actividad judicial” (CSJN, *in re* “Cúneo Libarona, Angel c. Andrilli de Cúneo Libarona, María”, 25/02/1992).

Por tanto, “..el juez exhortado no puede cuestionar la procedencia de las medidas solicitadas,... solo... ‘en el caso de requerimientos que no impliquen revisar lo dispuesto por él en un juicio sujeto a su jurisdicción o declinar las facultades que para la dirección y decisión de este resultan de ese sometimiento. La tesis contraria equivaldría a convertir a un magistrado de un Estado autónomo en subordinado del que hubiera librado la rogatoria” (CSJN *in re* “Banco Español del Río de La Plata Ltda. SA c. Puntual SACIFIA”, del 21/07/1981).

Consecuentemente, corresponde dejar sin efecto la decisión de reducción de medida cautelar dispuesta a fs. 53/54, con costas a la apelada vencida (art. 65 y 66 Cód. Proc. Civ. y Comercial por imperio art. 141 CPL).

Así voto.

El doctor *Federik* dijo:

Adhiero a la solución propuesta por el doctor *Matorras* en el voto que antecede.

El doctor *Bonabotta* dijo:

Siendo coincidentes los votos que anteceden y haciendo uso de la facultad otorgada por el art. 47 LOT, modificada por Ley 9234, me abstengo de emitir voto.

Visto los fundamentos del acuerdo que antecede, se resuelve: 1) Dejar sin efecto la decisión de reducción de medida cautelar dispuesta a fs. 53/54, con costas a la apelada vencida (art. 65 y 66 Cód. Proc. Civ. y Comercial por imperio art. 141 CPL). Regístrese, notifíquese a las partes y, en estado, bajen. — *Emilio L. Matorras*. — *Guillermo L. Federik*. — *Guillermo F. Bonabotta* (abstención).

Repensar los límites de la concursalidad y la colaboración judicial interjurisdiccional

Reflexiones sobre las facultades judiciales en el concurso en tiempos de transición

Ángel Luis Moia

Sumario: I. Los antecedentes del caso.— II. Las facultades del juez concursal.— III. Los límites de la cooperación judicial y el cumplimiento de los exhortos, ley 22.172.— IV. Reflexiones finales.

I. Los antecedentes del caso

El Juzgado del Trabajo N° 1 de la ciudad de Paraná, en el que tramita la ejecución de un convenio, recibe un “exhorto ley 22.172” del Juzgado Civil de la provincia de San Luis en el que tramita el concurso preventivo de la empleadora ejecutada. En él se ordenaba la suspensión del proceso de ejecución, a la vez que se requería la tasación de los bienes a subastar. En función de esta tasación se debían reducir los embargos respectivos hasta la cifra necesaria para cubrir estrictamente los créditos de los ejecutantes, a la sazón posconcursoales.

Según las tasaciones, los bienes superaban ampliamente los créditos, razón por la cual la jueza de grado dispuso el levantamiento de los embargos sobre la planta fabril, previa sustanciación.

La decisión es recurrida por los embargantes y la sala 2ª de la Cámara de Apelaciones del Trabajo de Paraná acoge el recurso y deja sin efecto la reducción del embargo dispuesta en primera instancia.

La mayoría del tribunal hace mérito a la condición de posconcursoales de las acreencias laborales en ejecución, situación que está reconocida en el exhorto diligenciado. A partir de

esto considera que la situación concursal de la ejecutada resulta inoponible a los trabajadores embargantes. A su vez, se meritúa una contradicción en el curso del trámite de la ejecución. Con anterioridad la ejecutada había solicitado el levantamiento de las medidas que pesaban sobre los inmuebles con fundamento en las normas procesales comunes, lo que fue rechazado. Expresaba, entonces, la jueza de grado que dado que la misma ejecutada reconoció que hacía más de dos años la planta industrial estaba paralizada, no podía considerársela como un bien esencial para el cumplimiento de su objeto social. Sin embargo, ahora se disponía, sin más, el levantamiento de los embargos.

Con citas de la Corte Suprema, la Cámara reconoce como límites a las potestades del juez exhortante las propias decisiones previas del juez exhortado y su misma función, como magistrado.

El ejecutado planteó el recurso de inaplicabilidad de ley, que resulta rechazado por la sala del Trabajo del Superior Tribunal.

Se trata de un singular caso en el que se analizan aristas relevantes de la concursalidad. Tanto las facultades del juez concursal como las potestades del juez que recibe un exhorto para

la realización de medidas dispuestas por otro magistrado se conjugan en la sentencia en estudio. Son herramientas de cotidiana aplicación ante la dispersión de la actividad económica de los empresarios en concurso que raramente han sido abordadas en su funcionamiento por los tribunales.

El fallo resulta una ocasión propicia para reflexionar sobre la integración de las normas procesales comunes y las concursales, en el seno del replanteo que esta última materia experimenta.

II. Las facultades del juez concursal

Uno de los temas medulares del fallo anotado es el ámbito de actuación del juez concursal. En las dos instancias de revisión se valora la posibilidad de que un juez ajeno al proceso de ejecución incida en su curso. Se trata de un tema clásico en lo procesal, que cuenta con respuestas expresas en la ley concursal, según la naturaleza universal del proceso. Así, por ejemplo, el art. 21 de la LCQ prevé las repercusiones que la apertura del concurso preventivo produce en los procesos en curso derivados de obligaciones de causa o título anterior a la presentación de este.

El presupuesto objetivo de los concursos supone una estrecha vinculación con el incumplimiento obligacional, que, visto de modo aislado, activa las vías procesales para que el acreedor insatisfecho reclame por su derecho. De suyo que la lógica de lo concursal exige dotar de armonía las medidas individuales, solo pensadas para satisfacer el interés singular del reclamante, con la realidad de impotencia patrimonial que afecta a todos los acreedores (arg. art. 1º, LCQ).

En los últimos tiempos, el diálogo entre lo procesal y lo concursal ha contribuido a avanzar en la consideración de soluciones para nuevos problemas (1), redimensionando herramientas clásicas en las que abrevan notables innovaciones.

II.1. La extensión de la concursabilidad y las facultades judiciales

La universalidad propia de los procesos concursales (arg. art. 1º, LCQ) involucra en su di-

námica a los créditos contra el concursado de causa o título anterior a la presentación de la demanda concursal. De este modo se produce un recorte que afirma el principio de unidad de jurisdicción para tratar ante un único magistrado las vicisitudes de esas acreencias (2).

A partir de esta consideración, clásicamente se acotó la actuación judicial concursal a ese conjunto determinado de créditos. El hito de la presentación de la demanda de concurso fractura el patrimonio del deudor, sometiendo al juez del concurso a las relaciones jurídicas originadas con anterioridad. Allí el juez concursal es soberano, lo que se traduce en el fuero de atracción. Ahora bien, esta lectura plantea el interrogante sobre la posibilidad que el juez del concurso adopte decisiones sobre cuestiones sobrevinientes, o sobre créditos originados con posterioridad.

El instrumento apto para viabilizar estas innovaciones ha sido el de las medidas precautorias y la tutela de urgencia. Allí se ha flexibilizado el tradicional prurito sobre la posibilidad de que un juez interfiera en el curso de un trámite radicado en otra sede.

Como correlato de esto, el sistema de previsiones cautelares de la Ley de Concursos se ordena según aquella división. Según el pormenorizado estudio de Ricardo Prono (3), en los tres escenarios posibles que regula la ley se han incluido disposiciones precautorias específicas pensadas en la preservación de la integridad del patrimonio del deudor desde la perspectiva de los créditos concurrentes.

En una segunda etapa el autor referido analiza las cautelares y los requerimientos urgentes no mencionados específicamente en la Ley de Concursos (4). Estos nuevos horizontes nacen de las facultades inherentes a la función judicial (5), impregnados de la particular identidad

(2) ALEGRIA, Héctor, "Algunas cuestiones de derecho concursal", Ed. Astrea, Buenos Aires, 1975.

(3) PRONO, Ricardo S., "Derecho concursal procesal", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2018, ps. 625-654.

(4) *Ibid.*, ps. 630-659.

(5) Fallos 334:1.691; 326:2.503, entre otros.

(1) MORELLO, Augusto M., "Visión procesal de los concursos", JA 1992-II-663.

del fuero concursal (6). En este cometido, como lo resume Prono, “en la adopción de estas medidas precautorias innominadas o ajenas a las mencionadas expresamente por el legislador, el juez del concurso habrá de seguir un criterio prudente, atendiendo siempre y cuidadosamente las singularidades propias del caso a resolver” (7).

En la resolución del caso analizado tuvo gravitante importancia la catalogación de los créditos por los que se llevaba adelante la ejecución como posteriores a la presentación del pedido de formación del concurso preventivo. Como sostiene la vocal Medina, esto implica que estos no se encuentran alcanzados por el concurso. Es decir, resultan ajenos a los efectos de la concursalidad.

Paralelamente, la disposición comunicada al juez local carece de todo fundamento que la justifique como una medida urgente, especialmente considerando que los bienes a subastar se encontraban ociosos. De la lectura del relato de los antecedentes de la causa surge con claridad que los trabajadores habían embargado un inmueble que no resultaba “un bien indispensable para el cumplimiento de su objetivo, sin perjuicio que la propia presentante, reconoce que hace dos años se encuentra inactiva”.

A su vez, y como ha sido materia de tratamiento en precedentes locales (8), la adopción de este tipo de decisiones importa una carga argumentativa agravada que las legitime. Según las constancias de la causa, el requerimiento diligenciado se agotaba en la mera orden de restringir el embargo, sin considerar la incidencia de la subasta en los montos a obtener.

(6) En su estudio sobre el tema expresa Baracat que el sistema cautelar común debe ser aplicado de conformidad con la orientación material del régimen concursal, lo que implica un ajuste a la finalidad del proceso mismo. En el caso del concurso preventivo, la reorganización del pasivo y la optimización del activo son pautas que deben presidir la decisión judicial, sin sacrificar irrazonablemente los derechos de los acreedores (BARACAT, Edgar J., “Medidas cautelares en los concursos”, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009, ps. 33-40).

(7) PRONO, Ricardo S., ob. cit., p. 659.

(8) JCiv. y Com. N° 4 Paraná, 23.8306, “Sagemuller SA s/ concurso preventivo”, expte. 13.863.

II.2. Una nueva tendencia en el ámbito del concurso preventivo

Los claros y rígidos límites de la competencia concursal se han ido reperfilando en las propuestas de la doctrina. A la tradicional circunscripción del obrar del magistrado concursal únicamente a los créditos concurrentes se le ha sumado la propuesta de la tutela de las vías de financiamiento del concursado.

II.2.a. La tutela de la dinámica económica del concursado

En el último Congreso Argentino de Derecho Concursal sostuvo Favier Dubois (9) que, ante la falta de un mercado secundario que permita una más eficaz cobertura de las acreencias laborales, por ejemplo, debe considerarse primordialmente la tutela de la empresa. Así, expresó, “tenemos una paradoja que es una especie de *fresh money* involuntario. Que se vincula con el art. 21, LCQ, cuando una empresa sufre embargos sucesivos de la AFIP o de los créditos laborales, entra en concurso preventivo y cumplidos los recaudos legales, o antes, consigue que estos fondos se los devuelvan, y de pronto sufre como una euforia, bueno, un *fresh money* a la argentina, es involuntario, pero esto ayuda”.

Más adelante, ya en el escenario concursal, apunta que “en segundo lugar, debemos proteger la desfinanciación. Debemos ‘cuidar la caja’, y sigo insistiendo, tenemos que proteger la caja con medidas cautelares concursales y con distintos mecanismos para que esta caja pueda seguir”.

En el mismo certamen científico, en la conferencia de cierre, Héctor Alegria trató otros aspectos de la misma temática al abordar la conservación de la empresa útil. Expresó así que “el mismo legislador debería volver sobre su criatura y completarla con las otras herramientas que permiten que una empresa se recupere y no solo sobre bases teóricas, sino mejorando su tecnología, las vías de acceso a los mercados nacionales o internacionales, los convenios laborales

(9) Intervención del Prof. Eduardo M. Favier Dubois en el panel “El financiamiento de la empresa en crisis”, en X Congreso Argentino de Derecho Concursal y VIII Congreso Iberoamericano de la Insolvencia, *Libro de ponencias*, t. 4 UNL, Santa Fe, 2019, p. 83.

adecuados al fin, su financiamiento, etcétera. Los jueces también deben conocer la empresa que tienen entre manos. Claro está que convocarán a expertos especializados para formar su propio criterio. En este sentido el juez concursal tiene un rol más activo y decisorio que el magistrado de otras áreas” (10).

Como se deriva de estos extractos, la magistratura concursal no solo está llamada a decidir en función de la historia que precedió al pedido de apertura del concurso preventivo. La necesidad de acompañar la recuperación del concursado en el trayecto reorganizativo redefine el rol del juez concursal, postulando el franqueamiento de la frontera hasta ahora absoluta de la fecha de presentación del concurso preventivo.

A diferencia de la tradicional falencia, el curso del proceso saneatorio requiere de una disponibilidad de fondos que puede tornarse ilusoria en nuestro contexto actual. Las altas tasas bancarias, así como la exclusión del concursado de cualquier posibilidad de financiamiento configuran un escenario que agrava las de por sí graves consecuencias de la cesación de pagos.

Esta realidad trasciende el campo del derecho de crisis. En lo procesal, terreno fértil para la adopción de medidas que eviten una indebida agresión patrimonial sobre el deudor, la creatividad forense ha generado nuevas variantes. Así surgieron las medidas anticautelares, como solución excepcional que equilibra la situación del deudor con las facultades que el ordenamiento le reconoce al acreedor (arts. 730 y ccds., Cód. Civ. y Com.).

Estos nuevos horizontes de la preservación empresaria no deben entenderse como la enervación del contenido esencial del derecho creditorio (11), cuya alteración implicaría la desnaturalización de una herramienta esencial de la economía. La inhibición absoluta de las posibilidades de reclamo del acreedor resultaría una postulación inconstitucional por definición.

(10) Conferencia de clausura del X Congreso Argentino de Derecho Concursal y VIII Congreso Iberoamericano de la Insolvencia, ob. cit., p. 111.

(11) WAYAR, Ernesto C., "Obligaciones en general según el Código Civil y Comercial de la Nación", Bibliotex, Tucumán, 2019, ps. 143-145; 163-164 y ccds.

El delicado equilibrio entre la preservación de la empresa útil y la propiedad constitucional del acreedor debe ponderarse desde el prisma de los principios que significan a nuestro ordenamiento. En el marco de la buena fe que debe presidir el ejercicio de todo derecho subjetivo (arg. art. 9º, Cód. Civ. y Com.), no puede esterilizarse la posibilidad de cobro del acreedor. Esta disposición general se particulariza en materia de obligaciones, donde el art. 729 determina que tanto el deudor como el acreedor deben obrar con cuidado, previsión y según las exigencias de la buena fe.

II.2.b. Una herramienta innovadora: la medida anticautelar

Explica Peyrano que esta medida “es un orden judicial, materializada mediante el despacho de una autosatisfactiva, que viene a morigerar la libre elección cautelar con que cuenta su destinatario, cuando la selección de una precautoria específica generaría graves perjuicios al requirente y que admite ser reemplazada idóneamente por otra. También es válido describirla como una autosatisfactiva con orientación definida que puede promover el posible destinatario de una cautelar abusiva, por resultar, particularmente perjudicial para el giro de sus negocios (sea en razón de una medida cautelar precisa, sea porque la cautelar en cuestión compromete la libre disposición de ciertos bienes) y ser fácil e idóneamente reemplazable por otra precautoria” (12).

En el ámbito concursal se ha ensayado la implementación de esta herramienta, con dispar acogimiento.

En nuestro medio se rechazó un pedido de genérica inembargabilidad de una cuenta corriente bancaria.

En tal ocasión se dijo que “se trata de la pretensión de enervar las facultades inherentes al derecho de crédito (arg. arts. 730, 243, 745 y ccds., Cód. Civ. y Com.) para facilitar el funcionamiento ordinario de la concursada. Esta situación debe apreciarse con criterio restrictivo, según lo ha fijado nuestro Máximo Tribunal

(12) PEYRANO, Jorge W., "Lo anticautelar", LA LEY, 2013-F-1180.

el pedido resulta inatendible, ya que, el hecho de hallarse la deudora en concurso no genera ventaja alguna con respecto al resto de los comerciantes. El equilibrio de la gestión comercial de la concursada en el giro ordinario hace a la responsabilidad de sus administradores. Así, los arts. 15 y 16, LCQ establecen que solo existen restricciones a tal gestión en función de preservar el patrimonio, sin que se afecte la regular administración de la sociedad ni se alteren sus obligaciones posconcursoales. A esto se suma el contenido de los sucesivos informes sindicales, que dan cuenta de un notable abultamiento del pasivo posconcursoal. Estas deudas incluyen no solo proveedores, sino también deudas salariales y previsionales, lo que contrasta con el relato realizado en el escrito de petición de la medida de inembargabilidad” (13).

En otros supuestos, donde se había acotado el pedido solo a los créditos laborales derivados del giro de la concursada la sala D de la Cámara de Comercio sostuvo: “La autorización para abrir una cuenta bancaria no susceptible de embargos para que allí se deposite toda suma correspondiente a sueldos y contribuciones, cargas sociales y todo impuesto derivado de relaciones laborales, a nombre del medio audiovisual de noticias concursado, debe ser revocada, pues no tiene respaldo legal; no se plantea un conflicto de prelación en el cobro entre créditos de carácter laboral y créditos fiscales, por lo tanto, no puede ser limitado el poder de agresión de los acreedores por causa y título posterior al concurso preventivo estableciéndose cuentas inembargables e incautelables de esta última por parte de aquellos” (14).

La última sentencia referida se encuentra recurrida ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, lo que implica una ocasión provechosa para que nuestro Máximo Tribunal se expida sobre esta nueva especie.

II.3. Un supuesto específico de la ley concursal

Dentro de las herramientas que la ley concursal prevé expresamente se encuentra la po-

(13) JCiv. y Com. N° 9 de Paraná, 04/11/2019, "Cotapa SA s/ concurso preventivo", expte. 2.750.

(14) CNCCom., sala D, 05/02/2019, "Telepiú SA s/ concurso preventivo".

sibilidad, excepcional, por cierto, de suspender provisoriamente los remates y las medidas precautorias que impida el uso por el deudor de la cosa gravada (art. 24, LCQ).

Según esta norma, en casos de necesidad y urgencia evidentes para el concurso, aplicando las pautas valorativas establecidas para la autorización de actos que exceden la normal administración del concursado, se puede paralizar la realización del bien o la indisponibilidad provocada por alguna medida cautelar, solo por noventa días. Plazo este que según la economía de la misma ley deben considerarse hábiles judiciales (arg. art. 273, inc. 2°, LCQ).

La doctrina ha resaltado pacíficamente la excepcionalidad de la medida, lo que se traduce en una estricta y restringida interpretación del precepto (15). En este entendimiento se ha dicho que la carga probatoria que tiene el concursado de acreditar la concurrencia de los extremos legales que habilitan la suspensión de las medidas de realización de los bienes no puede agotarse solo en la continuidad de la operatoria normal de la empresa (16). La concesión, pues, no puede responder al giro normal de la empresa, sino que debe autorizarse solo a partir de una estricta consideración de las circunstancias que se exige.

Una expresión de esta restrictiva aplicación es al común, comprensión de que la franquicia establecida por la norma solo puede solicitarse una única vez en el trámite del concurso. Agotado el plazo legal, por regla, no podrán alterarse nuevamente las facultades del acreedor.

Explican al respecto Junyent Bas y Molina Sandoval que “tampoco podrá solicitarse una nueva suspensión del mismo remate (no es prorrogable), pues importa una elusión indirecta de la norma del art. 24, LCQ, que impone una suspensión máxima de noventa días. Sin perjui-

(15) VÍTOLO, Daniel R., "Ley de Concursos y Quiebras. Doctrina-jurisprudencia", Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2019, p. 144; DI LELLA, Nicolás, "Concurso preventivo", Bibliotex, Tucumán, 2015, p. 521.

(16) CHOMER, Héctor O. (dir.) — FRICK, Pablo D. (coord.), "Ley de Concursos y Quiebras. Ley 24.522. Comentada, anotada y concordada", Ed. Astrea, Buenos Aires, 2016, t. 1, p. 508.

cio de ello, si la suspensión se hubiese otorgado por un plazo menor, la nueva suspensión podría ordenarse por el tiempo restante para completar los noventa días" (17).

En otras palabras, el juez del concurso solo está habilitado para modificar temporalmente el ejercicio de las facultades inherentes al acreedor, sin poderlas alterar de modo permanente. Esto implica que el levantamiento definitivo de medidas cautelares o ejecutivas escapa a las variantes contempladas por la norma.

La orden debatida en el caso anotado resulta por su configuración ajena a este supuesto. Más allá de que la orden de levantamiento de las medidas cautelares era definitiva, no se advierte la concurrencia de los presupuestos específicos de la franquicia temporal analizada, ya que su finalidad es revertir provisoriamente la imposibilidad de utilizar los bienes afectados por estas. En el caso el inmueble a subastar, según reconoció el mismo deudor, hacía dos años que se encontraba en desuso voluntariamente.

III. Los límites de la cooperación judicial y el cumplimiento de los exhortos, ley 22.172

El fallo de sala confirma lo resuelto por la Cámara local en cuanto a las posibilidades del juez exhortado de valorar lo requerido por el juez exhortante.

El diligenciamiento de medidas en extraña jurisdicción es una cuestión cotidiana en la gestión concursal. La dispersión de bienes de un concursado exige de la colaboración de distintas jurisdicciones para la pronta concreción de las medidas esenciales para la preservación de la integridad patrimonial (v.gr., arts. 177 y ccds., LCQ).

Según la literalidad de la ley convenio 22.172, "el tribunal al que se dirige el oficio examinará sus formas y sin juzgar sobre la procedencia de las medidas solicitadas, se limitará a darle cumplimiento dictando las resoluciones necesarias para su total ejecución..." En una primera lec-

tura pareciera que el juez que recibe el requerimiento de un par de extraña jurisdicción se encuentra limitado en sus facultades de decisión sobre la medida, dada la imperatividad empleada por el legislador.

Se deja a salvo en el mismo art. 4º el caso de violación manifiesta del orden público local, en cuyo caso el tribunal que interviene en la concreción de la medida no le dará curso.

El Superior Tribunal reitera la valoración hecha por la Alzada local en cuanto un límite adicional a los establecidos por la ley convenio referida se encuentra en la seguridad jurídica que debe presidir la tramitación de los procesos en general.

En una primera faceta, el curso mismo del trámite resulta un condicionante. En la senda de lo que fijara la Corte Suprema sostuvo el vocal de Cámara Matorras: "si bien es cierto que los jueces gozan de amplias facultades para seleccionar los criterios generales más adecuados para el juzgamiento de cada caso concreto, el ejercicio de esas potestades excluye una utilización errática de los mismos (...). Que esa situación es la que se produce en este litigio, en el cual el *a quo* ha limitado la producción de ciertas medidas de prueba mediante la aplicación estricta del principio que las restringe (...) y luego, al dictar sentencia, funda el pronunciamiento en un criterio amplio (...). Que este proceder es inaceptable, pues (...) es vital el mantenimiento de una orientación que asegure a los justiciables un juzgamiento conforme pautas uniformemente adoptadas en la totalidad de su curso, pues de otro modo el proceso civil podría convertirse en el vehículo de ritos caprichosos, frustratorio de la finalidad de afianzar la justicia que es meta última de toda la actividad judicial".

Resultó dirimente para la revocación de la reducción acogida en primera instancia el hecho de que en la ejecución ya se hubiera rechazado un pedido semejante al que realizara la ejecutada en sede concursal. Este rechazo fue consentido en sede laboral.

En sintonía con este confín a la concreción de los requerimientos diligenciado se adhirió a un inveterado criterio de la Corte Suprema que fija como principio que el juez exhortado no puede

(17) JUNYENT BAS, Francisco — MOLINA SANDOVAL, Carlos, "Ley de Concursos y Quiebras —24.522—. Comentada y actualizada según las leyes 25.589; 26.086 y 26.684", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2013, t. I, p. 242.

cuestionar la procedencia de las medidas solicitadas. Sin embargo, sostuvo la Corte, “solo (...) en el caso de requerimientos que no impliquen revisar lo dispuesto por él en un juicio sujeto a su jurisdicción, o declinar las facultades que para la dirección y decisión de este resultan de ese sometimiento”.

El desconocimiento de esta limitante “equivaldría a convertir a un magistrado de un Estado autónomo en subordinado del que hubiera librado la gatoria”.

Queda claro, entonces, que la gestión de medidas que interfieran en otros procesos, especialmente en aquellos ajenos a la concursabilidad, requiere de un delicado equilibrio que considere las peticiones realizadas en este y su estado. Si bien, como regla, el juez exhortado debe prestar colaboración con el juez concursal, no puede desconocer el tenor de sus propias decisiones.

IV. Reflexiones finales

Compartimos el sentido del fallo anotado, en las dos instancias de revisión. La implementación de estas nuevas herramientas del proceso debe abrirse camino dentro del campo de la razonabilidad y la prudencia.

La concursabilidad vive en estos momentos un replanteo profundo que exige de los operadores jurídicos repensar los instrumentos tradicionales para dar respuesta a nuevos interrogantes que se plantean en la superación de la insolvencia. Como lo señalara tempranamente Ricardo Prono al analizar la incidencia del principio de la conservación de la empresa útil en el régimen concursal, su vigencia implica analizar desde la perspectiva del resguardo de la actividad económica viable cada una de las normas que, remozamiento mediante, fueron pensadas hace más de cincuenta años.

El fallo anotado, en sus diversas instancias, traduce los cuestionamientos que vive el derecho concursal en cuanto conserva como norte la posibilidad de reorganizar el pasivo y el patrimonio del cesante, con miras a una conjunción de intereses que confluyen en el proceso. De este modo, como lo señala el Superior Tribunal, la afectación de los derechos de los acreedores —en el caso particular trabajadores— exige una carga argumentativa calificada, coherente con la intensidad de la afectación que se propone.

El derecho privado patrimonial y el concursal en general están en un proceso de transición, no solo por las recientes reformas, sino por las coyunturas económicas que los interpelan. Al respecto podemos rescatar el valioso diálogo que precedió al cierre del último Congreso de Derecho Concursal, donde Adolfo Rouillón y Marcelo Gebhardt, con el tema de “lineamientos para una futura reforma del régimen concursal argentino”, trazaron un panorama de los nuevos debates que nutren el trasfondo de la sentencia en análisis. El mundo hoy, consignaba Rouillón, no discute sobre el presupuesto objetivo, sino sobre la posibilidad del acceso al proceso concursal y su eficacia.

En igual sentido, Héctor Alegria reflexionó sobre el derrotero del derecho concursal, con crepúsculos y alboradas. Sobre esta senda de repensar las normas y las prácticas transita la decisión que motiva estas líneas.

Así es como se resuelve el rechazo de los requerimientos hechos en extraña jurisdicción, reclamando implícitamente una mayor definición de las razones que justifican la interferencia en otros procesos judiciales. La vigencia del sistema federal califica la aplicación de estas medidas delimitando un margen de apreciación para el juez exhortado.

JURISPRUDENCIA

EJECUCIÓN FISCAL

Quiebra. Fuero de atracción. Conflicto de competencia. Cuestiones a decidir. Conformación de las mayorías.

1. — Resulta improcedente el fuero de atracción de la quiebra de la fallida previsto en los arts. 21 y 132 de la Ley 24.522 de Concursos y Quiebras, y las actuaciones deben permanecer en el juzgado de origen, sin perjuicio del derecho del accionante de verificar la acreencia contra la quebrada en el marco del proceso universal. (Del dictamen del Procurador Fiscal que los Dres. Rosenkrantz, Maqueda y Rosatti hacen suyo).
2. — Los conflictos de competencia suscitados entre magistrados nacionales ordinarios y los magistrados federales que tuviesen asiento en una provincia, como ocurre en el caso, corresponde que sean resueltos por la Corte Suprema. (Del voto de los Dres. Maqueda, Lorenzetti y Rosatti).
3. — Ante la inexorable obligación constitucional que pesa sobre la Corte de decidir los asuntos pendientes, para alcanzar la indispensable mayoría absoluta de votos concordantes de los jueces que la integran que —a fin de dictar una sentencia válida—, se debe escindir el conjunto decisorio en las diversas cuestiones que lo componen en las que no se ha logrado la mayoría, modalidad que permite superar la situación de atolladero institucional que se verifica en el caso.
4. — El art. 21 de la ley 24.522, sustituido por el art. 4° de la ley 26.086, no excluye a los juicios ejecutivos del fuero de atracción del concurso preventivo, razón por la cual aquellos deben quedar radicados ante el juez que entiende en el proceso universal. (Del voto en disidencia de la Dra. Highton de Nolasco según su disidencia en “GCBA c. Asociación Francesa Filantrópica y de Beneficencia”, Fallos: 331:756, AR/JUR/ 1595/2008, al cual remite).
5. — Todos los juicios de contenido patrimonial deben quedar radicados ante el juez que entiende en el proceso universal de conformidad con lo dispuesto por el art. 21, inc. 1°, de la ley 24.522, incluyendo aquellos supuestos en que hubiere recaído sentencia definitiva, pues el juicio atraído ha de ser la razón y fundamento de la pretensión de verificación que pueda llegar a ejercer el acreedor. (Del voto en disidencia del Dr. Lorenzetti según su disidencia

en “GCBA c. Asociación Francesa Filantrópica y de Beneficencia”, Fallos: 331:756, AR/JUR/1595/2008, al cual remite).

6. — Con arreglo a lo previsto en el art. 24, inc. 7°, del decreto-ley 1285/58, el órgano legalmente facultado para dirimir la contienda es la Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata, que reviste la calidad de tribunal de alzada del juez que primero había conocido. (Del voto en disidencia de los Dres. Rosenkrantz y Highton de Nolasco).

CS, 10/12/2020. - AFIP - DGI c. Ecoave SA s/ ejecución fiscal - AFIP.

[Cita on line: AR/JUR/65284/2020]

FMP 4365120171CS1

Suprema Corte:

- I -

El Juzgado Federal N° 2 de Azul, provincia de Buenos Aires, y el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial N° 11, discrepan en torno a su competencia para entender en la presente ejecución fiscal (fs. 71, 72 y 77).

La causa, iniciada ante el Juzgado Federal N° 2 de Azul, fue remitida por su titular al juzgado nacional a cargo de la quiebra de la demandada, decretada el 19 de junio de 2018, con sustento en el fuero de atracción que ejerce el proceso universal —arts. 21 y 132 de la ley 24.522— (fs. 71). Por su parte, el magistrado nacional rechazó la radicación de las actuaciones, alegando que en el juicio mediaba sentencia sobre el fondo, que se encontraba firme, y las devolvió al tribunal de origen (fs. 72).

A su turno, el juez federal mantuvo su postura y elevó los autos a la Corte Suprema, para que resuelva la contienda de competencia (fs. 77).

En esas condiciones, se ha planteado un conflicto negativo que corresponde dirimir al Tribunal, con arreglo al artículo 24, inciso 7°, del decreto-ley 1285/1958, texto según ley 21.708.

- II -

Cabe señalar que en el caso, el magistrado federal de la provincia de Buenos Aires, por sentencia del 2 de agosto de 2017 que se encuentra firme, ordenó llevar adelante la ejecución contra la sociedad demandada por la deuda que se reclama en la ejecución fiscal (fs. 54).

En tales condiciones, opino que resulta improcedente el fuero de atracción de la quiebra de la fallida

previsto en los artículos 21 y 132 de la Ley 24.522 de Concursos y Quiebras, y que las actuaciones deben permanecer en el juzgado de origen, sin perjuicio del derecho del accionante de verificar la acreencia contra la quebrada en el marco del proceso universal (Fallos: 327:457, “Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires”; 331:756, “Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires”; CSJ 1999/2016/CS1, “Administradora Tributaria de la Provincia de Entre Ríos c. Citrícola Ayuí SAAIC s/ ejecutivo”, sentencia del 12 de diciembre de 2017; CSJ 3677/2015/CS1 “Fisco de la Provincia de Bs. As. c. Multipuerto SA. s/apremio” sentencia del 28 de marzo de 2017; y, más recientemente, dictamen de esta Procuración General, del 5 de septiembre de 2018, en autos CSJ 1410/2018/CS1, “GCBA c. Credihora SRL s/ ejecución fiscal”).

- III -

Por lo expuesto, opino que las actuaciones deben quedar radicadas en el Juzgado Federal n° 2 de Azul, provincia de Buenos Aires, al que habrán de remitirse, a sus efectos. Buenos Aires, marzo 13 de 2019. — *Victor Abramovich*.

Competencia FMP 4365/2017/CS1

Buenos Aires, diciembre 10 de 2020.

Considerando:

1°) Que el presente conflicto negativo de competencia suscitado entre el magistrado del Juzgado Federal de Primera Instancia N° 2 de Azul y el titular del Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial N° 11, promueve el examen de dos cuestiones en cuya decisión —tras la deliberación efectuada en el seno de esta Corte Suprema por los cinco miembros que la integran— no concurren las opiniones de los mismos tres jueces del Tribunal.

2°) Que en tales condiciones y ante la inexorable obligación constitucional que pesa sobre esta Corte de decidir los asuntos pendientes, para alcanzar la indispensable mayoría absoluta de votos concordantes de los jueces que la integran que —a fin de dictar una sentencia válida— exige el art. 23 del decreto-ley 1285/1958 (ratificado por ley 14.467), se debe escindir el conjunto decisorio en las diversas cuestiones que lo componen en las que no se ha logrado la mayoría en los términos señalados.

En efecto y frente a situaciones de excepción como la que se verifica en el *sub lite*, dada la imposibilidad de convocar a conjuces al no concurrir ningún supuesto —de recusación, excusación, vacancia o licencia de alguno de los cinco miembros del Tribunal— que autorice dicha integración (decreto-ley citado, art. 22), esta Corte ha procedido bajo la modalidad indicada de resolver escindiendo las cuestiones (Fallos: 319:3085;

322:1100; 324:1411 y 341:1063), pues no hay otro modo de proceder legalmente contemplado que permita superar la situación de atolladero institucional que se verificaría cuando, como en el caso, participan del acuerdo los cinco miembros que legalmente integran el Tribunal y la mayoría absoluta integrada por los mismos jueces o juezas no concordare en la decisión de todas las cuestiones que exigiere la solución del conflicto.

3°) Que bajo tal comprensión, por razones de precisión lógica en el ordenamiento conceptual de las cuestiones de que se trata en este asunto, corresponde determinar —en primer lugar— el órgano que debe dirimir la presente contienda de competencia.

Los señores jueces Maqueda, Lorenzetti y Rosatti, consideran que por aplicación de la doctrina establecida por el Tribunal en la Competencia FLP 37227/2017/CS1 “Autopartes FAL SA y otro c. Unión de Obreros y Empleados Plásticos —UOYEP— s/ daños y perjuicios”, sentencia del 4 de junio de 2019, voto de la mayoría, a cuyos fundamentos y conclusiones cabe remitir en razón de brevedad, los conflictos de competencia suscitados entre magistrados nacionales ordinarios y los magistrados federales que tuviesen asiento en una provincia, como ocurre en el *sub examine*, corresponde que sean resueltos por esta Corte Suprema.

El señor juez Rosenkrantz y la señora jueza Highton de Nolasco entienden que con arreglo a lo previsto en el art. 24, inc. 7°, del decreto-ley 1285/1958, el órgano legalmente facultado para dirimir la contienda es la Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata, que reviste la calidad de tribunal de alzada del juez que primero había conocido.

4°) Que definido que es esta Corte Suprema el órgano que debe intervenir para dirimir el conflicto de competencia que se suscita en la presente causa, corresponde —en segundo lugar— determinar el magistrado ante quien quedaran radicadas las actuaciones.

Sobre este punto, los señores jueces Rosenkrantz, Maqueda y Rosatti concluyen que el dictamen del señor Procurador Fiscal resulta suficiente y adecuado para dirimir la contienda, razón por la cual corresponde remitir a sus términos y conclusiones a fin de evitar reiteraciones innecesarias.

La señora jueza Highton de Nolasco y el señor juez Lorenzetti entienden que resulta de aplicación al caso el criterio sustentado en sus respectivas disidencias en el precedente publicado en Fallos: 331:756, al que se remiten, en lo pertinente, por razones de brevedad.

Por ello, por mayoría, se resuelve: I. Declarar que es esta Corte Suprema el órgano que debe dirimir el conflicto de competencia suscitado en la presente causa. II. Declarar que, de conformidad con lo dictaminado

por el señor Procurador Fiscal, resulta competente para conocer en las actuaciones el Juzgado Federal de Primera Instancia N° 2 de Azul, al que se remitirán. Hágase saber al Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial N° 11. — *Carlos F. Rosenkrantz.* — *Ricardo L. Lorenzetti.* — *Elena I. Highton de Nolasco.* — *Juan C. Maqueda.* — *Horacio D. Rosatti.*

REVISIÓN DEL CRÉDITO

Privilegios. Obra social. Falta de pago de aportes y contribuciones. Procedencia.

Visto que el crédito que ha sido verificado responde en su origen a aportes y contribuciones debidas a la incidentista en su carácter de obra social integrante del sistema de salud, es evidente que aquel participa de la naturaleza propia de las acreencias captadas por el art. 246 inc. 2 LCQ habida cuenta que esas prestaciones tienen su origen en la ley 23.660, la cual establece contribuciones a la empleadora y aportes de los trabajadores que aquélla deba retener y depositar a favor de la obra social, es decir, son créditos por prestaciones adeudadas a organismos de los sistemas de seguridad social.

CNCom., sala A, 30/12/2020. - Loncotech SA y otros / Quiebra s/ Incidente de revisión por Organización de Servicios Directos Empresarios (OSDE).

[Cita on line: AR/JUR/74505/2020]

i COSTAS

Se imponen en el orden causado.

2203/2018/1

2ª Instancia. - Buenos Aires, diciembre 30 de 2020.

Vistos: 1. Apeló “OSDE” la resolución dictada el 31.08.2020 que rechazó el presente incidente de revisión que fue incoado a efectos que se reconociera a la acreencia admitida en la resolución general de los créditos (art. 36 LCQ), el privilegio general contemplado en el art. 246, inc. 2°, LCQ.

La magistrada señaló que, más allá de que la acreedora adopta la modalidad de una obra social a los fines de la prestación de los servicios de salud, se trata —en rigor— de una organización u asociación de carácter privado prestadora de servicios de medicina prepaga. Agregó que la norma concursal citada sólo ampara los créditos que se adeudan a los sistemas oficiales de se-

guridad social, es decir, exclusivamente a organismos estatales, de modo que quedan excluidas de dicha preceptiva las entidades de derecho público no estatal.

Los fundamentos del recurso fueron desarrollados en el escrito digital presentado el 03/09/2020, siendo respondidos por la sindicatura el 17/09/2020.

Con fecha 28/12/2020 emitió su dictamen la Sra. Fiscal General actuante ante esta Cámara, quien se expidió en el sentido de revocar el fallo impugnado, admitiendo el privilegio pretendido.

2. La recurrente se quejó de que en la instancia de grado se haya mantenido el rango quirografario oportunamente asignado al crédito insinuado.

Refirió que resultaba contradictorio que se le hubiera negado el privilegio cuando quedó establecido que el crédito corresponde a “aportes y contribuciones correspondientes al personal bajo relación de dependencia”. Hizo hincapié en que la acreencia tiene origen en la falta de pago de aportes y contribuciones de obra social regulados por la ley 23.660 y que, como tal, debe ser reconocido con el privilegio general concursal en los términos del art. 246, inc. 2°, LCQ.

Puntualizó que tampoco se tuvo en cuenta la opinión de la sindicatura, quien en su informe individual (art. 35 LCQ), aconsejó asignar el privilegio en cuestión.

3. En el caso, la sentenciante consideró que el reclamo no encuadraba en ninguno de los supuestos reglados por la normativa concursal para atribuirle rango privilegiado y, no integrando la obra social ninguno de los sistemas aludidos por el art. 246 LCQ, mantuvo el criterio del pronunciamiento dictado en los términos del art. 36 LCQ donde sólo reconoció al crédito verificado el rango de quirografario.

4. No existe controversia en punto a que la deuda base del pedido de verificación tiene su origen en la falta de pago por la quebrada de aportes y contribuciones correspondientes al personal bajo relación de dependencia.

Por otro lado, con la prueba informativa rendida en fs. 132 quedó acreditado que la incidentista se encuentra autorizada para funcionar como obra social. Allí, la Superintendencia de Seguros de Salud de la Nación informó que “OSDE” se encuentra inscrita en el Registro Nacional de Obras Sociales —RNOS— bajo el N° 4-0080-0, desde el 24/09/1980, en los términos del artículo 1 inciso e) de la Ley 23.660 y con los alcances de la ley 23.661, integrando el sistema nacional del seguro de salud, en tanto suple y complementa las prestaciones que en ese área brinda el estado.

5. Pues bien, el artículo 246, inc. 2) LCQ establece que son créditos con privilegio general: “El capital por

prestaciones adeudadas a organismos de los sistemas nacional, provincial o municipal de seguridad social, de subsidios familiares y fondos de desempleo”.

Tal como se infiere del texto transcrito, el precepto contempla las deudas con los “distintos regímenes jubilatorios o de obras sociales, a los cuales el concursado adeudara los aportes en su carácter de empleador o como responsable solidario; y también en los supuestos en que, de acuerdo con esos regímenes, debía

actuar como agente de retención de los aportes, para esos fines, de las personas bajo su dependencia, aportes que no hubiera ingresado a los respectivos organismos, así como a las cajas de subsidios familiares, y también las deudas con obras sociales paraestatales” (García Martínez, R., Derecho Concursal, Abeledo-Perrot, 1997, p. 606).

En orden a ello, visto que el crédito que ha sido verificado en autos responde en su origen a aportes y contribuciones debidas a la incidentista en su carácter de obra social integrante del sistema de salud, es evidente que aquel participa de la naturaleza propia de las acreencias captadas por la norma citada “supra”, habida cuenta que esas prestaciones tienen su origen en la ley 23.660, la cual “establece contribuciones a la empleadora y aportes de los trabajadores que aquélla deba retener y depositar a favor de la obra social, es decir, son créditos por prestaciones adeudadas a organismos de los sistemas de seguridad social” (conf. CNCom. esta Sala, 14/09/2006, “Lomplast SA. s/ quiebra s/ inc. de verificación (promovido por Obra Social Acción Social Empresarios -ASE”); id. id., 04/09/2007, “Gastronomía La Plata SRL s/ quiebra s/ incidente de revisión por OSUTHGRA”; id., id., 26/04/2007, “Verlap SA s/ concurso preventivo s/ incidente de verificación por Obra Social del Personal Gráfico”; id. id., 14/09/2006, “Lomplast SA s/ quiebra s/ incidente de verificación promovido por Obra Social Acción Social de Empresarios”; id., Sala B, 26/08/1999, “Metalúrgica Aberca SA s/ concurso preventivo s/ inc. de rev. por Asociación de Supervisores de la Industria Metalmeccánica de la R.A” del 26/08/1999).

Cuadra por ello asignarle la preferencia prevista en el mencionado precepto legal (art. 246, inc. 2°, LCQ).

Por tales consideraciones, y de conformidad con lo dictaminado por la Sra. Fiscal General, esta Sala resuelve: a) Admitir el recurso de apelación interpuesto, revocar la sentencia recurrida y, en consecuencia, hacer lugar a la pretensión incoada, declarándose que el capital verificado a favor de la accionante gozará del privilegio general previsto por el art. 246, inc. 2° LCQ, mientras sus intereses serán graduados en los términos del art. 248 LCQ. b) Imponer las costas en ambas instancias en el orden causado atento la posición asumida por la sindicatura (art. 68, par. 2do, y 279 Cód.

Proc. Civ. y Comercial). Notifíquese a las partes y a la Sra. Fiscal General. Oportunamente, devuélvanse virtualmente las actuaciones a la instancia anterior. El doctor Héctor Osvaldo Chomer no interviene en la presente resolución por hallarse en uso de licencia (art. 109, Reglamento para la Justicia Nacional). A fin de cumplir con la publicidad prevista por el art. 1 de la ley 25.865, según el Punto I.3 del Protocolo anexo a la Acordada 24/2013 CSJN, hágase saber a las partes que la publicidad de la sentencia dada en autos se efectuará mediante la pertinente notificación al CIJ. — *María E. Uzal. — Alfredo A. Kölliker Frers.*

EFECTOS DEL CONCURSO PREVENTIVO

Solicitud orientada a continuar ciertos contratos de causa o título anterior a la presentación concursal. Rechazo. Exclusión de los contratos de tracto sucesivo o de ejecución continuada de la previsión del art. 20 de la Ley 24.522.

1. — Las previsiones del citado art. 20 de la LCQ no son aplicables a los contratos de ejecución continuada o fluyente referidos por la concursada en la pretensión esgrimida en este incidente, por no contener “prestaciones recíprocas pendientes”.
2. — El art. 20 de la Ley de Concursos y Quiebras incluye a los contratos con prestaciones recíprocas, en los que exista pendencia en el cumplimiento, lo cual aprehende a los de ejecución diferida (en los que las partes postergan el cumplimiento de sus obligaciones para un momento ulterior), pero no a los de ejecución continuada o fluyente.
3. — Si el contrato de tracto sucesivo no se agota una vez cumplida la prestación a cargo de las partes, sino que su ejecución se va cumpliendo a través del tiempo en prestaciones similares pero de manera individual y distinta —reiterándose periódicamente— no es posible entender que existen prestaciones recíprocas “pendientes” en los términos del art. 20 de la Ley de Concursos y Quiebras.

CNCom., sala D, 15/12/2020. - Alcalis de La Patagonia S.A.I.C. s/ Concurso preventivo s/ incidente de continuación de contratos con prestaciones recíprocas pendientes LCQ 20.

[Cita on line: AR/JUR/71465/2020]

i COSTAS

Se imponen por su orden.

15977/2019/3/CA2

2ª Instancia. - Buenos Aires, diciembre 15 de 2020.

1. Alcalis de la Patagonia SAIC apeló el pronunciamiento dictado el 03/02/2020, por medio del cual la jueza de primera instancia rechazó su solicitud del 07/10/2019, orientada a que se disponga la continuación de ciertos contratos de causa o título anterior a su presentación en concurso preventivo, en el entendimiento de que ellos resultan necesarios para el desarrollo de su actividad empresarial.

Sustanciada tal pretensión con la sindicatura y evaluados ciertos requerimientos que se efectuaron a la concursada, la magistrada *a quo* desestimó lo pretendido por aquella, al considerar que lo previsto por el art. 20, LCQ, sólo resulta aplicable a los contratos de ejecución diferida y no a los de ejecución continuada o fluyente, dado que en estos últimos las prestaciones se reiteran y, por lo tanto, no pueden considerarse como pendientes o diferidas en el tiempo.

Tal decisión mereció un pedido de aclaratoria formulado por la concursada, en el cual se requirió que se exprese que, en tanto su parte conserva la administración de su patrimonio y no se encuentra desahogada, nada le impide que cumpla las prestaciones a las que se hubiera obligado por contrato. No obstante, tal solicitud también fue rechazada en los siguientes términos: “Siendo suficientemente clara dicha resolución, desestímese la pretensión en despacho” (v. decisión del 10/03/2020).

2. La concursada, cuyo memorial presentado el 27/07/2020 fue contestado el 12/08/2020 por la sindicatura, se agravia porque entiende que lo resuelto por la anterior sentenciante desatiende “la finalidad del art. 20 de la LCQ y su interpretación armónica con el resto del ordenamiento concursal”; y porque, además, considera que la jueza de la anterior instancia “tampoco aclaró el planteo de la posibilidad de pagar o no tales contratos esenciales para la continuación de la empresa”. Finalmente, y para el eventual caso en que la resolución recurrida fuese confirmada, solicitó que “en tanto... conserva la administración de su patrimonio y no se encuentra desahogada”, se establezca que “nada le impide que cumpla las prestaciones a las que se hubiera obligado por contrato”.

3. Sobre la base de lo anteriormente expuesto, corresponde señalar que según el primer párrafo del art. 20 de la LCQ: “El deudor puede continuar con el cumplimiento de los contratos en curso de ejecución, cuan-

do hubiere prestaciones recíprocas pendientes. Para ello debe requerir autorización del juez, quien resuelve previa vista al síndico. La continuación del contrato autoriza al cocontratante a exigir el cumplimiento de las prestaciones adeudadas a la fecha de presentación en concurso bajo apercibimiento de resolución (...)”.

En el caso, la concursada, en el escrito de inicio de este incidente, solicitó la continuación de los contratos celebrados con San Atanasio Energía SA (proveedor de gas natural en boca de pozo), Tren Patagónico SA (proveedor de servicios de transporte ferroviario de piedra caliza a granel - agua), Thor Tecnología en Minería SA (proveedor de explosivos y otros materiales controlados por la ANMAT), Liserar SA y Seleme, Alicia Inés (servicio de comedor y/o viandas para el personal), Transporte Las Grutas SA y Vicents, Mariano (servicios de transporte de personal), Cosaf SRL (proveedor de bolsones big bag), Barbadillo, Oscar y Barbadillo, Sergio S.H., Fernández Gimarnsi, Marcelo y Movimientos SAO SRL (servicio de transporte de sal a granel en camiones), Suez Walter Technologies & Solutions Argentina SC (servicio de tratamiento industrial de agua), Miguel Ángel Chaplinski (servicio de granelización, acopio, entrega y viajes de materiales e insumos a planta) e Inversora M&S SA (locador de yacimiento de piedra caliza).

La sindicatura fue oída el 07/11/2019; presentación en la cual solicitó cierta información previa a la concursada; mas, en líneas generales y posteriormente (el 26/11/2019), prestó conformidad con lo peticionado por aquella respecto de los contratos en cuestión, necesarios para el giro empresarial.

En cuanto aquí interesa destacar, el art. 20, LCQ, aprehende a los contratos con prestaciones recíprocas de ambas partes, en los que exista pendencia en el cumplimiento, lo cual aprehende a los de ejecución diferida (en los que las partes postergan el cumplimiento de sus obligaciones para un momento ulterior), pero no a los de ejecución continuada o fluyente.

En tal sentido, la jurisprudencia de este fuero mercantil ha precisado que los contratos de ejecución continuada y fluyente no pueden ser incluidos en la norma del art. 20 de la LCQ, en tanto allí las prestaciones se repiten (CNCom., Sala A, 23/05/1995, “Cencosud SA c. Siam SA”, Sala E, 28/08/1992, “Sociedad Española de Beneficencia s/ concurso preventivo s/ inc. de revisión por Cía. San Jorge de Carruajes SA”; Sala B, 10/04/1990, “Xerox Argentina SA c. Noel Cía. SA s/ ordinario”).

Tal es la postura más ajustada al texto legal porque si el contrato de tracto sucesivo no se agota una vez cumplida la prestación a cargo de las partes, sino que su ejecución se va cumpliendo a través del tiempo en prestaciones similares pero de manera individual y distinta —reiterándose periódicamente— no es posi-

ble entender que existen prestaciones recíprocas “pendientes” en los términos del citado art. 20 (esta Sala, 11/12/2018, “CPC SA s/ concurso preventivo”).

Todo lo cual demuestra, como puede advertirse, que las previsiones del citado art. 20 de la LCQ no son aplicables a los contratos de ejecución continuada o fluyente referidos por la concursada en la pretensión esgrimida en este incidente, por no contener “prestaciones recíprocas pendientes”.

Por ello, no cabe sino confirmar el pronunciamiento apelado, sin que quepa efectuar ninguna clase de precisiones en torno a lo pretendido por la apelante en cuanto a que, para el caso en que la resolución recurrida fuese confirmada (tal lo que acontece en la especie), se exprese que, “en tanto... conserva la administración de su patrimonio y no se encuentra desapoderada”, “nada le impide que cumpla las prestaciones a las que se hubiera obligado por contrato”.

Atento al modo en que se resuelve y las particularidades del caso, las costas de segunda instancia se distribuyen en el orden causado (arts. 68/69, Cpr. y 278, LCQ; esta Sala, 13/02/2013, “Frigorífico Buenos Aires SAICAF s/ quiebra s/ concurso especial por Rzepnikowski, Lucía”; 12/09/2013, “Trenes de Buenos Aires SA s/ concurso preventivo s/ incidente de apelación art. 250, Cpr.”).

Como corolario de lo anterior, se resuelve: Desestimar el recurso interpuesto, con costas por su orden. Notifíquese electrónicamente y cúmplase con la comunicación ordenada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Ley 26.856 y Acordadas 15 y 24/2013), y devuélvase la causa digital a través del Sistema de Gestión Judicial y mediante pase electrónico al Juzgado de origen. — *Juan R. Garibotto*. — *Gerardo G. Vassallo*. — *Pablo D. Heredia*.

CONTRATOS

DOCTRINA

Fideicomisos financieros de infraestructura para la reactivación económica: nueva resolución general 865/2020 de la Comisión Nacional de Valores

Nicolás Fernández Madero (*)

Fernando Garabato (**)

Sumario: I. Financiamiento de obras de infraestructura en el mercado de capitales.— II. Fideicomisos financieros para financiar al constructor.— III. Fideicomisos financieros para financiar al Estado.— IV. Financiamiento de una obra de infraestructura que constituya su propia fuente de pago.— V. Competencia de la Comisión Nacional de Valores. El artículo 83 de la Ley de Mercado de Capitales.

I. Financiamiento de obras de infraestructura en el mercado de capitales

Las obras de infraestructura brindan múltiples beneficios a la economía de un país. No solamente son una importante fuente de empleo, en particular para los segmentos sociales más necesitados, sino que también constituyen un pilar del desarrollo humano. Tal es el caso de las obras de infraestructura para proveer cloacas, electricidad, gas, hospitales, etc., a la población. La falta de ellas no solo limita el desarrollo económico sino también la posibilidad de una vida digna (1).

(*) Abogado. Se especializa en derecho de mercado de capitales, bancario y financiero.

(**) Contador Público. Licenciado en Administración. Se especializa en Estructuraciones de Deuda, M&A y Valuaciones.

(1) Cf. BARRA, Rodolfo C, "Los fondos fiduciarios públicos", Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública N° 449, febrero 2016, p. 125.

En los últimos años las obras de infraestructura se han financiado de diversas maneras. Los numerosos desarrollos realizados en la década del 90 se concesionaron y licenciaron de la mano de privatizaciones financiadas a través de tarifas, que permitían solventar los costos de construcción, operación y mantenimiento (2).

En la década siguiente, luego del default argentino del año 2001 y el congelamiento y pesificación de las tarifas en dólares, las obras de infraestructura siguieron bajo la figura de los fondos fiduciarios públicos, creados bajo la ley 24.156 de Administración Financiera. Muchos de ellos adoptaron asimismo la forma del fideicomiso regido en ese entonces por la ley 24.441.

La figura del fideicomiso contribuyó a evitar la interferencia estatal (e.g., declaración de emergencia), así como a mitigar las contingencias

(2) Ver HUICI, Héctor, "Fideicomisos y cargos específicos en el financiamiento e infraestructura", elDial.com DC13c5, publicado el 16/07/2010.

patrimoniales que pudieran afectar a los sujetos encargados de llevar a cabo esos cometidos (i.e., acciones individuales o colectivas contra el contratista), asegurando así lograr el interés público que se perseguía (3).

El fideicomiso financiero, por su parte, permite al Estado o al contratista financiarse internamente, mediante la transformación de un activo ilíquido (p. ej., una tasa, impuesto o cargo específico, o certificados de avance de obra), en líquido. Existirá, si se quiere, un descuento de un activo específico, sin endeudarse externamente.

Por otro lado, el fideicomiso financiero mejora la calidad crediticia del financiamiento y, con ello, su costo financiero, el que podrá ser superior al que hubiera tenido el Estado o el contratista mismo, ya que la calidad del flujo del activo subyacente podrá ser mejor al riesgo crediticio del mismo fiduciante, influenciado por su propia situación económica y financiera y los riesgos propios de su actividad. El activo securitizado, en cambio, tendrá su propio comportamiento de pago independiente de aquel que fuera su titular. Asimismo, los valores fiduciarios podrán contar con mecanismos internos de mejoramiento de la calidad crediticia, tales como la sobrecolateralización, al emitir valores fiduciarios por un monto menor al valor del activo subyacente, o bien la creación de distintas clases de valores fiduciarios subordinados entre sí.

Tras realizar un proceso de consulta normativa al público en general, con fecha 29/10/2020 la CNV dictó la res. gral. 865, creando un marco normativo específico para los fideicomisos financieros de infraestructura.

1.1. ¿Por qué es importante que las Normas de la CNV contengan un marco regulatorio ágil en materia de fideicomisos de infraestructura?

Si bien suelen compartir aspectos similares, no todos los financiamientos de obras de infraestructura son iguales. En este trabajo veremos dos formatos: en primer lugar, una estructura por la que se financia al contratista, y a con-

tinuación, otro formato por el cual se financia directamente al Estado. Los fideicomisos financieros de infraestructura constituyen productos estructurados “a medida” que deben adaptarse a la operación en particular (y no a la inversa).

Fuera del ámbito de la oferta pública no existen problemas de flexibilidad, ya que el límite lo brinda el régimen general del fideicomiso previsto en el Código Civil y Comercial, el cual es amplio y flexible. No obstante, en el régimen de oferta pública la estructura pasará por la revisión de la Comisión Nacional de Valores, la que, además de verificar el ajuste al Código Civil y Comercial, confirmará que se cumplen con la ley 26.831 de Mercado de Capitales, su dec. regl. 471/2018 y las normas de la Comisión (4). Y, asimismo, utilizará el criterio del profesional actuante para resolver si es viable o no una determinada estructura.

Y en razón de este último punto es que las modificaciones dispuestas por la res. gral. 865/2020 al régimen de fideicomisos financieros de infraestructura resulta importante porque anticipan al estructurador la aceptación del ente regulador a determinadas formas de estructurar el fideicomiso financiero de infraestructura. De modo que, al presentar un formato con determinados elementos para su aprobación en la Comisión, el estructurador sabrá de antemano que estos podrán ser aprobados. Al mismo tiempo, las normas de la Comisión establecen parámetros de seguridad para el inversor y transparencia que deberán cumplirse, a fin de mantener la protección del bien tanpreciado que es la confianza del mercado.

Un claro ejemplo de flexibilidad de la nueva resolución es la posibilidad de reducir a un día hábil el plazo de difusión para la colocación de los valores fiduciarios (5), la posibilidad de emitir en tramos (6), o la alternativa de integrar los

(4) Nuevo t.o., res. gral. 622/2013 (<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do;jsessionid=A418DF9B8AAED8DEC9BA0861C048E71?id=219405>).

(5) Res. gral. 865/2020, cap. VI del título V de las Normas, art. 10 (“Plazo de difusión”).

(6) *Ibid.*, art. 15 (“Emisión de valores fiduciarios adicionales en tramos. Condiciones para la emisión”).

valores fiduciarios en forma diferida (7). Estos dos últimos mecanismos permiten eficientizar el uso de los fondos, evitando costos financieros innecesarios que resulten de fondos ociosos en el patrimonio fideicomitado, recurriendo a nuevos aportes de los beneficiarios en la medida del avance de obra.

A continuación, veremos los modos de financiar obras de infraestructura mediante un fideicomiso financiero con oferta pública, ya sea que el mismo provea de fondos al constructor, los brinde al Estado, o provengan de la misma obra, en el marco de la nueva resolución general.

II. Fideicomisos financieros para financiar al constructor

El primer modelo de fideicomiso financiero es aquel que se constituye con el objeto de financiar en forma directa al constructor. El financiamiento se produce mediante el descuento de derechos de cobro representados en certificados de obra pública, títulos públicos, valores representativos de deuda fiduciaria, etc., que el constructor realiza al mercado de capitales, a través de su securitización mediante el fideicomiso financiero. En este caso, el descuento al mercado de capitales se presenta como una alternativa al financiamiento mediante descuento de los instrumentos a una entidad bancaria, disponible en la plaza financiera.

En este supuesto, el constructor, actuando como fiduciante, transfiere los instrumentos referidos al fiduciario financiero, quien emite valores fiduciarios —títulos de deuda (8) o

certificados de participación (9)— y los coloca entre los inversores en el mercado de capitales. El producido de la colocación es utilizado por el fiduciario para abonar, con un descuento sobre el valor nominal, los instrumentos al fiduciante. Esta mecánica de financiación también es utilizada por los bancos y originadores de créditos para descontar carteras.

En estos fideicomisos financieros, el riesgo de crédito del inversor radica en primer lugar en el cumplimiento de la obligación de pago por parte del deudor subyacente, que en los casos de descuento de certificados de avance de obra es el comitente de la obra, el Estado.

Asimismo, en el caso de certificados de obra, el mismo podrá estar sujeto al riesgo performance del propio constructor y la obra, en la medida que, bajo el contrato de obra el Estado se hubiera reservado el derecho de suspender o compensar los importes adeudados en caso de acaecer algún evento en virtud del cual el constructor fuera responsable, o eventualmente si el certificado no hubiera completado aún la etapa de certificación por parte del Estado prevista en el pliego de concesión o licitación de la obra y el contrato respectivo (10).

Los certificados descontados deberán cumplir con los requisitos formales dispuestos en los documentos de la contratación y el derecho administrativo, y ser de libre disposición del

(7) *Ibid.*, art. 17 (“Integración diferida”).

(8) Los “valores representativos de deuda” representan justamente eso: una deuda del fideicomiso con su tenedor. Por lo tanto, los términos y las condiciones de emisión se asemejan a los de una obligación negociable, bono o empréstito financiero, con amortización e intereses, que se devengarán desde la fecha de su integración (que equivaldría al desembolso del préstamo, perfeccionándose la relación de “mutuo”). Dentro de un mismo fideicomiso pueden preverse distintas clases de valores representativos de deuda, incluso emitiéndose en diferentes épocas, dentro del mismo fideicomiso, estableciéndose reglas de subordinación en el pago de capital e intereses entre ellos.

(9) Los “certificados de participación” se asemejan a los derechos que confieren las acciones de una sociedad, ya que típicamente confieren a su tenedor un porcentaje de participación en la liquidación final de los bienes fideicomitados. El capital integrado es amortizado y la renta es considerada “utilidad”. En un fideicomiso financiero, clásicamente se prevé que los certificados se paguen solo una vez cancelados en su totalidad los títulos de deuda, como ocurre en una sociedad con sus accionistas y sus acreedores en un proceso de liquidación. Bajo los valores de deuda podrá existir mora, no así si no se pagan los certificados de participación por insuficiencia de los bienes fideicomitados. Mientras la renta de los valores representativos de deuda es “fija”, o al menos predecible, los certificados, en cambio, se llevan el *upside* o éxito del negocio (suelen ser los “fideicomisarios”), aunque también el costo de su fracaso, ya que el capital integrado por ellos constituye, en alguna medida, el “aforo” de los valores representativos de deuda.

(10) Riesgo que podrá ser mitigado si se trabaja cuidadosamente en el pliego de la licitación o consiguiendo una renuncia expresa.

contratista.

Los términos del pliego y el contrato bajo el cual se emitan no deberán contener limitaciones para la transmisión al fiduciario, ni para su pago. Usualmente podrán aplicarse deducciones en el pago, correspondientes a la constitución de fondos para eventuales reparos a las obras, excepto que se hubiera previsto su cobertura por el contratista con pólizas de caución, las que, en tal caso, deberán mantenerse vigentes.

Como garantía adicional y a los fines de mejorar la calificación de riesgo crediticio, el fiduciario podrá pactar con el contratista la reserva de un recurso contra este último, en caso que por cualquier motivo el certificado no pudiera ser cobrado en tiempo y forma, total o parcialmente al comitente. Asimismo, deberá tenerse en cuenta que, dado que la relación contractual entre el contratista y el Estado aplicable al certificado cedido al fideicomiso se rige por el derecho administrativo, el Estado gozará de prerrogativas contractuales especiales contenidas en el derecho de fondo, que podrían permitirle, eventualmente, la modificación de los términos de pago.

II.1. Recepción en las normas de la CNV

La nueva res. gral. 865/2020 establece una amplia variedad de alternativas para que el constructor integre instrumentos al fideicomiso financiero como activo subyacente, i.e. activos relacionados de manera directa o indirecta con el financiamiento de infraestructura pública, emitidos por un “patrocinador”, o por el contratista o un tercero en cuyos casos el pago esté garantizado por los flujos de fondos del proyecto de infraestructura pública o por un flujo de afectación específico. Asimismo, se incluyen los certificados de obra pública, valores representativos de deuda fiduciaria, valores negociables o cualquier otro instrumento de reconocimiento de derechos de cobro.

La norma entiende por patrocinador al Estado Nacional, las provincias, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, los municipios, los entes autárquicos, las entidades o sociedades con participación estatal mayoritaria o donde el estado —en sus distintos niveles— posea la voluntad social, y demás entidades que formen parte del sector público nacional, provincial o municipal

que licitan y contratan obras de infraestructura pública en sus jurisdicciones. En esta definición se incluyen asimismo a los fideicomisos y fideicomisos financieros integrados total o mayoritariamente con bienes y/o fondos de cualquiera de las entidades antes citadas.

Asimismo, la norma indica que se podrán integrar obligaciones negociables como activo subyacente (las que entendemos podrán ser emitidas por el constructor u otro tercero vinculado o interesado en el proyecto que estuviera dispuesto a proveer financiación).

La norma establece la información que deberá brindarse en el prospecto, la cual se encontrará relacionada con los instrumentos fideicomitados, incluyendo los términos y condiciones de su emisión y sus emisores.

Finalmente, con relación a este tipo de financiamiento del constructor, debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el art. 193, inc. b), del Reglamento de Listado de BYMA (11). Esta norma establece límites a la securitización de instrumentos de deuda de un solo deudor cedido, que a su vez fuera el sujeto financiado (securitización de deuda propia) (e.g., si se integran al fideicomiso instrumentos de deuda emitidos por el constructor financiado). Esto se debe a que la securitización de deuda propia constituye un mecanismo en virtud del cual podría considerarse que el sujeto financiado elude el ingreso al régimen de oferta pública.

De esa manera, la norma establece que no serán admitidos al régimen de cotización:

“2) Los valores fiduciarios emitidos en fideicomisos financieros cuyos patrimonios fideicomitados estén integrados exclusivamente —o en parte relevante— por uno o más créditos, aun cuando estén garantizados, de los que sea deudora la empresa que se financia directa o indi-

(11) Esta regla se encontraba contenida en el art. 2º, apart. d.2 de la res. de Consejo 2/2006 de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires, reglamentaria de la cotización de valores fiduciarios. BYMA nació como producto de la escisión de Mercado de Valores de Buenos Aires SA (Merval) como consecuencia del dictado de la LMC. Anteriormente el Merval actuaba como mercado de valores adherido a la BCBA, de allí que el texto del reglamento de cotización de valores fiduciarios pasase finalmente a BYMA.

rectamente con esos fideicomisos. El Mercado podrá considerar su autorización a la cotización cuando se trate de una emisión de valores fiduciarios que reúna las características precedentemente descritas y esta constituya el único medio para que una entidad, que no se halle en condiciones de emitir obligaciones negociables que califiquen como tales en los términos de la Ley de Obligaciones Negociables 23.576, obtenga financiación en el mercado de capitales. En ese supuesto, podrá requerirse el cumplimiento de un régimen de información similar al exigido respecto de las emisiones de obligaciones negociables”.

Esta disposición limita la constitución de los denominados fideicomisos financieros “monocrédito” o “monoactivo”, en los que, como dice la norma, se securitiza la deuda de un solo deudor. Nótese que, como dice la norma citada, BYMA podrá considerar su autorización cuando el mecanismo de securitización constituya el único medio de una entidad que no se encuentra en condiciones de emitir obligaciones negociables (12), imponiéndole un régimen de información similar al de haber ingresado al régimen de oferta pública con obligaciones negociables.

Entendemos desde ya que esta limitación no debería aplicar en caso que los instrumentos deuda integrados fueran obligaciones negociables emitidas por el constructor, que hubieran sido previamente colocadas por oferta pública (y por ende, el constructor se encontrare en dicho régimen).

III. Fideicomisos financieros para financiar al Estado

El segundo tipo de fideicomiso financiero es aquel que se constituye con el objeto de financiar en forma directa al Estado. El financiamiento se produce mediante el descuento de cargos, tasas o impuestos específicos, créditos o partidas presupuestarias, a través de su securitización mediante el fideicomiso financiero.

En este supuesto, el Estado, ya sea nacional, provincial o municipal, por sí o a través de entidades de derecho público, actuando como fi-

duciente, transfiere (si el cargo ya hubiera sido creado), o crea directamente en cabeza del fideicomiso (si fuera un cargo a crearse), el cargo específico para afrontar la obra a realizar. En contrapartida, el fiduciario financiero emite valores fiduciarios y los coloca entre los inversores en el mercado de capitales. Luego, el producido de la colocación es entregado al fiduciante (el Estado) para el pago de las obras (13).

En estos fideicomisos financieros, el riesgo de crédito del inversor radica principalmente en el comportamiento del cargo específico y la voluntad de pago del sujeto financiado, el Estado. En particular, tratándose de un cargo, tasa o impuesto, la suficiencia del activo subyacente para repagar los valores fiduciarios dependerá del mantenimiento de la tasa de recaudación, del crecimiento económico del hecho imponible que genera el impuesto o cargo específico, y en su caso de la mayor prestación del servicio que genera la tasa (14).

Se ha discutido si el cargo específico posee naturaleza tributaria, asimilándose a un impuesto (15), una tasa (16) o una contribución (17), o si posee naturaleza tarifaria (18). Más allá de su

(13) El fideicomiso también podrá disponer que el pago se realice directamente por el fiduciario al constructor o a los distintos proveedores, garantizando un correcto uso de los fondos.

(14) Si el activo securitizado fuera por ejemplo un cargo específico accesorio al impuesto al gasoil, constituiría un factor de riesgo la fluctuación del precio del gasoil, del precio de los hidrocarburos, los controles estatales (i.e., que el citado impuesto no constituya una partida presupuestaria para fines distintos), la disminución del consumo de gasoil, la disminución de la actividad económica, etc.

(15) Son aquellas prestaciones exigidas por el Estado en virtud de su poder de imperio a quienes se hallen en situaciones consideradas por la ley como hechos imponibles.

(16) Se imponen como resultado del desarrollo de una actividad estatal.

(17) Prestaciones obligatorias debidas en razón de beneficios individuales o de grupos sociales, derivados de la realización de obras públicas o de especiales actividades del Estado.

(18) Para una mejor descripción de esta discusión, ver HUICI, Héctor, "Fideicomisos y cargos específicos en el financiamiento e infraestructura", elDial.com DC13c5, 16/07/2010. El autor refiere a la existencia de cuestionamientos judiciales y debates doctrinarios en torno al tema, indicando que, por la existencia de actividad del

(12) I.e., las SRL antes de la reforma de la Ley Programa de Recuperación Productiva 27.264 a la Ley de Obligaciones Negociables 23.576.

naturaleza, está claro que cualquier tipo de ingreso podrá securitizarse con destino a obras de infraestructura. En tal sentido, han existido fideicomisos financieros de infraestructura en los que se securitizaron impuestos (19), tasas (20) y cargos específicos (21) (i.e., contribuciones).

Los fideicomisos financieros para financiar al Estado en la realización de obras de infraestructura reconocen como antecedente a los fondos fiduciarios públicos regulados por la ley 24.156 de Administración Financiera, y por la ley anual de presupuesto (22). En los arts. 8º y 9º de la

Estado plasmada en obras, los cargos específicos se asimilan a las contribuciones especiales. Asimismo, existen fallos que lo caracterizan como tributos (CNCont. Adm. Fed., sala II, 19/05/2009, "Rendering SA c. Estado Nacional", eDial AA5430) y, en determinadas ocasiones como en el caso de los cargos para la ampliación de gasoductos, como la capacidad se paga con tarifas por parte de los usuarios, cabe reconocer una naturaleza tarifaria.

(19) Fideicomiso financiero "Programa Federal Plurianual de Construcción de Viviendas — Provincia de Salta" para la emisión de Valores Representativos de Deuda (2012). Bajo este fideicomiso financiero se securitizó el flujo proveniente del Fondo Nacional de la Vivienda (ley 24.464), el que se integra a su vez con un porcentaje del impuesto a los combustibles. Varias provincias han constituido fideicomisos financieros idénticos bajo el citado Programa Federal Plurianual de Construcción de Viviendas, impulsado por el Gobierno Nacional.

(20) Fideicomiso financiero "Municipalidad de Río Cuarto" para la emisión de Valores Representativos de Deuda por hasta un v/n de \$70.000.000 autorizado por res. 15.802 del 13/12/2007 de la CNV. Bajo este fideicomiso financiero se securitizaron los recursos provenientes del Fondo de Obras Públicas creado y recaudado por la Municipalidad de Río Cuarto, Provincia de Córdoba.

(21) Programa Global "Fideicomisos de Gas" para la emisión de Valores Representativos de Deuda y Certificados de Participación por un monto máximo v/n \$3.000.000.000 autorizado por res. 15.130 del 04/08/2005 de la CNV. Bajo este fideicomiso financiero se securitizaron los recursos provenientes del Fondo Fiduciario para atender inversiones en transporte y distribución de gas, compuesto por cargos tarifarios y sistemas de aportes específicos, entre otros.

(22) Podemos mencionar como antecedente también el proyecto de ley para regular los fondos fiduciarios públicos (expte. 0802-D-2009) de fecha 15/03/2009, en el cual se exigen distintos resortes de control, la realización de informes contables, rendiciones anuales, el rol de bancos oficiales, etc. El proyecto de ley aún puede ver-

primera se enumeran los órganos y sujetos que integran a los efectos de su consideración como "Administración financiera", el "sector público", entre ellos los "Fondos Fiduciarios integrados total o mayoritariamente con bienes y/o fondos del Estado Nacional". De acuerdo con Barra (23), el fondo fiduciario es un elemento que pertenece a la figura jurídica fideicomiso ahora regulado en el Código Civil y Comercial.

El fideicomiso financiero para financiar al Estado en el mercado de capitales constituye asimismo un fideicomiso público (24), pudiendo nacer de un contrato que tiene como una parte (fiduciante) al Estado, o bien nacer de una norma jurídica unilateral, a la que podrá seguir o no la celebración de un contrato.

No obstante, el aspecto central para poder financiarse en el mercado de capitales es que, ya sea a través de un contrato o de una norma jurídica, el vehículo constituya un fideicomiso financiero, ya que es el único que podrá emitir valores fiduciarios para ser colocados en el mercado de capitales y lograr la financiación del proyecto.

Asimismo aún en caso de constituirse mediante un contrato, el fiduciante deberá aprobar la constitución del fideicomiso financiero, su participación como fiduciante y la cesión de los bienes fideicomitados al fiduciario, mediante las normas y actos administrativos necesarios, según lo requieran sus reglas de organización interna (i.e, leyes, decretos, ordenanzas, resoluciones, dictámenes, etc.).

se en <https://www.hcdn.gob.ar/proyectos/proyectoTP.jsp?exp=0802-D-2009>.

(23) Para una mejor y más amplia explicación de los fondos fiduciarios públicos, y los fideicomisos públicos, ver BARRA, Rodolfo C, "Los fondos fiduciarios públicos", cit., y LISOPRAWSKI, Silvio V., "Los fondos fiduciarios públicos. Necesidad de una legislación específica", LA LEY del 24/05/2007, AR/DOC/1813/2007.

(24) LISOPRAWSKI, Silvio V., ob. cit., enseña que el fideicomiso público constituye un contrato por medio del cual la Administración, por intermedio de alguna de sus dependencias facultadas y en su carácter de fideicomitente, transmite la propiedad de bienes del dominio público o privado del Estado, o afecta fondos públicos, a un fiduciario (por lo general instituciones nacionales o provinciales de crédito), para realizar un fin lícito, de interés público.

III.1. Recepción en las normas de la CNV

La nueva res. gral. 865/2020 prevé expresamente la posibilidad de integrar al fideicomiso financiero cualquier tipo de instrumento de reconocimiento de derechos de cobro, tales como tributos o cargos específicos, entre otros (25).

Al igual que en los fideicomisos financieros en los que se financia al contratista, en estos casos, la información que requiere la norma en el prospecto se encontrará relacionada con los tributos o cargos fideicomitados (26).

IV. Financiamiento de una obra de infraestructura que constituya su propia fuente de pago

Es de la esencia del fideicomiso financiero que el mismo contenga el activo que constituirá su fuente de pago. En los casos anteriores el constructor podrá securitizar instrumentos de deuda a ser pagados por terceros (certificados de avance de obra, obligaciones negociables, etc.), o bien el Estado podrá crear para el fideicomiso, o cederle, tributos o cargos específicos, que constituirán su fuente de pago.

En este otro supuesto el fideicomiso financiero se integra con el flujo de cobranzas que resultará de la terminación de la obra y de su uso, como puede ser una red de transporte de energía, o el peaje de una autopista.

IV.1. Recepción en las normas de la CNV

En este caso, la nueva res. gral. 865/2020 le dedica una parte más importante de su regulación, dado que, a diferencia de los casos anteriores, el pago de los valores fiduciarios emitidos dependerá del buen desarrollo y finalización de la construcción.

Es por ello que la norma requiere que la obra se encuentre adjudicada (27), de modo de reducir la incertidumbre acerca de su desarrollo.

(25) Res. gral. 865/2020, cap. VI del tít. V de las Normas, art. 2º (Activo subyacente).

(26) Res. gral. 865/2020, cap. VI del tít. V de las Normas, art. 8.b) (Contenido del prospecto o suplemento de prospecto).

(27) *Ibid.*, art. 2º (Activo subyacente).

Por otro lado, se deberá incluir una sección especial en el prospecto con la información relativa al contratista (28), incluyendo antecedentes e información contable, así como información detallada relativa al plan de obra (29). Por último, la nueva resolución requiere que se informe trimestralmente a la CNV y al mercado el estado de avance del proyecto (30).

V. Competencia de la Comisión Nacional de Valores. El artículo 83 de la Ley de Mercado de Capitales

Finalmente, se puede mencionar que la res. gral. 865/2020 utiliza un criterio objetivo para definir a los fideicomisos financieros de infraestructura, indicando que quedarán comprendidos en la nueva reglamentación aquellos cuyo objeto se encuentre destinado directa o indirectamente al financiamiento, inversión y/o desarrollo de infraestructura pública en los ámbitos nacional, provincial y municipal (31). Nótese que la norma no hace foco sobre el carácter público o privado de los sujetos intervinientes, el fiduciario y el fiduciante.

Este enfoque contrasta con el criterio subjetivo adoptado por el art. 83 de la ley 26.831 de Mercado de Capitales, que excluye del ámbito de competencia general de la Comisión los valores emitidos por los entes públicos. Es el carácter público del emisor en la ley el que determinará si un fideicomiso financiero se encontrará dentro o fuera del ámbito de competencia del ente regulador, siendo el fiduciario financiero el emisor natural de los valores fiduciarios.

Recordemos que, de acuerdo con el Código Civil y Comercial, en caso de tratarse de títulos de deuda garantizados por los bienes fideicomitados, estos también podrán ser emitidos por el fiduciante, no así los certificados de participación, que solo podrán ser emitidos por el fiduciario (32). No obstante, tal vez por un olvido del legislador, en la ley 24.441, solo los valores

(28) *Ibid.*, art. 6º (“Contratista”).

(29) *Ibid.*, art. 8.a) (“Contenido del prospecto o suplemento de prospecto”).

(30) *Ibid.*, art. 7º (“Informe avance de proyecto”).

(31) *Ibid.*, art. 1 (“Objeto”).

(32) Art. 1693, Cód. Civ. y Com.

fiduciarios emitidos por el fiduciario (y no por el fiduciante) gozarán de los beneficios impositivos (33).

La exención del ámbito de aplicación de la Ley de Mercado de Capitales adoptada con un criterio subjetivo es la siguiente:

“Art. 83. — Valores emitidos por entes públicos. La oferta pública de valores negociables emitidos por la Nación, las provincias, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, los municipios, los entes autárquicos, así como por los organismos multilaterales de crédito de los que la República Argentina fuere miembro no está comprendida en esta ley (...)”.

Entendemos que el enfoque objetivo de la nueva reglamentación es más apropiado para los fideicomisos financieros que el criterio subjetivo del art. 83 de la ley.

El art. 83 funciona bien para las obligaciones negociables y los títulos públicos, en los cuales el carácter del emisor es lo relevante, ya que es el sujeto financiado, el obligado al pago, y sobre quien se encuentra alocado el riesgo crediticio.

No obstante, el mismo criterio no parece el mejor para los fideicomisos financieros, dado que en el caso de los fideicomisos lo relevante no es el emisor (el estructurador podría optar por el fiduciario o por el fiduciante), sino el activo subyacente. El fiduciario/fiduciante no es ni el sujeto obligado al pago (con recursos propios), ni sobre quien recae el riesgo crediticio. En caso de que el emisor fuera el fiduciario, este no es quien se financia, sino que quien lo hace generalmente es el fiduciante.

(33) Art. 83, ley 24.441.

La exclusión del régimen dispuesta por el art. 83 de la ley 26.831 respecto de los fideicomisos financieros —en particular aquellos relacionados con infraestructura pública— arrojó dudas en el pasado, dando lugar a consultas formales a la CNV. En tal sentido, nótese que existieron por un lado fideicomisos financieros en virtud de los cuales un fiduciario financiero de carácter privado (i.e., que, aunque pertenecía a un grupo estatal que no calificaba dentro de los entes públicos descriptos por el art. 83) emitió valores fiduciarios contra un activo subyacente de naturaleza pública (e.g., recaudación de cargos o derechos o tasas públicos) y, en sentido opuesto, han existido casos de fideicomisos constituidos por un fiduciario financiero público conforme el art. 83 (i.e., Banco Ciudad de Buenos Aires) que han emitido valores fiduciarios contra activos subyacentes de naturaleza privada.

Hasta el momento, la interpretación del ente regulador en estos casos ha sido la que literalmente ofrece el art. 83, esto es, que los fideicomisos financieros cuyos valores fiduciarios sean emitidos por uno de los entes públicos enunciados en el artículo citado, se encontrarán fuera del ámbito de aplicación de la Ley de Mercado de Capitales y de la órbita de la Comisión, sin importar la naturaleza pública o privada del activo subyacente.

No obstante, en los casos citados en los que la CNV no se declaró competente, se solicitó la autorización de colocación primaria y negociación secundaria directamente a los mercados, cumpliéndose en los hechos con las prácticas de mercado, que incluyen los documentos de la oferta y procedimientos establecidos por las normas de la Comisión Nacional de Valores.

La necesidad de un procedimiento judicial de readecuación de obligaciones y contratos a causa de la pandemia

José David Botteri

Sumario: I. Introducción.— II. La causalidad en el derecho privado y concursal argentino y el estado de cesación de pagos.— III. La pandemia como causa de insolvencia o de crisis patrimonial.— IV. Cómo se enfrentan los fenómenos causales y los multicausales. El proceso como método.— V. La propuesta de un procedimiento de adecuación de relaciones afectadas por la pandemia de COVID-19.— VI. Conclusiones.

I. Introducción

Existe hoy en día inquietud en nuestra comunidad por buscar soluciones jurídicas a la crisis económica aguda que ha generado la pandemia del coronavirus que ocasiona la enfermedad COVID-19 y que ha provocado tantas restricciones a la vida de las personas y a las actividades económicas.

En esa búsqueda se han propuesto diversos caminos: la ayuda económica del Estado, que ya presenta un déficit fiscal preocupante, al estilo "Plan Marshall" (1); la reforma de la Ley de Concursos y Quiebras (LCQ) para consagrar un mecanismo adecuado con alcance nacional, con distintos matices según cada proyecto de ley (2); un sistema de fideicomisos para atender las obligaciones no satisfechas durante la crisis (3); la idea de un "escu-

do protector" para sobrellevar esta depresión económica (4); etcétera.

Por nuestra parte consideramos que el Código Civil y Comercial de 2015 ofrece un conjunto de soluciones y de principios para resolver esta cuestión y que resulta necesario una vía procesal local idónea de última instancia para resolver estos problemas, porque con la sola voluntad negociadora no alcanza: existen naturalmente desigualdades entre los protagonistas, que impedirán que estos problemas se solucionen simplemente en una mesa de negociaciones o a través de una mediación. La mayoría de los Códigos de Procedimientos locales aún no

(1) Es la propuesta del Dr. Daniel R. VÍTOLO, "COVID-19 y empresas en crisis: ¿Reformas a la Ley de Concursos y Quiebras o Plan Marshall?", DSyC, t. XXXII de agosto de 2020, cita digital EOLDC101881A

(2) Pueden verse varias de esas ideas de quienes integran el grupo "El Arca", que agrupa a destacados concursalistas en <https://elarcapress.wordpress.com>.

(3) Es una recomendación del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal (IIDC), en los siguientes términos:

"4. Se analizará la conveniencia de crear fondos o fideicomisos de garantía bancaria para que sociedades o personas no calificadas con actividad empresarial puedan acceder al crédito. Ello con la posibilidad de que ante el impago esos fondos o fideicomisos puedan convertir su acreencia en acciones o participaciones del deudor incumplidor. Se aconseja que en ese caso los créditos, sin riesgo de cobrabilidad, se otorguen a tasa 0 o similar". Ver: www.institutoiberoamericanoderechoconcursal.org.

(4) Es la idea de los Dres. RICHARD, Efraín H. — FUSHIMI, Jorge, "Pensando en la salida del aislamiento social, preventivo y obligatorio. Ideas para mitigar la crisis post-pandemia de COVID-19", LA LEY del 08/05/2020, 2 y RICHARD, Efraín H., "Ante la pandemia económica, ¿Qué legislar?", ebook-TR 2020 (Andruet), 58.

se han adecuado al nuevo Código y ese es uno de los muchos inconvenientes que presenta este problema.

La primera cuestión a desentrañar es si esta crisis que estamos afrontando configura necesariamente en las empresas y particulares estado de cesación de pagos y si fuera así, si el derecho concursal —una legislación de alcance nacional— es el que debe atender a esta cuestión; o si, por el contrario, esta crisis no se constituye por sí en causa de insolvencia a las empresas y particulares y si se debe remediar la cuestión a través de métodos procesales adecuados localmente a las necesidades de empresas y particulares, con la guía de solución del Código Civil y Comercial.

Hay muchos partidarios de lo primero: por ejemplo, el distinguido Héctor Chómer sostiene que estamos todos en cesación de pagos (5). Para ingresar en ese tema considero necesario refrescar algunas cuestiones en torno a la causalidad, al estado de cesación de pagos y a las circunstancias particulares de esta crisis.

II. La causalidad en el derecho privado y concursal argentino y el estado de cesación de pagos

El derecho concursal argentino presenta desde sus orígenes una raíz causalista, que es coherente con todo nuestro ordenamiento de derecho privado.

La causalidad es una de las teorías posibles para explicar cambios y consiste en establecer una relación simple entre dos hechos o actos, vinculándolos firmemente a través de alguna ley (6) de cobertura que permite explicar el acto o hecho consecuente (efecto) por su antecedente (causa). Es un modo de relacionar acontecimientos, una manera de ver las cosas. Pero,

(5) CHÓMER, Héctor, "Todos somos insolventes: soluciones concursales simples", *Revista Electrónica del Departamento de Derecho Económico y Empresarial UBA*, nro. extraord.: "Pandemia y emergencia empresarial", junio de 2020; y "Todos somos insolventes II: El futuro del derecho concursal", *LA LEY* del 03/08/2020, 1.

(6) Utilizamos la palabra "ley" en sentido amplísimo: como cualquier norma técnica o científica o incluso, una costumbre.

ciertamente, no es la única técnica de relacionar hechos (7).

La base causalista se establece en una serie de normas de nuestro Código Civil y Comercial, que se proyectan desde allí hacia todo el derecho privado (8). En concreto puede sostenerse:

a) *La causa es inherente a todo acto jurídico civil*: esto es así porque todo acto voluntario lícito que tiene por fin inmediato la adquisición, modificación o extinción de relaciones o situaciones jurídicas, es un acto jurídico (art. 259, Cód. Civ. y Com.). Dicho fin autorizado por el ordenamiento jurídico, es su causa (art. 281, Cód. Civ. y Com.), que, aunque no esté expresada en el acto, se presume que existe (art. 282, Cód. Civ. y Com.), siendo el acto válido, aun cuando su causa sea falsa, si se funda en otra causa verdadera. Esta posición de nuestro Código hace presuponer que la ignorancia de las leyes no resulta excusa (art. 8º, Cód. Civ. y Com.), que el ordenamiento jurídico es completo (art. 1º, Cód. Civ. y Com., fuentes) y que los jueces tienen el deber de resolver (art. 3º, Cód. Civ. y Com.) de manera razonablemente fundada en derecho. Si bien se admite el acto abstracto (art. 283, Cód. Civ. y Com.), no quiere decir que este carezca de causa, ya que la existencia de esta, su licitud o falsedad es discutible una vez que se haya cumplido el acto.

b) *No hay obligación sin causa*: la relación jurídica en virtud de la cual un acreedor tiene derecho a exigir de un deudor una prestación destinada a satisfacer un interés lícito (definición de obligación, art. 724, Cód. Civ. y Com.), debe tener *causa* (art. 726, Cód. Civ. y Com.); pues no

(7) En efecto, p. ej., pueden vincularse dos hechos considerando aspectos subjetivos como los medios y los fines de las personas (como sucede en los fraudes), la interacción (una forma de causación recíproca) que sucede en órganos colegiados (p. ej. las asambleas de socios) es diferente de la causalidad común, etc. Más sobre esta cuestión en la obra de BUNGE, Mario, "La causalidad. El principio de causalidad en la ciencia moderna", Ed. Sudamericana, Buenos Aires, 1997.

(8) P. ej., la idea de causalidad adecuada o sus derivaciones, se repite en más de cincuenta ocasiones a través de todo el Código Civil y Comercial. Más sobre este tema en nuestro trabajo publicado en elDial.com, sección responsabilidad civil, titulado "La causalidad, las probabilidades y las pérdidas de chance en el nuevo Código Civil y Comercial".

hay obligación sin ella y debe derivarse de algún hecho idóneo para producirla, de conformidad con el ordenamiento jurídico.

c) *Cuando se trata de relaciones entre hechos, la causalidad debe ser la adecuada*: para reparar las consecuencias de un hecho dañoso, el nexo entre la conducta dañosa y la persona, cosa o bien dañados debe ser de causalidad adecuada (art. 1726, Cód. Civ. y Com.) (9). Esto supone dejar a criterio de los jueces, conforme lo que acostumbra a suceder —el curso ordinario de las cosas— la elección de una o unas (concausas) de las condiciones del hecho o acto, como causa (10).

En materia concursal el causalismo se impone en casi sesenta oportunidades, distribuidas en veintiocho artículos de la ley 24.522 (LCQ). Se puede verificar, por ejemplo:

— El estado de cesación de pagos *reconoce causas*, sin importar la naturaleza de las obligaciones a las que afecte (art. 1º, LCQ).

— La declaración de concurso en el extranjero *es causal* para la apertura del concurso en el país (art. 4º, LCQ).

— En su presentación en concurso preventivo, el concursado debe explicar las causas concretas de su situación patrimonial (art. 11, inc. 12, LCQ) y acompañar una nómina de acreedores con indicación de las causas de sus créditos (inc. 5º).

(9) La causalidad, en este caso, cumple una doble función, pues es un modo de imputar consecuencias al obrar humano y también de considerar la extensión de los daños que podrán ser resarcidos. Jorge Mosset Iturraspe distingue adecuadamente la culpabilidad de la causalidad en "La relación de causalidad en la responsabilidad extracontractual", RDD 2003-2-59 y ss., p. 63.

(10) El término "adecuado" o sus derivados, se encuentra en todas sus formas de expresión en el Código Civil y Comercial en los arts. 31, inc. d), 54, 59, 109 inc. f), 119, 322, inc. c), 329 últ. párr., 441, 524, 607, 644, 747, 970, inc. d), 1013, 1053, inc. a), 1066, 1091, 1150, 1154, 1155, 1156, 1157, 1158, 1255, 1256, inc. c), 1268, inc. b), 1298, 1331, 1370, inc. b), 1386, inc. c), 1475, 1504, 1505, inc. c), 1514, inc. e), 1515, inc. b), 1681, 1726, 1739, 1770, 1782, inc. d), 1810, 1857, 1867, 1881, 2001, 2020, 2097, inc. c), 2187, 2188, 2268, 2281, inc. e), 2470, 2509 y 2526. Su presencia frondosa revela que se trata de una palabra que parece haberse encontrado cómoda para su empleo, pero que no tiene una definición técnica.

— El concursado no puede realizar actos a título gratuito que importen alterar la situación de acreedores por *causa* o título anterior a la presentación (art. 16, LCQ).

— El concurso preventivo importa la suspensión de intereses de todo crédito *de causa* o título anterior (art. 19, LCQ) y —en principio— la suspensión de juicios de contenido patrimonial *por causa* o título anterior a la presentación (art. 21, LCQ).

— Al presentarse a verificar créditos, los acreedores *de causa* o título anterior a la presentación deben indicar *la causa* de estos (art. 32, LCQ) y el síndico debe dictaminar sobre *la causa* de los créditos en el informe del art. 35 de la LCQ. Lo mismo en la quiebra (art. 200, LCQ).

— El síndico debe informar las *causas* del desequilibrio económico del concursado, en el informe del art. 39 de la LCQ.

— El art. 50 de la LCQ enumera *causales* (causas) para que sea procedente la impugnación al acuerdo.

— La novación concursal ocurre, conforme al art. 55, respecto de todas las obligaciones de causa o título anterior.

— El acuerdo logrado proyecta efectos respecto de todos los acreedores *de causa* o título anterior a la presentación (art. 56, LCQ).

— Para la acción de nulidad del acuerdo homologado art. 60, LCQ, se prevén *causales* (dolo empleado para exagerar el pasivo, reconocer o aparentar privilegios inexistentes o constituidos ilícitamente, y ocultar o exagerar el activo).

— En el APE, el listado de créditos del art. 72 debe indicar *la causa* de cada uno.

— En la quiebra la prueba del estado de cesación de pagos, cualquiera sea *su causa*, se efectúa a través de la acreditación de hechos que exterioricen que el deudor se encuentra imposibilitado de cumplir regularmente con sus obligaciones (art. 78, LCQ).

— El recurso de reposición en la quiebra reconoce como única *causal*, la inexistencia de los presupuestos sustanciales para la formación del concurso (art. 95, LCQ).

— La determinación de la fecha del estado de cesación de pagos, varía de acuerdo con *la causa* que generó la quiebra (art. 112, LCQ).

— El tema causal también aparece en la quiebra en el tratamiento de los créditos de las sociedades respecto del socio ilimitadamente responsable (art. 150, LCQ), en la dispensa de protesto (art. 155, LCQ), en la continuidad de la empresa en quiebra (art. 190, LCQ), en la explicaciones que debe dar el síndico en el informe final, acerca de por qué no realizó determinado bien (art. 218, LCQ), en materia de privilegios (art. 240, LCQ), en materia de actuación, recusación y remoción de síndicos (arts. 255, 256 y 258, LCQ) y en relación con honorarios (art. 265, LCQ).

Sin embargo, la causalidad no es el único modo que el derecho concursal emplea para determinar relaciones entre hechos o actos. Tal como lo anticipamos hay otras formas, diferentes de la causalidad, para relacionar acontecimientos:

Se pueden verificar supuestos de *autodeterminación*, como, por ejemplo, en el caso del desistimiento de pleno derecho por falta de ratificación de la presentación en concurso (art. 6º, LCQ). En este tipo de casos hay una causa interna involucrada en la cosa, bien o persona, que autodetermina un efecto dado, como sucede —por ejemplo— con la disolución societaria por vencimiento del plazo del contrato (art. 94, inc. 2º, LGS). En estos supuestos no hay causalidad en el estilo tradicional (relación entre dos hechos), porque las diferencias en los estados de una cosa, bien o persona, se producen sin intervención alguna de terceros.

También hay supuestos de *determinación teleológica*, que consiste en establecer los hechos a través de relaciones de medios afines. Aquí hay causalidad común, pero se agrega, además, un factor preponderante que es la elección de un medio para el logro un fin, lícito o ilícito, determinado. Por ejemplo, los casos de extensión de la quiebra en las hipótesis de los incs. 1º y 2º del art. 161 de la LCQ involucran claramente relaciones de este tipo (actuación bajo la apariencia de la fallida, desvío del interés social). Como sucede en estos casos, la conexión no está solo en los hechos, sino en algunos aspectos subjetivos de difícil prueba, como la elección subjetiva de medios y fines.

El acuerdo en el concurso preventivo y en el APE es producto de negociaciones entre el concursado y sus acreedores en donde existe *interacción* o *causación recíproca* y no causalidad. El resultado de ese acuerdo está influido por todos y cada uno de los acreedores y el propio deudor. Por esa razón nótese que no se responsabiliza o condena a los acreedores que prestaron conformidad para el acuerdo en los casos de no homologación judicial por abuso o fraude (art. 52, inc. 4º, LCQ), porque no puede atribuirse individualmente a cada uno de ellos todo el resultado fraudulento o lesivo hacia quienes no prestaron conformidad con la propuesta.

Existe, por último, hipótesis de *determinación estructural*, cuando la situación concursal de un individuo se establece por la estructura general del conjunto fallido al cual pertenece. Se trata de un caso extremo, en que la investigación causal individual resulta absolutamente superflua y, en realidad, se indaga el grado de participación del agente en la organización, que es algo bien diferente. La extensión de la quiebra del socio ilimitadamente responsable (art. 160, LCQ) se sostiene en este punto, y no en nexo causal alguno entre los hechos determinantes del estado de cesación de pagos y la conducta del socio.

Así es que puede afirmarse que la ley 24.522 (con las limitadas excepciones que acabo de mencionar), enfoca jurídicamente los hechos, las conductas y la realidad *del modo causalista tradicional*, con una visión lineal de los acontecimientos sobre la base de antecedentes y consecuentes.

En concordancia con lo dicho, el derecho concursal argentino describe a la insolvencia como un estado, más precisamente como un estado de cesación de pagos. Es necesario decir que solo tiene sentido de hablar de estados de una cosa o de un sujeto en la medida en que esté expuesta a cambios, que —como dijimos— es la esencia de la cuestión causal, comportando toda una teoría acerca de cómo suceden los hechos.

Una definición técnica utilizada con amplitud en las ciencias y en la filosofía sostiene que el estado de una cosa concreta (en este caso, un patrimonio) en un determinado instante y con respecto a un determinado marco de referencia, es

la totalidad de sus propiedades en ese momento y referido a un contexto determinado (11).

Existe mucha doctrina sobre el tema del estado de cesación de pagos y en general se sostiene mayoritariamente que por cesación de pagos se entiende la imposibilidad de un patrimonio de cumplir regularmente con las obligaciones exigibles del sujeto que es su titular (12). Esa noción es más amplia o restringida, según la jurisdicción de que se trate, como apunta Héctor Chómer, y ha variado con los tiempos, como veremos en el capítulo siguiente (13).

Sin embargo, la descripción del estado del patrimonio con acento en una de sus características (la cesación de pagos) no dice mucho acerca de por qué el patrimonio adquirió esa impotencia para satisfacer obligaciones, esto es, la indagación de sus causas. Pero para avanzar en el tema es necesario pasar al siguiente punto.

III. La pandemia como causa de insolvencia o de crisis patrimonial

Como lo sostenía en 1993 Osvaldo J. Maffía (14), la expresión "cesación de pagos" evolucionó desde considerarse tal a la mera circunstancia de no pagar (s. XIII), a entenderlo como la imposibilidad de cumplir con regularidad las obligaciones, en el siglo XIX.

Durante buena parte del siglo XX podía sostenerse que se caía en cesación de pagos por una o varias causas, específicas. Esa idea, durante el siglo XXI no es tan sostenible, porque es cada vez más difícil atribuir la insolvencia a una causa o varias causas determinadas, dada la complejidad de las relaciones económicas en la vida moderna actual. Incluso cuando es posible aislar una o varias causas, no resulta seguro que

pueda asignárseles suficiencia para establecerlas como motivo de la insolvencia.

Nuestro típico estado de cesación de pagos, a partir de fines del milenio pasado, es una cuestión de etiología difusa, a diferencia de esta crisis económica que estamos atravesando con motivo de la pandemia.

En situaciones de mercado normal, se puede saber que una empresa o sujeto se encuentra en estado de cesación de pagos, incluso antes de que se desencadenen hechos típicos de la insolvencia (15); pero es muy difícil que alguien pueda sostener *con certeza* que sabe cuáles son las causas que lo desencadenaron.

Todos aventuramos ideas acerca de qué es lo que provocó la insolvencia en los procesos judiciales, pero no es tan cierto que ello se diga con verdad. Quizá pueda conjeturarse, pero es difícil que se sepa si no es a través de ciertas herramientas, principalmente estadísticas (16).

Veamos lo que sucede con las personas físicas en lo que se comenta hoy en día, como derecho concursal de consumidores: ¿Qué fue lo que desencadenó la cesación de pagos de un sujeto? ¿La caída de ingresos, el exceso en el consumo de electrodomésticos, la inflación en los precios de los alimentos, la pérdida del empleo, una mala cultura del ahorro, el aumento de los impuestos, la suba de las cuotas del colegio o del alquiler, la voracidad en las tasas de las tarjetas de crédito? ¿Quizá la mala suerte en un juego de azar, una estafa familiar o la pésima cultura financiera del sujeto? ¿Tiene realmente sentido elaborar una cadena causal de eventos para sostener qué ocasionó su impotencia patrimonial, cuando hay una actividad económica normal?

(11) Así lo define con toda claridad BUNGE, Mario, "Diccionario de filosofía", Ed. Siglo XXI, Buenos Aires, 2001, p. 68.

(12) JUNYENT BAS, Francisco — MOLINA SANDOVAL, Carlos, "Ley de Concursos y Quiebras", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011, 3ª ed., t. I, p. 42.

(13) CHÓMER, Héctor, "Todos somos insolventes II...", ob. cit., p. 1.

(14) MAFFÍA, Osvaldo J., "Derecho concursal", Ed. De palma, Buenos Aires, 1993, t. I, ps. 115 y ss.

(15) Uno de los modelos más divulgados para medir crisis surge de la obra de ALTMAN, Edward, "Financial ratios, discriminant analysis and the prediction of corporate bankruptcy", *Journal of Finance*, v. 23, ps. 589-609, quien propuso lo que se denominó modelo de análisis Zeta, que mide liquidez, rentabilidad, apalancamiento, solvencia y nivel de actividad.

(16) La recepción de la estadística como prueba en materia judicial es en nuestro país una cuestión en debate. Puede comenzar a abordarse el tema a través de la obra de TARUFFO, Michele, "La prueba", Ed. Marcial Pons, Madrid, 2008, ps. 100 y ss.

Pasemos ahora a lo que pasa en las empresas cuando entran en estado de cesación de pagos, en situaciones normales: ¿fue la caída de ingresos o de ventas, el aumento de salarios, el abuso de las tasas bancarias, la mala aptitud de los administradores, la falta de compromiso de los socios que no aportaron capital suficiente, la caída del mercado, el incremento de los impuestos, la obsolescencia de los bienes de uso, la ineptitud de los abogados o de los contadores, o fue que los productos y servicios están fuera de los dictados de la moda del momento?

En materia de estado de cesación de pagos en un mercado “normal” la impotencia patrimonial *se revela de un modo diferente que en una crisis económica ocasionada por un hecho que configura caso fortuito, como acontece con el derivado por la pandemia de COVID-19*; porque a diferencia de lo que se supone en una situación de tráfico regular, no es tan sencillo discernir causas del modo jurídico tradicional.

Todos creen —en situaciones de mercado normal— poder saber cuáles son las causas del estado de cesación de pagos, pero ello no es más que una mera conjetura, una manifestación selectiva que la ley concursal denomina “hecho revelador”, pero como dijimos antes no es nada seguro que esos hechos elegidos sean verdaderamente la causa de la insolvencia.

La insolvencia en el siglo XXI (donde la mayoría las experiencias vitales son de pago) se presenta *como un fenómeno multicausal*, pues no puede atribuirse el estado de cesación de pagos a una causa determinada, sino a un conjunto disyuntivo de ellas y que operan de manera inmediata o mediata, pero muchas veces no de manera contigua —esto es, lineal— para provocar el estado de impotencia patrimonial y en donde los efectos, son causas de otras tantas consecuencias como producto del vértigo de la vida económica moderna.

No es tan sencillo elaborar una línea causal de eventos que desemboque en el patrimonio en una sucesión de estados y con característica propia final, de cesación de pagos. Por eso los métodos antiguos que pretendían tratar el problema de modo causal, ya decididamente, no son adecuados. Por ejemplo: el modo de atender a los acreedores conforme al principio *pars conditio creditorum* de la ley 19.551

resultaría algo completamente insostenible en la actualidad.

En efecto, el antiguo proceso concursal causalista pretendía resolver el problema de la insolvencia promoviendo la idea de un acuerdo *de tratamiento y condiciones equivalentes* entre acreedores y deudor, homologable por un juez (con la intervención de un funcionario sindical, cuya misión más relevante, era la de dictaminar acerca del origen y monto de los créditos), privilegiando a algunos acreedores por sobre otros, para incluirlos o excluirlos de las negociaciones.

Pero desde hace ya tiempo que se sabe en la ciencia que la *multicausalidad* (que tiene en común con la causalidad solo el nombre) es *no-aditiva*, en el sentido de que la acumulación (o remoción) de un conjunto determinado de causas, no modifica el resultado (17). No es lo que sucede en este caso, porque se sabe que el problema está radicado en las consecuencias de la pandemia que configura caso fortuito.

Del mismo modo, el proceso concursal devenido en quiebra abriga la esperanza a través de algunas acciones, de poder castigar a los responsables de la insolvencia (p. ej., la acción del art. 173, LCQ), o en el pasado a través de la más rigurosa calificación de conducta de la ley 19.551 (arts. 235 a 241), cuyo régimen hay quienes pretenden que regrese.

Sin embargo, las condenas son muy raramente vistas porque nunca es sencillo poder discriminar las conductas de los administradores, como causa adecuada del efecto de la insolvencia, diferenciándolas de otros factores. Por ello hay enormes déficits de prueba, pretendiéndose buscar soluciones en una especie de imputación objetiva de responsabilidad, en el establecimiento de obligaciones de resultado o directamente, promoviendo criterios de causalidad virtual (18). ¿La razón? La insolvencia moderna es multicausal.

(17) BUNGE, Mario, "La causalidad...", ob. cit.

(18) Sobre estas cuestiones resulta provechoso leer la obra del Dr. LÓPEZ MESA, Marcelo, "Causalidad virtual, concausas, resultados desproporcionados y daños en cascada", LA LEY del 12/08/2013, entre otros trabajos del mismo autor.

Un problema multicausal es sistémico, porque deben considerarse todos los componentes del problema, computar el entorno y todas las relaciones, junto a los mecanismos involucrados que han operado los cambios.

En cambio, un problema causal como el que estamos viendo con esta pandemia, es un problema definido: *hay obligaciones que no son exigibles total o temporalmente debido a la situación de caso fortuito que se ha suscitado.*

Las empresas y sujetos de a pie han de algún modo elaborado su propio plan de contingencia y han postergado algunas obligaciones respecto de otras, para intentar sobrevivir. La vida económica se les ha comprimido y cada uno se ha adaptado como ha podido a esta nueva situación, a la “nueva normalidad”.

Hoy en día existen muchos juristas que opinan que el coronavirus puede ocasionar insolencias pandémicas, así por ejemplo Juan A. Anich, acuñó el término “insolpandemia”, para referirse a la situación actual (19).

Considero más razonable sostener que este nuevo coronavirus que ha asolado a toda la humanidad ocasiona una enfermedad denominada COVID-19 que ha demostrado ser mortal en muchos casos; lo cual ha provocado que el Estado argentino haya tomado drásticas soluciones (“cuarentena” bajo modalidad aislamiento social preventivo obligatorio —ASPO—, con diversas fases) que ha provocado una caída marcada de la actividad económica.

Si bien existen trabajadores, consumidores y empresarios enfermos, en mayor medida la caída de la actividad se ha debido a medidas estatales diseñadas a fin de prevenir contagios y a preparar un sistema sanitario decadente para la atención de los enfermos y aminorar las consecuencias de esta pandemia, que ha demostrado ser poco predecible, como puede verse en todos los países, incluso en los más desarrollados.

A esta altura de los acontecimientos todas las empresas y sujetos individuales han adoptado algunas medidas de contingencia frente a la

brusca caída de la actividad económica, condicionadas por el propio Estado que resolvió disponer medidas para proteger a los trabajadores, asistiendo al mismo tiempo a los empresarios para que se puedan cubrir una parte de los haberes.

Esas medidas consisten naturalmente en postergar algunas cuentas (las fiscales, las comerciales, las financieras), para poder sostener la actividad y esperar que la situación se recomponga. ¿Configura ello estado de cesación de pagos?

En principio, no lo es porque muchas —aunque no todas (20)— de esas obligaciones insatisfechas *no son exigibles* con motivo en el caso fortuito derivado de la pandemia y en las medidas gubernamentales que se han puesto en funcionamiento para mitigar sus efectos. Pero la perdurabilidad de la situación en el transcurso de estos meses ha originado pérdidas que en muchos casos han derivado en el cierre de establecimientos, por resultar inviable el plan de contingencia adoptado por sus dueños.

Se trata de una crisis económica y financiera aguda, pero al ser discutible la exigibilidad de los créditos, no llegan a configurar estado de cesación de pagos, principalmente por encontrarse identificada la causa de la situación en un hecho que constituye caso fortuito.

Una crisis económica como la que estamos atravesando, aún aguda y con tan importantes consecuencias, *no puede configurar por sí estado de cesación de pagos cuando las obligaciones no son exigibles*, del modo en que lo son en épocas normales cuando no hay tantas restricciones para la actividad económica y rigen con plenitud las libertades que tiene garantizadas la Constitución Nacional a todos los habitantes de nuestro país.

No quiero decir con ello que, más adelante y cuando las obligaciones suspendidas vuelvan a ser exigibles, los efectos económicos de las restricciones a las actividades que ha ocasionado

(19) ANICH, Juan A., "La 'Insolpandemia' y su incidencia en los procesos concursales. Readequación de propuestas", LA LEY del 09/06/2020, 12.

(20) Es posible que algunas obligaciones de ciertos sujetos no se encuentren alcanzadas por el caso fortuito, pues ciertas actividades mejoraron su actividad económica. También puede tratarse de créditos cuya causa está en mitigar los efectos de la pandemia, etc.

esta pandemia no contribuyan en el patrimonio de ciertos sujetos a configurar causas que, junto a otras, provoquen por efecto de la multicausalidad, estado de cesación de pagos en el patrimonio de sujetos concursables, que hagan necesario recurrir a la LCQ y que sería deseable que para ese futuro próximo la ley concursal se adapte a las necesidades del siglo XXI.

Pero en el mientras tanto de nuestra actualidad, parece necesario encontrar un método distinto al típicamente concursal para enfrentar este problema, lo cual habilita a avanzar hacia un nuevo capítulo.

IV. Cómo se enfrentan los fenómenos causales y los multicausales. El proceso como método

Todo proceso judicial es un método destinado a resolver conflictos jurídicos con intervención de jueces estatales entre individuos, grupos o clases de individuos vinculados por la ley civil o mercantil en general. Como método es una manera de tratar los conflictos sociales, pero no es el único, pues también existe la mediación, la conciliación y otros métodos alternativos (21).

Nuestro concurso preventivo, el APE y la quiebra son, en sí y como procedimientos judiciales, heurísticas (22) que, aunque no han desentrañado totalmente la multicausalidad y continúan utilizando antiguos remedios causales, sin embargo, han tratado el problema sosteniendo la idea de la *universalidad* como principio (todos los bienes y todos ellos créditos sujetos a un único procedimiento).

En cualquier disciplina técnica moderna, los problemas multicausales se abordan clasificando causas, proponiendo soluciones acordes a cada conjunto de ellas, de modo de que sus

efectos comulguen además con un efecto deseado para todo el conjunto de problemas (23).

Puede decirse, que la ley 24.522 comenzó un camino para mejorar la heurística tradicional de la ley 19.551, cuando introdujo el APE, el concurso del agrupamiento, la categorización de créditos y la formulación de propuestas diferenciadas.

Estas ideas se encuentran en línea con la idea de resolver la cesación de pagos moderna, aunque aparecen (entre muchos) los siguientes problemas, en donde la solución para un grupo de causas conspira contra las restantes alterando la racionalidad del método elegido, sea porque el comportamiento estratégico de los acreedores daña el mecanismo concursal, o porque se llega a que la decisión de ciertos acreedores no beneficia a todos ellos:

a) *La categorización y la formulación de propuestas diferenciadas* tuvieron escasísima aceptación en materia de Pymes y personas físicas, porque se implantó un régimen de mayorías muy rígido. La excelente idea de clasificar créditos para poder proponerles a cada uno una o varias soluciones diferentes —que es un modo apto de afrontar problemas multicausales, en todas las disciplinas— debía llevar de la mano un régimen particular de aprobación de dichos acuerdos (24). Al imponerse para todos los casos el único régimen de mayorías del art. 45 de la LCQ, se limitaron mucho las posibles ventajas de la categorización por una cuestión matemática: al fraccionarse el conjunto de acreedores dentro de cada categoría, cada uno de ellos (o un conjunto pequeño de ellos) logra un mayor peso individual que el que tendrían sobre el total de acreedores, para determinar el fracaso. Eso desincentivó la categorización y la posibili-

(21) Más al respecto en nuestra ponencia junto a COSTE, Diego, sobre "Mediación concursal" para el II Congreso Panamericano de Derecho Societario y Concursal, en San José de Costa Rica, noviembre de 2014.

(22) Heurística refiere a la disciplina que estudia el modo lógico de resolver problemas. Más sobre el tema en la obra de RODRÍGUEZ TOLEDO, Rafael A., "Heurísticas en las ciencias económicas y sociales, una visión práctica", *Revista Venezolana de Análisis de Coyuntura*, vol. XV, nro. 1, enero-junio, 2009, Universidad Central de Venezuela, Caracas, ps. 135-164.

(23) Así puede verse, p. ej., en epidemiología la descripción de la Dra. LAZA VÁSQUEZ, Celmira, "La causalidad en epidemiología", *Investigaciones Andina*, vol. 8, nro. 12, 2006, Fundación Universitaria del Área Andina, Pereira, Colombia. Con mayor alcance los documentos de la Organización Panamericana de la Salud, "Boletín epidemiológico", vol. 23, nro. 1, marzo 2002. En formato electrónico en: <http://www.paho.org/spanish/sha/bsindex.htm>.

(24) La ley 19.551 tenía mayorías morigeradas para el caso de las esperas y propuestas de pago íntegro (arts. 55 y 56).

dad de ofrecer propuestas diferenciadas en pequeñas y medianas empresas o en particulares.

b) El *concurso en caso de agrupamiento* era otra idea excelente, porque implicaba colocar dentro del método a todo un grupo de sociedades, para luego segmentar y resolver los problemas de cada componente. Algunas rigideces mencionadas en el punto anterior se salvaron con el sistema de propuesta unificada del art. 67 de la LCQ. Sin embargo, la transmisión de la quiebra prevista en el mismo artículo para todo el grupo cuando uno de sus componentes cayera en ese estado durante el periodo de cumplimiento, conspiró contra la misma solución proyectada.

c) Lo mismo sucede con los *derechos otorgados a los trabajadores* por la ley 24.522, luego aumentados por la ley 26.086 y la ley 26.684. Al no discriminarse en el concurso preventivo entre *trabajadores en actividad* dentro de la empresa y *créditos laborales de relaciones extinguidas*, la aceleración del cobro de estos últimos (pronto pago, art. 16, LCQ), conspira contra la estabilidad en el empleo de los primeros; lo mismo en las hipótesis de salvataje (art. 48 bis, LCQ) aunque la distinción resulta eficaz —y tardía— en la propuesta de trabajadores del establecimiento sobre los bienes desapoderados en la quiebra (art. 187, LCQ), pero la distinción vuelve a desaparecer en la continuación de la empresa en quiebra del art. 189, LCQ. Ídem el establecimiento de requisitos como el número de 20 trabajadores del art. 288, inc. 3º, para los pequeños concursos, que generó más despidos en las Pymes, que soluciones, es otro ejemplo claro de contrasentido.

d) La idea de interesar a los acreedores en un *salvataje* (art. 48, LCQ) para el caso en que el concursado no consiguiera conformidades, fue otra gran idea. Pero la falta de claridad de la norma (en especial en materia de adquisición por trabajadores), la escasez de información contable y fiscal fidedigna desde el inicio del proceso concursal y las confusiones en torno a la adquisición de la sociedad dificultaron el método, de modo que una solución en beneficio de acreedores terminó por conspirar contra estos últimos porque se carece de certeza en que la decisión de un grupo de acreedores realmente beneficie al resto.

e) El *acuerdo preventivo extrajudicial* (APE), que promovió la desjudicialización de las soluciones concursales funcionó para grandes empresas. La idea de desjudicializar los procesos es toda una tendencia que en nuestro continente recaló con cierto éxito por ejemplo, en el Perú (ley 27.809), pero ello supone que se exijan ciertos *contenidos básicos de la propuesta de reorganización* (p. ej., art. 66 de la ley peruana sobre el contenido mínimo del Plan de Reestructuración; *id.*, art. 33 de la Ley de Colombia) de modo que los acreedores que no formaron parte del acuerdo tengan tutelados sus derechos y facilitar la homologación judicial. La norma liberatoria del art. 71 de la LCQ argentina, termina fulminando estas dos cuestiones.

f) En materia de *créditos fiscales* de los tres órdenes de Gobierno y que corresponden a muy variadas causas, la ley lo único que generó fueron privilegios y preferencias (arts. 140, inc. 4º, 241, inc. 3º y 246, inc. 4º, LCQ), incluyendo un mecanismo informativo tutelar peculiar durante el concurso preventivo (art. 14, inc. 12, LCQ). Pese a que son prácticamente créditos extracursales, por su naturaleza privilegiada y por su indisponibilidad (que provoca la necesaria adhesión a planes especiales de cumplimiento con límites de cuotas inflexibles cualquiera sea el monto de las deudas), los incluyó de manera irrazonable en el mismo sistema de verificación del resto de los créditos (art. 32 y ss., LCQ); lo cual genera toda clase de problemas (25) que provocan incertidumbre respecto del valor real de los activos del concursado alcanzados por dichos privilegios.

Habiendo reseñado estos métodos y algunos de sus problemas, es preciso que analicemos si el APE, el concurso preventivo y la quiebra serían útiles para tratar la actual crisis económica que sufren nuestras empresas y conciudadanos, derivada de la de las restricciones a la actividad económica por la pandemia COVID-19.

En primer término, es necesario considerar que el concurso preventivo y la quiebra son procesos cuyo presupuesto sustancial objetivo es el

(25) En particular: verificaciones con tomas de pantalla y títulos ejecutivos causales, incidentes de revisión eternos y toda clase de distorsiones entre los procedimientos administrativos y los judiciales.

estado de cesación de pagos, que está referido a la imposibilidad de cumplir regularmente con las obligaciones exigibles y que es, como lo hemos descrito, *multicausal* en el mundo moderno; recordemos que sobre el susodicho estado el art. 1º de la LCQ dice “cualquiera sea su causa”.

El APE aligera un poco más esa exigencia, pues el art. 69 requiere de estado de cesación de pagos o dificultades económicas y financieras, pero exige que sean de *carácter general* respecto del patrimonio del sujeto y están indudablemente referidas a obligaciones exigibles, pues el acuerdo se celebra con acreedores de créditos con ese carácter (arts. 72, y 73, LCQ).

Como puede verse hay dos cuestiones sustanciales que fallan para que los procedimientos concursales resuelvan el problema de la crisis actual: muchas de las obligaciones supuestamente incumplidas en la situación de pandemia (caso fortuito, art. 1730, Cód. Civ. y Com.) son total, parcial o temporalmente *inexigibles* (imposibilidad de cumplimiento, arts. 955 y 956, Cód. Civ. y Com.), en muchos contratos de donde surgirían las obligaciones supuestamente incumplidas existe *frustración de su finalidad* (art. 1090, Cód. Civ. y Com.), o están alcanzados por la *imprevisibilidad* (art. 1091, Cód. Civ. y Com.), o son susceptibles de *renegociación*, cuando son contratos de larga duración (art. 1011, Cód. Civ. y Com.), etcétera. El proceso concursal no está concebido para tratar ese tipo de cuestiones. Si bien ni el concurso preventivo ni el APE hacen exigibles por sí los créditos (art. 353, Cód. Civ. y Com.) porque no hacen caducar los plazos de las obligaciones, sin embargo, son procesos que tratan de resolver cuestiones derivadas de obligaciones exigibles o de obligaciones que, cuando tengan ese carácter, junto a otros factores, producirán una crisis económica aguda o la insolvencia.

Los procedimientos concursales fueron diseñados, bien o mal, para situaciones de insolvencia dentro de la normalidad del tráfico, esto es, cuando el mercado fija las condiciones de los intercambios. No están diseñados para considerar las consecuencias económicas de hechos fortuitos, tales como pandemias, guerras o revoluciones, donde es el Estado quien fija las condiciones de ejercicio de la actividad económica que se trate.

Los principios de universalidad y de concurrencia en los procedimientos concursales están íntimamente relacionados con el carácter general extensivo del estado de cesación de pagos y poco tienen que ver con la situación patrimonial actual de empresas y consumidores, que frente a una causa determinada (la cuarentena derivada de la pandemia que comporta caso fortuito, en la mayoría de las actividades), han elaborado del modo en que han podido, un plan de contingencia —así como se han cuidado de los contagios del virus— para poder sobrevivir, seleccionando obligaciones que han honrado y algunas que no, según un orden de necesidad acorde a las condiciones del momento.

Esas condiciones las ha impuesto el propio Estado y no se derivan del mercado: en primer término ha impedido o restringido el desarrollo de las actividades económicas; en algunos casos ha transferido las consecuencias del caso fortuito, por ejemplo obligando a mantener las relaciones de trabajo, impidiendo los despidos y las suspensiones, y otorgando subsidios para que se puedan pagar los salarios; en otros casos ha elaborado planes para aligera la presión fiscal postergando vencimientos y refinanciando pagos; también ha procurado (con suerte diversa) que sujetos de derecho privado (bancos y entidades emisoras de tarjetas de crédito) concedan planes de financiamiento de obligaciones, etcétera.

Por otra parte, no es un secreto que los procedimientos concursales son *onerosos*, una regla que también tiene que ver con que es el mercado quien pone las condiciones en las situaciones de insolvencia en el tráfico normal. Renegociar los términos de las obligaciones en el contexto concursal es un precio muy caro, cuando el deudor está afectado por imposibilidad temporaria o definitiva de cumplimiento de sus obligaciones.

También, y en parte con motivo en la multicausalidad que ya mencionamos, son *lentos*: la sindicatura y los jueces se enfrentan a las situaciones de crédito más disímiles, casi ninguna reconoce una causa única y por ello cada crédito tiene un tratamiento particular, lo cual provoca dilaciones y demoras; el concursado debe categorizar a sus acreedores para poder ofrecer propuestas diferenciadas para luego lidiar en

una negociación muchas veces difícil con cada uno de ellos durante el periodo de exclusividad; en la quiebra existen diferentes efectos sobre los contratos y relaciones jurídicas preexistentes, etcétera.

Si el concurso preventivo fuese un posible remedio, imagínese la situación del juez y de los acreedores cuando los créditos sean observados en los términos de los arts. 955, 956 y 1730 del Cód. Civ. y Com. que ya hemos comentado. Se comprenderá que es una solución sobreabundante y onerosa.

Por último, tanto el concurso preventivo como la quiebra restringen temporalmente la posibilidad de pago de créditos por causa o título anterior a la presentación concursal, provocando que el sujeto concursado sea un auténtico escollo en el tráfico de un mercado debilitado, aun cuando el sujeto conserve cierta aptitud disminuida para pagar sus créditos y tenga elaborado un plan para afrontar su crisis.

Como puede concluirse, los procedimientos de la LCQ no serían los más adecuados para tratar la situación de empresas y ciudadanos que soportan las condiciones económicas penosas que se han impuesto a causa de la pandemia COVID-19.

Como ya lo hemos manifestado no quiere decir esto que, cuando la situación económica se normalice y vuelva a ser el mercado quien principalmente ponga las condiciones de ejercicio de la actividad económica y ya la pandemia y las restricciones a las actividades económicas hayan quedado atrás; no sea necesario aplicar los procesos concursales a situaciones auténticas de cesación de pagos, quizás modificando la ley 24.522 para adecuarse al Código Civil y Comercial y al siglo XXI, reconociendo de una vez por todas la multicausalidad en procura del reflotamiento de las empresas en crisis o la liquidación de activos maximizados, como lo hemos ya propuesto con anterioridad a este trabajo (26).

Pero en la actualidad, resulta necesario hallar un tipo de procedimiento que despeje rápida-

mente la incertidumbre acerca de los contratos y las obligaciones afectadas por el caso fortuito derivado de la pandemia, con el norte puesto en el Código Civil y Comercial y no en la ley concursal, para lo cual abriremos capítulo.

V. La propuesta de un procedimiento de adecuación de relaciones afectadas por la pandemia de COVID-19

Como hemos dicho, el Código Civil y Comercial de 2015 dispone que las obligaciones afectadas por caso fortuito o fuerza mayor (art. 1730, Cód. Civ. y Com.) se extinguen sin responsabilidad por imposibilidad de cumplimiento, cuando esta es sobrevenida, objetiva, absoluta y definitiva respecto de la prestación (art. 955, Cód. Civ. y Com.). Si la imposibilidad es temporaria, solo tiene efecto extintivo si el plazo es esencial (art. 956, Cód. Civ. y Com.). El contrato del cual deriva esa obligación se puede suspender en su cumplimiento para no perjudicar a ambas partes (arts. 1031-1032, Cód. Civ. y Com.).

Esto puede tener reflejo posterior en una resolución del contrato por frustración (art. 1090, Cód. Civ. y Com.) o su adecuación por imprevisibilidad (art. 1091, Cód. Civ. y Com.), que supone un reajuste de las prestaciones de las partes, o en la renegociación del contrato, si es de larga duración (art. 1011, Cód. Civ. y Com.).

La idea de readecuar obligaciones y contratos con motivo en la pandemia ya ha sido desarrollada por destacados civilistas. Ha definido el Dr. Leandro Vergara, por ejemplo, que “la readecuación es una modificación en alguno de los elementos del contrato, un cambio en su contenido. La readecuación contractual puede estar dispuesta por voluntad de las partes a través de un proceso de negociación u originarse en una ley que imponga coactivamente una modificación de los términos contractuales. Por último, en ciertos casos, el juez está igualmente habilitado para ordenar una readecuación, desde luego, a pedido de parte. Cada variante de readecuación tiene sus peculiaridades y, por supuesto, sus límites” (27).

La idea parte del respeto al principio de conservación del contrato (art. 1066, Cód. Civ. y

(26) Nuestro trabajo junto a DASSO (h), Ariel G., "El derecho concursal argentino y la pandemia de COVID-19: propuestas de mejora", LA LEY del 24/04/2020, 1; LA LEY, 2020-B, 999, AR/DOC/1234/2020.

(27) VERGARA, Leandro, "La readecuación contractual", LA LEY del 10/08/2020, 1.

Com.) y al deber de obrar de buena fe en el ejercicio de los derechos (art. 9º, Cód. Civ. y Com.) y se impone cuando acontecimientos extraordinarios como los que estamos viviendo obligan a suspender o interrumpir el cumplimiento de las obligaciones temporariamente (arts. 955 y 956, Cód. Civ. y Com.), cuando se modifica sustancialmente la finalidad del contrato (art. 1090, Cód. Civ. y Com.), una de las prestaciones se convierte en excesivamente onerosa por este acontecimiento imprevisto (art. 1091, Cód. Civ. y Com.), o se impone como deber de renegociar en contratos de larga duración (art. 1011, última parte, Cód. Civ. y Com.).

Un proceso general destinado a declarar extinguidas obligaciones por imposibilidad definitiva de cumplimiento o adecuar un contrato por imprevisibilidad con motivo de la pandemia COVID-19, o habilitar su renegociación, debe presentar a nuestro entender estas características generales:

1) *Debe ser transitorio*: Se trata de una norma procesal destinada a establecer un proceso de crisis que no es definitivo, sino que la actividad económica volverá a la normalidad cuando los efectos biológicos de la pandemia se hayan solucionado, sea a través de medidas de prevención bioquímicas como lo son las vacunas, que hagan regresar la situación al período anterior a la pandemia; o porque la actividad económica se recondujo con otro tipo de características, como sucedería si persistiera el ASPO como medida general por razones biológicas permanentes y todos los vínculos comerciales se volcaran hacia el comercio electrónico, como una nueva normalidad. Existiendo ya información científica acerca de que una vacuna podría comenzar a aplicarse en el primer trimestre de 2021, existe ya un indicio de frontera temporal de esta crisis.

2) *Debe surgir de normas locales*: Al no tratarse de situación de “bancarrotas” del art. 75, inc. 12, de la CN y no derivarse la crisis del estado de cesación de pagos multicausal, sino provocada por un caso fortuito del Código Civil y Comercial; quien debe diseñar el procedimiento son los gobiernos locales, como sucede con toda normativa procesal que debe aplicar derecho común. Además, sucede que cada provincia ha sufrido la pandemia de un modo diferente, posee un sistema judicial distinto en cada juris-

dicción, con medios y recursos particulares, por lo cual un régimen general no parece ser aconsejable.

3) *Debe ser rápido y electrónico*: No pueden ser procesos que se prolonguen innecesariamente en el tiempo y cada jurisdicción debe adecuar los medios a los fines propuestos. Lo ideal es que sean fundamentalmente electrónicos, de manera que la idea de transitoriedad que establecimos en el primer punto sea respetada. Si existe ya la certeza acerca de que una vacuna estará disponible en el primer trimestre de 2021, no parece razonable que la extensión de los nuevos plazos para el cumplimiento de las obligaciones vaya más allá de los dieciocho meses de concluido el trámite, salvo acuerdo entre las partes.

4) *Debe ser económicamente sustentable*: Esto significa que ni los impuestos, ni las costas deben ser un obstáculo para el acceso a la jurisdicción, ni deben existir profesionales que deban sostener el proceso de manera irrazonable, como a veces sucede con la sindicatura en los concursos preventivos y en las quiebras. Si el juez debe imponer un tipo determinado de interés, no debería ser superior a la tasa pasiva para depósitos a treinta días de bancos oficiales (el interés de plazos fijos), salvo que exista un motivo fundado para apartarse de esa tasa.

5) *Debe responder a los criterios básicos de los procesos dispositivos*: Un proceso de este tipo debe poder aprovechar algunas características de los procedimientos colectivos concursales, pero sin abandonar las notas salientes de los procesos dispositivos. Debe poder ser renunciable, no debe estar regido por la universalidad, ni por la concursabilidad. Pero debe ser un tipo de proceso que se ejerza por única vez respecto de una o varias obligaciones, pues se trata de una solución transitoria para resolver un problema excepcional.

6) *La sentencia debe sostenerse en criterios claros y objetivos*: Se ha dicho con acierto que “un derecho desarrollado debe suministrar criterios de interpretación que sean previos a la resolución del caso. Ello da seguridad y previsibilidad. Los criterios deben aplicarse utilizando parámetros fundados, susceptibles de prueba y, por consiguiente, que permitan su aprobación y crítica. De otro modo, serían arbitrarios. En este

punto hay que cuidarse, incluso, de la sobreutilización de los criterios de equidad y justicia a secas, cuando se presentan indeterminados, sin mayores explicaciones o apoyados en la autorreferencia. Es más, el uso de, p. ej., partir la diferencia, pagar la mitad u otros son fórmulas que dan cuenta del fracaso de otros criterios" (28). Esto significa que la normativa procesal debería indicar límites y pautas de readecuación razonables para la situación que estamos viviendo: por ejemplo, plazos límites de cumplimiento, número de cuotas o tasas de interés mínimas o máximas.

Si se siguen las pautas del Código Civil y Comercial, un proceso de este tipo debe asegurar estos tres principios cardinales:

a) El respeto por la *buena fe*: la primera norma en materia de ejercicio de derechos es el respeto por el principio de la buena fe (art. 9º, Cód. Civ. y Com.). Cualquier procedimiento que se diseñe debe tener por norte evitar actos de mala fe, que se configuran cuando el sujeto hace ejercicio de modo antifuncional de un derecho a sabiendas, o teniendo el deber de conocer determinada situación, circunstancias, datos, condiciones, calidades, etc., relevantes para el derecho a la luz de las particularidades propias del acto jurídico que se trate (29).

b) Debe perseguir la búsqueda por la *verdad objetiva*: no hay obrar de buena fe, si se admite que las partes mientan o falseen la verdad en los procedimientos judiciales y en este proceso no

(28) VERGARA, Leandro, "La readecuación contractual", La Ley 10/08/2020, 1.

(29) ALFERILLO, Pascual E., "Reflexiones sobre la vinculación de la 'mala fe' con los factores de atribución subjetivos", en CÓRDOBA, Marcos M. (dir.) — GARRIDO CORDOBERA, Lidia M. — KLUGER, Viviana (coords.), *Tratado de la buena fe en el derecho*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2004, p. 219; conferencia de ingreso como académico correspondiente a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba dictada en fecha 09/09/2003 bajo el título "Reflexiones sobre la mala fe", *Anales, año académico 2003*, Córdoba, p. 151, página web www.acader.unc.edu.ar; *Revista del Notariado*, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, año CVIII abril, mayo-junio 2005, p. 23; "La mala fe", *Vniversitas* nro. 122, Colombia, 2011, ps. 441-482; "La mala fe en la celebración de los contratos", *Revista Iberoamericana de Derecho Privado*, nro. 1, mayo 2015, "Buena fe contractual", cita IJ-LXXVII-786, entre otras publicaciones.

habrá tiempo disponible para lidiar con falsedades. La gran deuda de la justicia argentina y de la abogacía en general con la sociedad, no es otro más que el tema de la verdad y esta es una oportunidad para encaminar esa cuestión y diseñar un procedimiento que tenga por fundamento el respeto por la verdad material y sanciones severas en caso de falsedad (30).

c) Debe prevenir el ejercicio *abusivo de derechos*: el Código Civil y Comercial no ampara el ejercicio abusivo de derechos y los jueces deben ordenar lo necesario para evitar los efectos de ese tipo de conducta o situación jurídica abusiva.

Como consecuencia de lo expuesto, un procedimiento con estas características debería aprovechar algunas de las experiencias exitosas de la técnica concursal en el tratamiento colectivo de créditos y consistir en lo siguiente:

1) *La demanda*: El damnificado por la situación de pandemia debería promover su demanda indicando bajo declaración jurada qué obligaciones deben ser declaradas extinguidas o suspendidas temporalmente en su cumplimiento por caso fortuito y de qué modo se propone cumplir con las obligaciones suspendidas, indicando su monto y causa y el domicilio de cada acreedor, individualizando cada obligación en detalle y el contrato a que accede. Debe explicar las razones objetivas de esa situación, las restricciones que ha sufrido en su actividad y acompañar toda la prueba documental a su respecto, con dictamen de contador público. La falsedad en su declaración jurada, en cualquiera de sus puntos relevantes, debe conllevar:

a) La exigibilidad inmediata de todas las obligaciones como de plazo vencido, con más un interés elevado;

(30) Michele Taruffo ha escrito obras maravillosas en tal sentido desde su más conocida "La prueba" (trad. L. Manríquez y J. Beltrán Ferrer, 2008), hasta "Simplemente la verdad" (trad. D. Accatino Scagliotti, 2010) ambas publicadas por Marcial Pons y que corresponde considerar en este tema. En esa última obra, dice Taruffo: "Naturalmente, nadie habla de verdades o de certezas absolutas, que son 'privilegio del fanático' (...) nadie piensa en correspondencias automáticas entre el pensamiento y el mundo o entre el lenguaje y el mundo, que serían típicas de un realismo ingenuo insostenible o de un fiscalismo radical (...). Se perfilan en cambio formas de un realismo crítico (...) que, aunque con variantes, convergen en puntos de gran relevancia".

b) Una multa en favor de los acreedores;

c) La fijación de esa multa debe acarrear la responsabilidad solidaria de los profesionales que hayan intervenido (abogado y contador, en su caso), a menos que demuestren haber sido engañados por el deudor.

La demanda debe acompañarse de un monto destinado a atender los gastos de un eventual peritaje contable o económico (que se restituirá al actor si resulta ser innecesario), constituir domicilio electrónico y denunciar una CBU desde la cual efectuará los pagos que propone realizar. No se admitirá otro medio de acreditación de pagos, más que a través de ese canal bancario.

2) *Escudo protector e integración de la litis*: Activada la jurisdicción, el juez debe dictar una medida cautelar del estilo del “escudo protector” (31) que la doctrina ha propuesto como un *stay* o especie de prohibición de innovar, con el fin que los acreedores alcanzados no puedan agredir o trabar medidas sobre el patrimonio del damnificado y ordenar las notificaciones a los acreedores a los domicilios denunciados por el damnificado, cuya notificación deberá asumir el actor en un plazo de no más de diez días hábiles, bajo apercibimiento de desistimiento de la presentación respecto del acreedor no notificado en plazo. Los acreedores, una vez notificados, tendrán un plazo de diez días hábiles ampliables debido a la distancia, para formular observaciones a la propuesta del damnificado acompañando toda la prueba con que intenten valerse, con la obligación de constituir un domicilio electrónico y denunciar una CBU en la cual deberán recibir los eventuales pagos que se realicen.

3) *Resolución*: Integrada la *litis* el juez podrá resolver:

a) El rechazo de la propuesta del damnificado y la imposición de la multa si se descubriera la falsedad en sus declaraciones; o

b) La aceptación de la propuesta del damnificado, homologando el acuerdo y ordenando los pagos comprometidos o la extinción de las obligaciones mencionadas; o

c) La apertura a prueba de la causa por diez días designado al perito que evaluará la situación y estableciendo los puntos de peritaje que el juez considere necesario para aclarar los aspectos que correspondan y sobre los cuales tenga dudas razonables. Ínterin, el perito realiza su trabajo, el juez debe correr un segundo traslado electrónico breve hacia las partes, para que manifiesten acerca de los puntos controvertidos y las posibilidades de superación de las controversias. Producido el dictamen, sin otro trámite, el juez debe convocar a una única audiencia de vista de causa con presencia del perito, del damnificado y de los acreedores que deseen asistir al procedimiento, donde se formularán las observaciones al peritaje y se decidirá por el rechazo o modificación de la propuesta según el criterio fundado por el juez de la causa.

El juez deberá resolver de inmediato, en estos sentidos: i) por la homologación de un acuerdo; ii) por el rechazo de la demanda y determinación de la multa que corresponda; o iii) por la imposición por parte del juez de las nuevas modalidades de las obligaciones o su extinción, si correspondiera. El juez no podrá imponer el diferimiento en los pagos de las obligaciones exigibles más allá de dieciocho meses de emitido su fallo y la tasa de interés que imponga no puede superar la tasa pasiva por depósitos a treinta días según bancos oficiales, salvo motivos fundados para apartarse de esa tasa. La sentencia debe notificarla el juez electrónicamente, o *ministerio legis* si algún acreedor no constituyó domicilio electrónico.

4) *Impugnación y segunda instancia*: Dictada la sentencia, la resolución debe ser apelable con efecto devolutivo por cualquiera de las partes si homologara o estableciera las nuevas condiciones de las obligaciones alcanzadas, restringiendo la apelación a causales determinadas de impugnación del acuerdo. Si la apelación fuera introducida por el deudor con motivo del rechazo de la demanda, la apelación debe tramitar con efecto suspensivo y sin restricciones.

5) *Revisión en la instancia*: Los acreedores o el deudor también deberían poder en un plazo de caducidad de veinte días hábiles de notificado por *ministerio legis* la sentencia, revisar los créditos propios o de terceros en la instancia a través de un procedimiento individual, similar al

(31) RICHARD, Hugo E., “¿Un escudo protector?” *el-Dial*, 24/08/2020.

de un incidente de revisión concursal (art. 37 LCQ) sujeto a un término de caducidad. Debe existir también la posibilidad de una acción de dolo, con un plazo de prescripción más largo, para el caso en que se descubra falsedad en las declaraciones del damnificado o de los acreedores.

6) *Costos y costas*: El procedimiento debe estar exento de tasas de justicia y las costas del procedimiento normal deben ser por su orden, salvo en los casos de apelaciones, rechazo de la propuesta del deudor, incidentes de revisión o de acciones de dolo donde las costas deben ser impuestas al vencido. La ley debe establecer porcentajes fijos de retribución de los profesionales por su actuación en cada caso, con cifras máximas como tope.

7) *Cumplimiento*: Homologado o impuesto el acuerdo, el deudor debe cumplir con los pagos comprometidos. La falta de pago debe habilitar la ejecución individual de los créditos y el damnificado podrá presentarse en concurso preventivo si su situación configura estado de cesación de pagos.

VI. Conclusiones

La actual crisis es un problema de muy difícil solución, pero debemos recordar que en la crisis de 2001 fue la justicia y la abogacía quienes se pusieron al frente de los reclamos de la ciudadanía y resolvieron en buena parte los problemas que se presentaron en ese momento.

Exigir que el derecho concursal intervenga para procurar repartos en esta crisis sería un error, pero sí el derecho concursal tiene soluciones análogas que aportar en su vastísima expe-

riencia para tratar cuestiones donde interviene un colectivo de sujetos, para el diseño de un proceso civil dispositivo que atienda el problema que estamos atravesando.

La actual crisis derivada por la pandemia no constituye estado de cesación de pagos, en particular, porque es razonable que las obligaciones incumplidas no sean exigibles con motivo en el caso fortuito que generó la propia pandemia y la actuación del Estado y existen remedios en el Código Civil y Comercial para la imprevisibilidad, la frustración del contrato y la renegociación de contratos de larga duración. Por otra parte, el estado de cesación de pagos es multicausal y no es reducible a una causa determinada, como lo es la propia pandemia y sus efectos.

Se puede considerar que esta situación actual es la ocasión para que el Poder Judicial (y la abogacía en particular) elaboren nuevas pautas de conducta, dentro de un procedimiento acorde que impondrá el legislador de cada jurisdicción, para reconciliarse con una sociedad que demanda soluciones y reclama por la verdad en los procedimientos judiciales.

El procedimiento que se propone en este trabajo exige sujetarse a tres principios sustanciales: buena fe, verdad objetiva y prohibición de ejercicio abusivo de derechos. Al mismo tiempo se postulan estos principios instrumentales: celeridad, economía sustentable, transitoriedad e inquisitorialidad.

Nos debemos, en homenaje a las familias de quienes han perdido la vida a causa de esta pandemia, actuar con seriedad y responsabilidad. Quienes tenemos fe en el derecho, sabemos que ello posible.

Viajes de egresados y cuarentena por COVID-19

María Agustina Nager

Elizabeth M. Paz

Sumario: I. Introducción.— II. Marco normativo.— III. Análisis desde la perspectiva del derecho del consumidor.— III. Conclusiones preliminares.— IV. La cuestión desde la perspectiva del Código Civil y Comercial de la Nación.— V. Conclusiones.

I. Introducción

En el presente trabajo se analizará el régimen aplicable a las reprogramaciones y devoluciones de los servicios turísticos estudiantiles cuya realización o prestación se ha visto impedida con motivo de las restricciones ambulatorias dictadas por el Poder Ejecutivo Nacional, en el marco de la pandemia por el coronavirus (COVID-19).

En primer lugar, se realizará una breve reseña de la normativa dictada. Luego se analizará la situación desde la óptica específica del derecho del consumidor y, por otro lado, acudiendo a las normas generales del Código Civil y Comercial de la Nación; finalmente se deslizarán algunas conclusiones.

II. Marco normativo

Con fecha 02/11/2020 el Ministerio de Turismo y Deportes dictó la res. 498/2020 (1), que entró en vigor a partir del día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial (03/11/2020).

Allí se estableció que los viajes de turismo estudiantil, cuya realización o prestación se haya visto impedida con motivo de las restricciones ambulatorias dictadas por el Poder Ejecutivo Nacional, en el marco de la pandemia por coronavirus, se podrán reprogramar “en un plazo

de 12 meses posteriores al levantamiento de las medidas restrictivas de circulación (ASPO) y deberán respetar la estacionalidad, calidad y valores convenidos”.

Las agencias estarán obligadas a presentar “al menos dos fechas e itinerarios alternativos” para la realización de los viajes, “en un plazo máximo de 60 días corridos” desde el levantamiento de las medidas restrictivas de circulación.

Los turistas dispondrán de “30 días corridos para elegir una de las opciones” de viaje presentadas por las agencias —una única alternativa por contingente— o, en su defecto, podrán solicitar el “reintegro de lo abonado por los servicios contratados, en cuyo caso las agencias de viajes podrán retener hasta un 25% del precio”.

En el último supuesto mencionado, las agencias podrán efectuar la devolución hasta “en dos cuotas mensuales y consecutivas”, a hacerse la primera efectiva a los 30 días corridos de notificada la solicitud de reintegro por el usuario.

Los agentes de viaje que incumplan con lo dispuesto en la presente medida serán pasibles de las sanciones de cancelación, suspensión de licencia y/o multa, conforme al procedimiento sumarial establecido en los arts. 18 y ss. de la ley 18.829 de Agentes de Viaje y la ley 25.599, sus modificatorias y complementarias.

El turismo estudiantil está regulado por la ley 25.599 y su modificatoria, y la res. del ex Ministerio de Turismo 23/2014.

(1) Res. 498/2020, Ministerio de Turismo y Deportes, “Agencias de Turismo Estudiantil — Reprogramación de servicios turísticos”, sanc. 02/11/2020, BO del 03/11/2020, <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/236835/20201103>.

La Ley de Turismo Estudiantil (ley 25.599, modificada por ley 26.208) establece en su art. 10: “La Secretaría de Turismo de la Presidencia de la Nación o el organismo que en el futuro la reemplace, será la autoridad de aplicación de la presente norma, así como de sus disposiciones reglamentarias y complementarias.

“Sin perjuicio de lo establecido en la presente ley, en las relaciones de consumo que se generen, se aplicará la Ley de Defensa del Consumidor 24.240, y sus normas complementarias y mediante sus respectivas autoridades de aplicación” (artículo sustituido por art. 5º, ley 26.208, BO 17/01/2007).

En concordancia, dispone el art. 11: “Sin perjuicio de lo establecido en la presente ley, en las relaciones de consumo que se generen se aplicará la ley 24.240 y normas complementarias”.

Por último, es vital tener en consideración su art. 12: “Si por razones de fuerza mayor fuese imposible la utilización de alguno de los servicios previamente contratados, la agencia deberá brindar siempre uno de igual o superior categoría al establecido. Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, el usuario podrá optar por la rescisión del contrato debiendo la agencia reintegrar el monto total de los servicios incumplidos”.

Mención aparte merece la ley 27.563 (BO 21/09/2020), de sostenimiento y reactivación productiva de la actividad turística nacional. Ello porque expresamente, en su art. 28, dispone que las reprogramaciones y devoluciones de servicios de turismo estudiantil serán establecidas por la autoridad de aplicación de la ley 25.599, excluyendo a los viajes de egresados de las previsiones de su articulado.

Allí, para el turismo en general, se dispone en el tít. IV —“Derecho de los consumidores ante reprogramaciones y cancelaciones ocurridas como consecuencia de la pandemia por coronavirus COVID-19”—, art. 27: “Los establecimientos hoteleros de alojamiento temporario y empresas de transporte —en cualquiera de sus modalidades— que se hayan visto afectados o impedidos de prestar los servicios contratados con motivo de la pandemia por coronavirus COVID-19, y cuyos servicios fueron contratados de manera directa, podrán ofrecer alternativamente a los usuarios las siguientes opciones:

”a) La reprogramación de los servicios contratados, respetando la estacionalidad, calidad y valores convenidos, dentro de un período de doce [12] meses posteriores al levantamiento de las medidas restrictivas de circulación adoptadas por el Poder Ejecutivo;

”b) La entrega de *vouchers* de servicios para ser utilizados hasta doce [12] meses posteriores al cese de las medidas de restricción, los cuales deberán brindar el acceso —sin penalidades— a equivalentes servicios contratados u otros que pudiera aceptar el cliente;

”c) El reintegro del monto abonado por los servicios contratados mediante el pago de hasta seis [6] cuotas iguales, mensuales y consecutivas con vencimiento la primera de ellas dentro de los sesenta [60] días de recibida la solicitud de reembolso”.

Como se adelantara, la normativa reseñada será objeto de análisis en los apartados siguientes y será abordada desde dos perspectivas diferentes e independientes, arribándose a las respectivas conclusiones sobre la materia.

III. Análisis desde la perspectiva del derecho del consumidor

En primer lugar, “cuando hablamos de turistas nos referimos sencillamente a quien se encuentra dentro de la categoría típica de consumidor, es decir, aquel que adquiere o utiliza un servicio turístico (transporte, hospedaje, alimentación, excursiones) como 'destinatario final', en beneficio propio o de su grupo familiar, tal como reza el art. 1º de la LDC (Cámara Sexta de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba, 10/12/2015, “Combina, José Armando y otro c. Viajes Falabella SA s/ordinario”). De esta manera, la típica relación de consumo se genera con el proveedor del servicio turístico (agencias intermediarias, organizadores, prestadores de servicios turísticos)”(2). Por ello, el contrato de turismo es también un contrato de consumo.

Por un lado, el contrato de turismo es un contrato innominado y se le aplica el régimen legal establecido en el art. 970, Cód. Civ. y Com.

(2) ORDUNA, Javier — SANTANA, Carolina, “El turista: un consumidor hipervulnerable”, en BAROCELLI, S. Sebastián (dir.), *Consumidores hipervulnerables*, Ed. El Derecho, Buenos Aires, 2018, 1ª ed. esp., p. 195.

(en el siguiente orden), por: a) la voluntad de las partes; b) las normas generales sobre contratos y obligaciones; c) los usos y prácticas del lugar de celebración; d) las disposiciones correspondientes a los contratos nominados afines que son compatibles y se adecuan a su finalidad.

Por el otro, sin dudas en este caso (viaje de egresados), se trata de un contrato de consumo —“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” — en los términos del art. 1093 del Cód. Civ. y Com.

Por ende, se le aplica todo el microsistema del derecho del consumidor (art. 42, CN, Cód. Civ. y Com., ley 24.240, etc.) (3). Entendido el derecho del consumidor como “sistema de normas principiológicas, de orden público; fuente constitucional, con perspectiva de derechos humanos de tercera generación, transversal, esencialmente protectorio de los consumidores y usuarios de las relaciones de consumo” (4). Ello porque “las relaciones entre quienes adquieren o utilizan bienes o servicios para satisfacer necesidades domésticas y quienes proveen bienes y servicios en el mercado se dan en un marco de desigualdad estructural, caracterizada por la debilidad y vulnerabilidad de los consumidores y usuarios” (5).

“Todas estas fuentes se aplican concurrentemente bajo la idea general del “diálogo de las fuentes” (arts. 1º y 1094, Cód. Civ. y Com.).

(3) El microsistema de derecho de consumidor (art. 42, CN, y los tratados internacionales con jerarquía constitucional del art. 75, inc. 22, CN, tit. III del Cód. Civ. y Com., ley 24.240 y demás que integran el estatuto del consumidor, etc.) se aplica cuando existe un consumidor como sujeto de protección en los términos de los arts. 1º, LDC, y 1092 y 1096 CCyCN.

(4) BAROCELLI, S. Sebastián, "Hacia la construcción de la categoría de consumidores hipervulnerables", en BAROCELLI, S. Sebastián (dir.), ob. cit., ps. 10-11.

(5) ARIAS CÁU, Esteban J. — BAROCELLI, S. Sebastián, "Necesaria acreditación de una relación de consumo para los daños punitivos", LA LEY del 05/09/2014, 4.

Este diálogo de fuentes no se limita a un diálogo normativo, este es solo un aspecto —quizás el principal, pero no el único— que se extiende al diálogo de los conceptos y al diálogo de la jurisprudencia” (SOZZO, C. Gonzalo, “La protección del turista como consumidor”, p. 794) (6).

Al respecto, la jurisprudencia ha expresado que “La Ley 24.240 de Defensa de los Consumidores alcanza al sector turismo, sin perjuicio de la legislación específica, la que debe necesariamente ser interpretada en beneficio del consumidor o usuario por imperativo legal y constitucional” (7).

En este sentido, los principios del derecho del consumidor desempeñan un papel destacado como orientadores de la tarea hermenéutica. Por ello, resulta interesante tener presente la res. 36/2019 (8) del Grupo del Mercado Común (Mercosur), sancionada con fecha 15/07/2019, donde se plasmaron los principios fundamentales que rigen en materia de defensa del consumidor (un mínimo de protección, dado que se faculta a los Estados parte a adoptar principios adicionales). Entre ellos, en razón al tema que nos atañe, cabe destacar:

— *Principios de progresividad y no regresión.* Los Estados Parte adoptarán medidas apropiadas

(6) STIGLITZ, Gabriel — HERNÁNDEZ, Carlos A., "Tratado de derecho del consumidor", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2015, cap. XVI.1 T. II, 1ª ed. Allí también se concluye: "En fin, el camino correcto es considerar que a) el contrato de turismo es un contrato de consumo, b) la regulación de estos contratos y en general la normativa de tutela del consumidor le es aplicable, c) es competente para el control administrativo de estos negocios la autoridad de aplicación de la ley 24.240, quien es la encargada de aplicar las reglas de protección del consumidor, d) que no funciona de manera supletoria ni subsidiaria."

(7) C. 6ª Civ. y Com. Córdoba, 10/12/2015. "Combina, José A. y otro c. Viajes Falabella SA s/ ordinario".

(8) El sistema de protección del consumidor se integra con las normas internacionales y nacionales que tienden a su tutela. Por un lado, la presencia de derechos fundamentales (dignidad de las personas, vida, salud, igualdad, etc.) reconocidos en tratados internacionales con jerarquía constitucional. Por otro, la organización del mercado también reconocida en tratados internacionales de integración, con jerarquía superior a las leyes. La mencionada norma regional fue incorporada al ordenamiento jurídico nacional y publicada como anexo de la res. 310/2020 de la Secretaría de Comercio Interior, BO 11/09/2020, p. 48.

das para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos de los consumidores que se derivan de las normas internacionales y nacionales, sin retroceder en los estándares de tutela alcanzados en los niveles normativos de protección ni en la implementación de la política de protección del consumidor, considerando los costos y beneficios de las medidas que se propongan;

— *Principio de orden público de protección.* El sistema de protección del consumidor es de orden público;

— *Principio de acceso al consumo.* El sistema de protección del consumidor busca garantizar el acceso al consumo de productos y servicios de calidad;

— *Principio de protección especial para consumidores en situación vulnerable y de desventaja.* El sistema de protección del consumidor protege especialmente a grupos sociales afectados por una vulnerabilidad agravada derivada de circunstancias especiales, en particular niñas, niños y adolescentes, adultos/mayores, personas con problemas de salud o con discapacidad, entre otras;

— *Principio antidiscriminatorio.* El sistema de protección del consumidor implementa las acciones conducentes para alcanzar el objetivo que en el mercado no existan actos u omisiones discriminatorios, conforme lo establecido en los ordenamientos jurídicos nacionales;

— *Principio de buena fe.* El sistema de protección al consumidor se asienta en la buena fe de las partes intervinientes en el contrato (9);

— *Principio de armonización.* Resulta fundamental armonizar los intereses de los participantes de las relaciones de consumo, haciendo compatible una adecuada protección y tutela de los derechos de los consumidores con el desa-

rollo económico y tecnológico, siempre fundamentado en la buena fe y el equilibrio en las relaciones entre consumidores y proveedores;

— *Principio de reparación integral.* El sistema de protección al consumidor debe asegurar a este una reparación integral en caso de daños derivados de las relaciones de consumo, debiendo preverse la disponibilidad de medios efectivos de solución de controversias y de compensación.

Si bien todos estos principios deben ser tenidos en consideración al resolver la cuestión bajo análisis, como se verá más adelante, resulta imperioso reparar ahora en que el turista es un consumidor hipervulnerable —y les es aplicable el mentado *principio de protección especial para consumidores en situación vulnerable y de desventaja*—, o sea, está revestido de una especial vulnerabilidad jurídica, estructural y fáctica (sociocultural) respecto del resto de los consumidores (10). Piénsese en que sus prestadores de servicios turísticos se encuentran a kilómetros de distancia de su residencia habitual (hoteles, servicios de excursiones, etc.), ya sea dentro o fuera del país (donde podrían sumarse diferencias de idioma, moneda, legislación, costumbres, etc.).

Esta doctrina ha adquirido consagración normativa a nivel nacional con la res. 139/2020 sobre “Consumidores hipervulnerables”, dictada el 27/05/2020, por la Secretaría de Comercio Interior del Ministerio de Desarrollo Productivo (BO del 28/05/2020), que los define en su art. 1º (“aquellos consumidores que sean 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. Asimismo, podrán ser considerados consumidores hipervulnerables las personas jurídicas

(9) “El principio de buena fe desarrolla una función integradora de la obligación, actuando como fuente de derechos y obligaciones al lado del acuerdo de voluntades. En relación con ello las IX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Buenos Aires, 1987, Comisión 8, Conclusiones, pto. 1, se afirmó que ‘Función: a) La regla de la buena fe integra el derecho objetivo con aptitud jurídica propia con independencia de su función interpretativa’ (art. 37, ley 24.240, y arts. 9, 961 y 991 Cód. Civ. y Com.)” (STIGLITZ - HERNÁNDEZ, ob. cit., p. 801).

(10) “En primer lugar, cabe señalar que cualquier persona que actúa en calidad de consumidor estructuralmente es la parte débil en la relación contractual que posee con el proveedor. De allí surge la necesidad de protección jurídica. Ahora bien, el consumidor turista, frente al resto de los consumidores en general se encuentra en una particular situación de agravada vulnerabilidad” (ORDUNA — SANTANA, ob. cit., p. 196).

sin fines de lucro que orienten sus objetos sociales a los colectivos comprendidos en el presente artículo”); y que, dentro de las causas de hipervulnerabilidad que menciona en el art. 2º (11), enuncia: los reclamos que involucren derechos o intereses de niños, niñas y adolescentes; y la condición de persona migrante o turista.

Al respecto, Santarelli ha expresado que “la hipervulnerabilidad pasa por el reconocimiento de grupos que tienen especiales dificultades en el ejercicio de sus derechos. *En particular, los ejercicios del derecho, no del acceso al consumo, sino de acceso a una solución justa* para los supuestos en que un proveedor incumpla la ley de consumidor respecto de ellos” (12). Esto último es de vital importancia tenerlo en cuenta al abordar el tema bajo estudio.

Asimismo, la res. 139 enfatiza la tutela al consumidor en cuanto ser humano, revalorizando

(11) Art. 2º: A los efectos de la presente medida podrán constituir causas de hipervulnerabilidad, entre otras, las siguientes condiciones: a) reclamos que involucren derechos o intereses de niños, niñas y adolescentes; b) ser personas pertenecientes al colectivo LGBT+ (lesbianas, gays, bisexuales y transgénero); c) ser personas mayores de 70 años; d) ser personas con discapacidad conforme certificado que así lo acredite; e) la condición de persona migrante o turista; f) la pertenencia a comunidades de pueblos originarios; g) ruralidad; h) residencia en barrios populares conforme a la ley 27.453; i) situaciones de vulnerabilidad socio-económica acreditada por alguno de los siguientes requisitos: 1) ser jubilado/a o pensionado/a o trabajador/a en relación de dependencia que perciba una remuneración bruta menor o igual a dos salarios mínimos vitales y móviles; 2) ser monotributista inscripto en una categoría cuyo ingreso anual mensualizado no supere en dos veces el salario mínimo vital y móvil; 3) ser beneficiario/a de una pensión no contributiva y percibir ingresos mensuales brutos no superiores a dos veces el salario mínimo vital y móvil; 4) ser beneficiario/a de la asignación por embarazo para protección social o la asignación universal por hijo para protección social; 5) estar inscripto/a en el régimen de monotributo social; 6) estar incorporado/a en el régimen especial de seguridad social para empleados del servicio doméstico (ley 26.844); 7) estar percibiendo el seguro de desempleo; 8) ser titular de una pensión vitalicia a veteranos de Guerra del Atlántico Sur (ley 23.848).

(12) SANTARELLI, Fulvio G., “El consumidor hipervulnerable (res. 139/2020 SCI). Sentido de utilidad de la norma. Efectos”, en *Ciclo de Transmisiones en vivo del Instituto de Derecho Civil del Colegio de Abogados de San Isidro*, 23/06/2020, https://www.instagram.com/tv/CByvHaRpmK/?utm_source=ig_web_copy_link; el destacado es nuestro.

la dignidad inherente a su persona y un derecho a la igualdad real, ya reconocida en los tratados internacionales de derechos humanos, arts. 42 de la CN, 1097 y 1098 del Cód. Civ. y Com., y 8º bis de la ley 24.240 (sobre trato digno y equitativo).

“Del mismo modo, a la luz del *in dubio pro homini*, la consideración de los derechos del consumidor como especie de los derechos humanos da sustento al principio *favor consumidor* —expresión del *favor debilis*— toda vez que deben ser interpretados en el sentido de acudir a la norma más amplia cuando se trate de protección y a la norma más estricta cuando se trate de restricciones a los derechos, de conformidad a lo expresado en los arts. 29 y 30 de la Convención Americana de Derechos Humanos. En ese sentido se pronuncian Tambussi - Torres Buteler” (13).

Es pertinente explicar que, en los viajes estudiantiles contratados con antelación al acaecimiento de la pandemia de coronavirus (con los caracteres del caso fortuito: *imprevisible o inevitable*) y de las medidas restrictivas de circulación o cuarentena (hechos del príncipe), se está frente a la frustración del fin del contrato —más que ante una responsabilidad por incumplimiento contractual y/o por daños, y no serían aplicables los arts. 10 bis ni 40, LDC—. Por ello, no se profundizará sobre el factor de atribución en los contratos vinculados al turismo, ya sea de intermediación o de organización de viaje, atento a no ser relevante para el análisis de la presente cuestión, que es la res. 498/2020.

En acápito separado se abordará, por mi colega, el tema de la frustración de la finalidad —tema del derecho civil, de las obligaciones y de los contratos en general—. Al respecto, tan solo me corresponde hacer las advertencias del caso por estar ante un contrato “de consumo”, como ya se expresara más arriba.

El propósito del viaje de egresados se frustra cuando los estudiantes egresaron y se fueron del ámbito del colegio sin poder realizarlo en tiempo oportuno (plazo esencial), por circunstancias extraordinarias, sobrevinientes a la contratación y ajenas a ambas partes, lo que autoriza, a

(13) FRUSTAGLI, Sandra A. — HERNÁNDEZ, Carlos A., “La protección al consumidor desde la perspectiva de los derechos humanos y de los derechos fundamentales”, SJA del 13/09/2017, 32, AP/DOC/737/2017.

quienes hayan perdido la razón de ser del acto, a extinguir el contrato (14).

Ahora bien, los posibles conflictos que se susciten deberían resolverse conforme a los principios propios del derecho del consumidor, que en modo alguno podrían ser dispensados (son mínimos de protección) mediante una resolución ministerial atento a su inferior jerarquía normativa.

La res. 498/2020 establece dos cursos de acción para los turistas estudiantiles: optar por la reprogramación o reclamar el reintegro. El problema se suscita especialmente con la facultad que les otorga a las agencias de viajes de retener hasta un 25% del precio. Ello teniendo en consideración que la extinción del contrato no es imputable a ninguna de las partes, sino que responde al hecho con los caracteres del caso fortuito o fuerza mayor que produce, en este caso, la frustración del fin (*carencia de finalidad*), liberándose a las partes de sus respectivos compromisos (devolución del precio por viaje no realizado).

En primer lugar, por la forma en que se encuentra plasmada, es inconstitucional atento a que la resolución del Ministerio de Turismo en modo alguno puede modificar la ley 25.599 de Turismo Estudiantil, que la instituye como su autoridad de aplicación. Basta con recordar los términos del art. 12: "Si por razones de fuerza mayor fuese imposible la utilización de alguno de los servicios previamente contratados (...) el usuario podrá optar por la rescisión del contrato debiendo la agencia reintegrar el monto total de los servicios incumplidos". Es decir: no puede la resolución establecer que las agencias de viajes podrán retener hasta un 25% del precio cuando la obligación instituida en la ley es reintegrar el total, sin ninguna retención (y/o quita).

Asimismo, también la ley 27.563 de sostenimiento y reactivación productiva de la actividad turística nacional, que le delega la regulación, en su art. 27 habla del "reintegro del monto

(14) En este sentido, MEDINA, Flavia, "Turismo y COVID 19: pensando soluciones", en *Ciclo de transmisiones en vivo del Instituto de Derecho Internacional Privado del Colegio de Abogados de San Isidro*, 16/09/2020, <https://www.instagram.com/tv/CFNiWLeJYXM/>; cabe aclarar que concluimos sobre el tema en sentidos divergentes.

abonado por los servicios contratados", sin aludir a retención alguna.

Es por esto por lo que, aun en caso de que estuviera dispuesta por ley, sería inconstitucional por retroceder en los estándares de tutela alcanzados en los niveles normativos de protección.

Tampoco aclara la norma en qué concepto las agencias de turismo procederían a retener una suma oscilante entre el 1-25% del precio, si fuera para el pago de un impuesto (de una operación cancelada) o en concepto de comisión, como se ha debatido (15), lo que sería contrario a derecho. Tampoco establece bajo qué parámetros se procedería a fijar dicho porcentaje, ni mecanismos transparentes que permitir efectuar un control sobre el aserto de las sumas retenidas. Con lo cual deja un campo abierto a abusos y arbitrariedades.

Segundo, resulta a toda luz irrazonable porque, de manera específica, el art. 42 de la CN manda que "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".

En la res. 498/2020, la merma recae solo y directamente sobre el consumidor turista estudiantil, que es la parte débil de la relación de consumo, contrariando el principio protectorio, situación que se agrava si tenemos en cuenta que se trata de un consumidor hipervulnerable en su doble condición de turista y adolescente (16).

(15) MEDINA, Flavia, ob. cit.

(16) "En análogo sentido, se pronunciaron las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Tucumán, 2011), al concluir: '1) La categoría jurídica de consumidor se construye a partir de la existencia de dos elementos estructurales: a) la vulnerabilidad o debilidad, y b) el destino final de los bienes incorporados, para beneficio propio o de su grupo familiar o social. Dichos elementos justifican la especial tutela protectoria que le confiere el ordenamiento jurídico argentino' (Conf. FRUSTAGLI, Sandra A., 'La tutela del consumidor hipervulnerable en el derecho argentino', *Revista de Derecho del Consumidor*, 3ª época, nro. 1, 30/11/2016, IJ-CCLI-396) [...]. A su vez, cuando en concreto exista alguna situación personal diferenciada de hiposuficiencia, dará lugar a la hipervulnerabilidad" (BAROCELLI, S. Sebastián, ob. cit., p. 13).

Adviértase que el consumidor ya recibirá —en un contexto altamente inflacionario— el reintegro de las sumas de dinero dadas en pago, pero en cuotas, diferido en el tiempo, sin intereses moratorios —salvo incumplimiento de plazos establecidos a tal efecto en las normas—. Esto último porque la extinción del contrato por frustración de la finalidad se origina en un hecho “no” imputable a ninguna de las partes.

“La Corte ha sostenido que el alcance de la razonabilidad admitida por la jurisprudencia de ese Tribunal debe entenderse como adecuación de las normas reglamentarias al fin que requiere su establecimiento y a la ausencia de inequidad manifiesta, pues las leyes son susceptibles de cuestionamiento constitucional cuando resultan irrazonables porque los medios que arbitran no se adecuan a los fines cuya realización procuran (Fallos, 256:241; 299:428)” (17).

Por último, respecto de la reprogramación de los servicios turísticos estudiantiles convenidos —respetando la estacionalidad, calidad (igual o superior) y valores convenidos—, que conlleva una libre renegociación del contrato entre las partes, dentro de los límites generales impuestos a la autonomía de la voluntad (*por la ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres*, cfr. art. 958 Cód. Civ. y Com.), debe subyugarse la especial tutela otorgada al turista estudiantil como consumidor en materia de cláusulas abusivas (tít. III, cap. 4º, Cód. Civ. y Com. y art. 37 LDC) —los derechos del consumidor son irrenunciables y es nula toda cláusula contraria a ellos—.

III. Conclusiones preliminares

La res. 498/2020 del Ministerio de Turismo y Deportes, al establecer que las agencias de turismo “podrán retener hasta un 25% del precio de los viajes oportunamente abonados, y la devolución de lo pagado se hará en dos cuotas mensuales y consecutivas, a hacerse efectiva la primera de ellas al mes de notificada la solicitud de reintegro por el usuario”, vulnera los derechos de los consumidores y se aparta de las normas generales en la materia (art. 1090, Cód.

(17) SABSAY, Daniel A. — ONAINDIA, José Miguel, “La Constitución de los argentinos. Análisis y comentario de su texto luego de la reforma de 1994”, Ed. Errepar, Buenos Aires, 2009, 7ª ed., p. 81.

Civ. y Com., sobre extinción de los contratos por frustración de la finalidad).

La retención (y/o la quita) en las sumas a reintegrar en este caso, prevista *arbitrariamente* por la norma, está muy lejos de salvaguardar los intereses de los padres que han contratado el viaje de egresados para sus hijos, favoreciendo de este modo a las empresas en detrimento de los derechos del consumidor.

Esto perjudica los derechos de los turistas estudiantiles, que integran la categoría de “consumidores hipervulnerables”, al encontrarse en una situación de agravada vulnerabilidad respecto de los consumidores en general, y constituye una regresión en materia de derechos humanos, en detrimento de los derechos reconocidos constitucionalmente y de la Ley de Defensa del Consumidor.

En palabras de Frustagli y Hernández, cabe recordar que “El análisis retrospectivo del tratamiento normativo dado en nuestro ordenamiento a las prácticas comerciales en general refleja una significativa transformación, cuya causa puede asociarse a la proyección que los derechos fundamentales del consumidor han tenido en la materia, en especial a partir de la Reforma Constitucional de 1994. De ahí que sea posible afirmar que el régimen ha evolucionado de una regulación centrada en reglas ordenadas para resguardar preponderantemente los derechos patrimoniales del consumidor ante ciertas prácticas nocivas, a un régimen sustentado en normas abiertas en cual la protección de los intereses económicos del consumidor se conjuga también con la prohibición de prácticas incompatibles con la dignidad del consumidor como persona humana” (18). No sería plausible retroceder en ese camino.

IV. La cuestión desde la perspectiva del Código Civil y Comercial de la Nación

Tal como se reseñara *supra*, la normativa de emergencia dictada y en particular el art 27 de la ley 27.563 prevé tres alternativas en el caso de viajes ya abonados cuya realización se encontraba prevista durante el período en el que el Poder Ejecutivo de la Nación dispuso el ais-

(18) FRUSTAGLI, Sandra A. — HERNÁNDEZ, Carlos A., ob. cit.

lamiento preventivo obligatorio (ASPO) y que por dicho motivo no pudieron llevarse a cabo.

Dicha norma en su art. 28 prevé expresamente que “Las reprogramaciones y devoluciones de servicios de turismo estudiantil serán establecidas por la autoridad de aplicación de la ley 25.599”.

En ese marco se dictó la res. 498/2020 del Ministerio de Turismo y Deportes, la cual —tal como surge del acápite “Marco normativo”— estableció que las agencias de viajes que cuenten con el certificado nacional de autorización para agencias de turismo estudiantil, ofrecerán a los turistas usuarios alcanzados: la reprogramación de los servicios turísticos cuya realización o prestación se haya visto impedida con motivo de las restricciones ambulatorias dictadas por el Poder Ejecutivo Nacional, en el marco de la pandemia por el coronavirus COVID-19 —en los términos y condiciones reseñados en el acápite anterior—, pudiendo los turistas usuarios elegir —dentro de los plazos establecidos en la norma— alguna de las dos opciones informadas por la agencia para realizar el viaje o bien el reintegro de lo pagado con la posibilidad de retener hasta el 25% del precio abonado por el viaje en los plazos establecidos en la referida norma.

La resolución mencionada ha aplicado un criterio más restrictivo a los viajes de egresados respecto de las alternativas que confiere la ley 27.563 al turismo no comprendido en este universo, colocando al estudiante cuyos padres/tutores contrataron el viaje de egresados —para ser efectuado durante el último año de su escolaridad— en peores condiciones que el resto de los turistas.

La norma de menor jerarquía en la cual el art. 28 de la ley 27.563 delegó la reglamentación, no incluyó expresamente la posibilidad de recibir los *vouchers* —previstos en el art. 27 de la referida ley— y estableció que, si el turista opta por la devolución del precio abonado, la agencia le podría retener hasta un 25% de él, cuestión no prevista en la ley 27.563.

Se abordarán en el presente acápite algunos de los institutos regulados en el Código Civil y Comercial de la Nación que podrían ser herramientas que permitan buscar alternativas para

llegar a una solución que contemple los intereses de todos los involucrados.

Ello sin perjuicio de que no podemos soslayar la pregunta acerca de si no se ha visto frustrado el fin del contrato, por lo que se propone en primer lugar el análisis de dicho instituto:

IV.1. Frustración de la finalidad (art. 1090 Cód. Civ. y Com.) En la Argentina hay una tendencia marcada hacia la admisión del instituto, desde hace 20 años (19), y fue incorporado en el ordenamiento vigente con la sanción del Código Civil y Comercial.

El art. 1090 de dicho ordenamiento establece: “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 solo si se impide el cumplimiento oportuno de una obligación cuyo tiempo de ejecución es esencial”.

Dos pronunciamientos fueron significativos como antecedentes para la doctrina de la frustración de la causa fin del contrato: “Chandler vs. Webster” y “Krell vs. Henry” (20). En ellos la

(19) En 1991 en Buenos Aires se realizó la XIII edición de las Jornadas Nacionales de Derecho Civil, que nuclea a todos los profesores de derecho civil, romano e internacional privado de las universidades participantes. En esa oportunidad se propició la recepción legislativa del instituto lo que se tradujo en la incorporación del art. 943 del Proyecto de Reformas de 1987, lamentablemente vetado por el Poder Ejecutivo. En el año 1993 se elaboraron dos Proyectos de reformas al Código Civil que se refirieron al tema: el encargado por el Poder Ejecutivo a la Comisión creada por dec. 468/1992 en su art. 1204; y el elaborado a propia iniciativa por la H. Cámara de Diputados de la Nación por medio de la llamada Comisión Federal en su art. 1200. Se reiteró el intento en el Proyecto de Código Civil de 1998 para la República Argentina en su art. 259 (RIVERA, Julio C. — MEDINA Graciela, “Código Civil y Comercial de la Nación comentado”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2014, 1ª ed., t. III, comentario art. 1090, ps. 688 y ss.).

(20) Los casos de Coronación de Eduardo VII (1902). Al postergarse la coronación y los festejos algunas de ta-

prestación debida es de cumplimiento posible pero inútil, pues no proporciona a una de las partes la satisfacción buscada, que es conocida y aceptada por el otro contratante, lo que la erige en la causa fin del contrato.

A diferencia del caso fortuito, el hecho jurídico que altera el contexto contractual no genera un obstáculo en el campo fáctico sino en la volición. El cumplimiento es posible pero el acreedor deja de desear el cumplimiento porque aún si se cumpliera, la prestación carecería de sentido buscado al contratar.

La prestación es posible pero inútil, pues, por la concurrencia del hecho frustrante, se pierde el interés que se buscaba satisfacer al contratar (21).

La frustración del fin del contrato implica la resolución por haberse perdido la causa fin que es un elemento esencial del contrato (22).

La doctrina ha reconocido la causa fin como un requisito expreso y esencial sin cuya presencia no podría haber contrato. El art. 724 del Cód. Civ. y Com. —que define la obligación— y el art. 725 del Cód. Civ. y Com. —sobre los requisitos de su objeto—, referidos a las obligaciones en general, aluden a este elemento. En tal sentido la mención al interés patrimonial o extrapatrimonial del acreedor, solo podría explicarse entendiendo el interés incluido en la causa fin, pues el objeto está al servicio de satisfacer una finalidad. Observándose una ligazón entre el objeto y la causa fin, que lleva a una confusión de tales conceptos (23).

las locaciones cambiaron de fecha, pero otros contratos desembocaron en conflictos que debieron ser resueltos por la Corte de Apelaciones de Londres, en el año 1903.

(21) RIVERA, Julio C. — MEDINA, Graciela, ob. y loc. cit.

(22) La causa fin abarca tres posibilidades: fin inmediato determinante de la voluntad, motivos exteriorizados e incorporados expresamente, motivos esenciales para ambas partes, supuesto en el cual, aunque no sean expresos puedan ser tácitamente deducidos. Fundamentos del Código Civil y Comercial de la Nación.

(23) WIERZBA, Sandra, "Manual de obligaciones civiles y comerciales", Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2015, p. 20.

Asimismo, el art 281 del Cód. Civ. y Com., al regular la causa de los actos jurídicos dispone: "La causa es el fin inmediato autorizado por el ordenamiento jurídico que ha sido determinante de la voluntad. También integran la causa los motivos exteriorizados cuando sean lícitos y hayan sido incorporados al acto en forma expresa, o tácitamente si son esenciales para ambas partes".

IV.2. Requisitos de procedencia de la frustración definitiva

a) Existencia de un contrato bilateral;

b) El contrato sea de cumplimiento diferido o continuado;

c) El contrato tenga una causa fin relevante conocida por el cocontratante (24);

d) La ocurrencia de un acontecimiento anormal sobreviniente y ajeno a la voluntad de las partes;

e) Que dicho acontecimiento incida sobre la finalidad malogrando el motivo que llevó a contratar al punto que desaparezca el interés o utilidad en la subsistencia del contrato;

f) Que la frustración se origine en un hecho ajeno a las partes;

g) Que la frustración sea definitiva y no meramente temporal;

h) Que no impida el cumplimiento del contrato (25). El evento frustrante de la causa fin del contrato no debe impedir el cumplimiento material de la prestación debida, por la sencilla razón que en caso contrario —si lo impidiese— sería un supuesto de caso fortuito o de fuerza mayor.

(24) LORENZETTI, Ricardo L., "Tratado de los contratos. Parte general", Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2004, p. 530, que "el elemento afectado es la causa-fin, entendida como el motivo concreto que se persigue mediante la obtención del contrato, conocido por ambas partes".

(25) Frustrándose la causa-fin, elemento esencial del contrato, éste no se puede cumplir, el acreedor pierde su interés, aunque la ejecución de la obligación en sí fuera posible (GASTALDI, José M., "La frustración del objeto del contrato", en WÜST, Graciela C. (dir.), *Estudios de derecho privado. Su visión en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación*, Ed. Asociación de Docentes Facultad de Derecho y Ciencias Sociales - Universidad de Buenos Aires, 2016, 1ª ed., p. 109.

La frustración de la causa fin del contrato, si solo tiene un efecto temporario, no habilita la aplicación de la doctrina, salvo desde luego que ese retardo afecte un plazo esencial (26).

En el caso en análisis, la opción de reprogramación del viaje fuera del ciclo lectivo en el que los estudiantes egresan podría considerarse como de posible cumplimiento pero se perdería todo el interés que se buscaba satisfacer al contratar, atento a que fue contratado para ser efectuado dentro de un ciclo lectivo —el del egreso— y realizarlo en el siguiente no tiene para los ya ex-estudiantes el interés que motivara la contratación dado que ellos para la fecha ha reprogramar, ya habrán finalizado sus estudios y se encontrarán avocados a diversos proyectos y compromisos tanto académicos como laborales.

El fin frustrado no puede reponerse, el contrato quedaría extinguido, salvo la revisión por las partes y su modificación de común acuerdo —en realidad, un nuevo acto (27), según algunos autores—.

Operada la resolución, si alguna prestación fue cumplida antes del quiebre de la base objetiva del contrato por frustración de su causa fin, y su contraprestación no se encuentra cumplida, puede repetirse y deberá devolverse (28).

En el caso que nos ocupa, la prestación cumplida debería devolverse en su totalidad, dado que nada justifica efectuar una quita al precio abonado en su integridad como establece la resolución ministerial en estudio.

No se comprende el motivo por el cual correspondería una deducción de hasta el 25% en el caso del turismo estudiantil a diferencia del resto del turismo, como se expresara anteriormente.

(26) Si no se cumple en el plazo pactado se frustra definitivamente el interés del acreedor y la finalidad tenida en vista al momento de contratar (CORNET, Manuel —TINTI, Guillermo P., "Los contratos frente a la emergencia del COVID-19", EBOOK-TR 2020 (Andruet), 20, AR/DOC/1770/2020.

(27) GASTALDI, ob. cit., p. 109.

(28) RIVERA, Julio C. — MEDINA, Graciela, ob. y loc. cit.

Por el principio de conservación de los actos jurídicos, cualquier incidencia tendiente a privarlos de efecto debe ser de interpretación restrictiva.

Asimismo, se ha sostenido que "la frustración de la causa fin del contrato es una medida protectora que como tal corresponde aplicar a la parte débil del contrato" (29).

Teniendo presente la interpretación restrictiva del instituto de la frustración del fin del contrato, tal vez resultaría lo más conveniente para las partes la renegociación de los términos del contrato a fin de recomponer la relación contractual de mutuo acuerdo y evitar el litigio.

A tales fines, se debería tener presentes no solo las estrictas alternativas de reprogramación previstas en la reglamentación de emergencia —de dudosa constitucionalidad— pudiendo incluirse otras opciones (v.gr., recibir *vouchers* conforme a lo previsto por la ley 27.563 o acordar una reprogramación en meses de verano).

IV.3. Renegociación términos del contrato
La pandemia y su despliegue sobre el contrato afectan el interés de la parte en la continuidad del negocio jurídico, pero cabe que las partes, de común acuerdo, decidan continuar o reajustar sus prestaciones, ya que este hecho extraordinario afecta la base del negocio jurídico y la previsibilidad contractual; por tanto, deberemos tener en cuenta las circunstancias del caso concreto para tratar de renegociar de buena fe o bien extinguir el contrato (30).

La renegociación representa una herramienta de gran utilidad con que cuentan las partes a los fines de aventar o atemperar

(29) CS, LA LEY, 2008-B, 43.

(30) GARRIDO CORDOBERA, Lidia 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?", Ed. II, *Revista Iberoamericana de Derecho Privado*, nro. esp.: "Pandemia", mayo de 2020, SAIJ citado por ARCOS VALCARCEL, Sandra —CORTES, Cynthia, "Sostener, renegociar, reactivar: Análisis de la ley de sostenimiento y reactivación productiva de la actividad turística nacional. Una herramienta indispensable en tiempos de pandemia", LA LEY, 03/11/2020, 1, cita online: AR/DOC/3377/2020.

las consecuencias nocivas de la pandemia del COVID-19 con relación al acuerdo de voluntades que las vincula (31).

Por aplicación del art. 959 Cód. Civ. y Com.: "Todo contrato válidamente celebrado es obligatorio para las partes. Su contenido solo puede ser modificado o extinguido por acuerdo de partes o en los supuestos en que la ley lo prevé".

Se pretende a través de la renegociación, la búsqueda del mantenimiento de la vinculación contractual entre las partes, aunque ello derive en una modificación sustancial del acuerdo primigenio (32).

Es posible que tal renegociación implique una novación objetiva, en tanto se extinga la obligación principal por la creación de una nueva destinada a reemplazarla (art. 933 Cód. Civ. y Com.). La voluntad de novar o *animus novandi* es requisito esencial para la novación y en caso de duda se presume que la nueva obligación contraída para cumplir la anterior, no causa la extinción (art. 934 Cód. Civ. y Com.), es decir en tal caso se está por la vigencia de la obligación original (33).

Algunos autores señalan que modificado el contrato originario se entiende que no hay novación objetiva, en tanto los vínculos, fines y razones de las partes sean los mismos: el contrato es el mismo (34).

La cuestión del efecto novatorio dependerá de cómo se relacionen los cambios introducidos por las partes con los elementos objetivos y esenciales de la obligación (35).

(31) QUAGLIA, Marcelo C. — RASCETTI, Franco, "Herramientas jurídicas para la pandemia y la pospandemia: La renegociación del contrato", LA LEY del 06/07/2020, 8, AR/DOC/1829/2020.

(32) *Ibid.*

(33) WIERZBA Sandra, ob. cit., p. 152.

(34) MOSSET ITURRASPE, Jorge — FALCÓN, Enrique — PIEDECASAS, Miguel, "La frustración del contrato y la pesificación", Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2002, p. 118, cit. por QUAGLIA, Marcelo C. - RASCETTI, ob. cit.

(35) CALVO COSTA, Carlos A., "Derecho de las obligaciones", Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2017, 3ª ed., p. 482. Bien dice Ossola: el fin inmediato del acto novatorio radica en que dicho acto se otorga para extinguir la obligación anterior y para crear la nueva obligación; ver OS-

La alteración importante de los términos de la obligación implica la modificación sustancial de la obligación originaria (36).

Para llevar a cabo tal negociación se deberá recurrir al ordenamiento en su conjunto.

Se comparte el criterio que sostuvo que "una situación inusual y extraordinaria merece también una respuesta inusual y extraordinaria, de manera que, en este momento, la labor del jurista se revela sumamente estimulante porque el rol hermenéutico de los principios, antes meramente residual, se incrementa en la actualidad" (37).

Se detallará a continuación algunas de aquellas herramientas de las que se puede valer el jurista a la hora de la renegociación de los términos del contrato:

IV.4. Diálogo de fuentes

Encontramos regulado tal diálogo en los arts. 1º y 2º del Cód. Civ. y Com.

"Art. 1º.- Fuentes y aplicación. Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte. A tal efecto, se tendrá en cuenta la finalidad de la norma. Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho.

"Art. 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 valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento".

El profesor Lorenzetti destaca como valor del Código Civil y Comercial "el diálogo de fuentes" expresamente establecido para articular la

SOLA, Federico A, "Obligaciones", Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2018, p. 992.

(36) WIERZBA Sandra, ob. cit., p. 154.

(37) CALLEGARI, Mariana G., "La aplicación del principio de solidaridad en la resolución de los conflictos pospandemia", DFyP 2020 (nov.), 52, AR/DOC/3415/2020.

Constitución, los tratados, el Código, las leyes infraconstitucionales, la jurisprudencia y la costumbre (38).

Gonzalo Sozzo expresa que el “diálogo de fuentes” es una teorización alternativa y superadora del dispositivo de resolución de antinomias del derecho moderno, que se basaba en la idea de que una regla debe excluir a la otra por razones temporales, de la especificidad o de jerarquía (39).

A su vez Vázquez Ferreira sostiene “Se hace necesario recurrir al diálogo de fuentes buscando los principios que deben orientar al aplicador e intérprete del ordenamiento en los tiempos que corren”, como asimismo que los principios, “tienen una función integradora con verdadera fuerza jurídica, pues permiten al aplicador de la norma completarla o integrarla con lo que sea derivado de la aplicación del principio aplicable” (40).

Erik Jayme mencionó como “diálogo” de las fuentes la aplicación simultánea, coherente y coordinada de fuentes legislativas convergentes. Sostiene que “el descubrimiento de la finalidad de las normas se da por medio de la convivencia y del “diálogo” entre ellas. La labor del juez es coordinar estas fuentes, escuchando lo que dicen en su “diálogo” (41).

Así, necesariamente para entender el dispositivo jurídico aplicable a un hecho social, se requerirá necesariamente, no solo de un “diálogo horizontal” entre el Código Civil y Comercial y las leyes especiales, sino también, previa, y

más importante, un “diálogo vertical” de estas normas con aquellas de fuente constitucional y convencional (42).

IV.5. Principio buena fe

La buena fe es un principio general del derecho, de raigambre constitucional (43) reconocido como tal en el Código Comercial en los arts. 9º; 729, en el ámbito del derecho de las obligaciones; y 961 Cód., en el ámbito contractual.

La renegociación contractual relacionada al deber de colaboración se encuentra vinculada al principio de buena fe, entendiendo que el deber de cooperación supone volver sobre el solidarismo contractual. Se trata, de un principio que, en nombre de una cierta ética contractual, se traduce, para cada contratante, en brindar consideración y respeto por el interés de su contraparte, y con tal finalidad, en nombre del deber de colaboración, el principio de la fuerza obligatoria del contrato debe entonces hacerse flexible, sin extinguirse (44).

Se ha dicho que resulta innegable la conexión de este principio general con el de solidaridad. Si bien, es cierto que este última aún no se encuentra incorporada en forma expresa nuestro ordenamiento jurídico, solidaridad implica adhesión a la causa, situación o necesidad de otro (45).

Se le atribuye importancia a la necesidad de que sean las propias partes las que obrando de buena fe puedan recomponer o acercar posiciones respecto de la ejecución de un contrato cuya formación se fundó en una serie de bases objetivas que, en la actualidad, han quedado trasto-

(38) LORENZETTI, Ricardo, "Cinco años de vigencia del Código Civil y Comercial", Rubinzal online RC D 2916/2020.

(39) SOZZO, Gonzalo, "El diálogo de fuentes en el derecho del consumidor argentino", RDD 2016-1-223; p. 229.

(40) VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A., "Pandemia, Normativa y el Regreso a los principios", SJA del 20/05/2020, 3, AR/DOC/1373/2020.

(41) BAROCELLI, S. Sebastián, "Principios y ámbito de aplicación del derecho en el nuevo Código Civil y Comercial", DCCyE 2015 (feb.), 63, AR/DOC/412/2015, quien cita a JAYME, Erik, "Identité culturelle et intégratio: le droit international privé postmoderne", en *Recueil des Tours*, 1995, t. 251, p. 136.

(42) BAROCELLI, S. Sebastián, ob. cit., quien cita a DO AMARAL JÚNIOR, Alberto, "El 'diálogo' de las fuentes: fragmentación y coherencia en el derecho internacional contemporáneo", *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho*, año 7, nro. 13, 2009, ps. 71 y ss.

(43) BIDART CAMPOS, Germán J., "Una mirada constitucional al principio de la buena fe", en CÓRDOBA, Marcos M. (dir.) — GARRIDO CORDOBERA, Lidia M. R. — KLUGER, Viviana, "Tratado de la buena fe en el Derecho", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2004, t. I, ps. 45 y ss.

(44) STIGLITZ, Rubén S., "Los nuevos principios y deberes en la teoría general del contrato en el Proyecto de Código Civil y Comercial", RDCO 256-307, AR/DOC/9478/2012.

(45) CALLEGARI, Mariana, ob. cit.

cadadas, generando el consiguiente desequilibrio económico de las prestaciones (46).

La buena fe como principio general de comportamiento no está subordinada a específicas provisiones contractuales e, incluso, puede imponer a las partes actuar diversamente de cuanto se ha pactado en el contrato; ello es así por su carácter de regla de orden público (47).

Se sostiene que la buena fe ha dejado de ser un elemento meramente decorativo en el ordenamiento jurídico, para pasar a desempeñar un rol activo y operativo para justificar en forma razonable las decisiones de las partes y de los jueces (48).

El principio de buena fe, en materia contractual, denominado también de lealtad, es considerado un principio rector que pone límites a otro (el de la autonomía o libertad) generándose, de este modo el equilibrio que todas las facultades jurídicas necesitan para su recto ejercicio (49).

En el ámbito particular de los servicios turísticos se ha dicho que tanto el turista, como el agente de viajes y el prestador del servicio turístico son responsables de renegociar de buena fe la concreción de esos viajes, en la medida en que puedan ser hechos en el futuro. En este tiempo, la prudencia es la que debe guiar las interpretaciones de las normas jurídicas en juego (50).

Se sostuvo que “acontecimientos extraordinarios justifican remedios extraordinarios, como ha sostenido la Corte Suprema en precedentes en los que se definían cuestiones relativas a

tiempos de emergencia” (51).

IV.6. Principio de menor restricción de los derechos

El profesor Vázquez Ferreyra invoca que se deberá recurrir a este principio para atender la incertidumbre e inseguridad jurídica generada por el dictado de múltiples normas y de diversa naturaleza en el marco de la situación de crisis generada por la pandemia.

Conforme a este principio, del cual —afirma— encontramos algún atisbo en el art. 1713 del Cód. Civ. y Com., toda interpretación deberá estar en favor de la menor restricción de derecho o de mayor subsistencia de derechos (52).

Este principio podrá ser tomado por las partes en el marco de la renegociación del contrato y resultaría deseable que así lo sea.

IV.7. Esfuerzo compartido

Otro principio que recobra la importancia que tuvo a raíz de la crisis de principios de siglo es el del *esfuerzo compartido*.

Hay problemas complejos y novedosos que requieren de cierta creatividad para desarrollar una solución nueva no prevista en el ordenamiento o para aplicarla con algún efecto o modalidad particular (cláusulas de actualización, distribución equitativa de riesgos o costes sobrevenientes). Precisamente, la llamada teoría del esfuerzo compartido nacida en el marco de la emergencia del año 2001 es un fiel ejemplo de ese proceso creativo (53).

Peyrano sostuvo que la noción de “esfuerzo compartido” no es otra cosa que un desarrollo del concepto de equidad, al cual se recurre para buscar una solución económica cuando la irrupción de un “mal común” (v.gr, el fenómeno hiperinflacionario) rompe abruptamente

(46) LEIVA, Claudio F., "Problemas contractuales y soluciones creativas en tiempos de pandemia", RDCO 304-205, AR/DOC/3302/2020.

(47) MAYO, Jorge A., "La buena fe en la ejecución de los contratos", DJ 2002-3-1061.

(48) LEIVA, Claudio F., ob. cit.

(49) KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída, "Las disposiciones generales: coincidencias y diferencias", RCyS 2019, ed. esp., 23, AR/DOC/240/2019, quien cita a FRELÉTEAU, Bárbara, "Devoir et incombance en matière contractuelle", LGDJ, París, 2017, ps. 18 y ss.

(50) ARCOS VALCARCEL, Sandra S - CORTES, Cynthia, ob. cit., citan a BARBIERI, Pablo C., "La pandemia como caso fortuito o fuerza mayor", www.sajj.gob.ar.

(51) ARCOS VALCARCEL, Sandra S., ob. cit. CS, "Peralta, Luis A. y otro c. Estado Nacional", Fallos 238:76; LA LEY, 1990-D-131, entre otros.

(52) VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A., ob. cit.

(53) LEIVA, Claudio F., ob. cit., quien cita a DI CHIAZZA, Iván G., "El conflicto contractual ante la pandemia - Tercera parte", RC D 2859/2020.

te con el equilibrio económico-financiero (54) que deben observar, por ejemplo, los vínculos contractuales conmutativos y onerosos (55).

Esfuerzo compartido que, junto con el principio de solidaridad, juega o debería jugar tanto en las relaciones entre horizontales (contratantes privados) como en las relaciones verticales (Estado-contribuyente) (56).

Ante una crisis, todos pierden y en el estado actual de cosas generado por la pandemia COVID-19 resulta necesario que todos puedan colaborar o compartir renegociando las obligaciones y los contratos, de forma tal que se alcance una solución basada en que el esfuerzo se comparta y ninguno se beneficie a instancia de otros.

En el caso de los viajes estudiantiles, denominados “viajes de egresados” sería deseable sobre la base de tal esfuerzo compartido se pueda llegar a soluciones creativas que tengan en cuenta que esta crisis sanitaria afectó a todos, y que resulte posible paliar la situación adversa que la pandemia generó en el sector turístico y la no menos adversa que generó para los estudiantes “egresados 2020” quienes han quedado con un viaje íntegramente abonado y sin haber podido realizarlo dentro del período lectivo que acaba de finalizar.

Esfuerzo compartido que también sería deseable realizara el Estado, a quien le habría ingresado el aporte impositivo comprendido dentro del precio abonado por el turista.

El profesor Vázquez Ferreyra ha dicho: “No es tiempo de caprichos, es tiempo de renegociación, y en última instancia, serán los jueces quienes deberán echar mano a este principio

(54) Si bien en la gran mayoría de los casos se ha empleado el principio del esfuerzo compartido para solucionar desequilibrios económico-financieros generalizados, en algún supuesto se ha utilizado provechosamente en otros terrenos. PEYRANO, Jorge W., “El principio del esfuerzo compartido y el derecho a la salud”, DJ del 18/04/2012.

(55) PEYRANO, Jorge W., “La noción de esfuerzo compartido: Herramienta útil”, LA LEY 18/11/2020, 1, Cita AR/DOC/3100/2020.

(56) VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto, ob. cit.

para que el sufrimiento impuesto a la población sea soportado por todos” (57).

En el marco de la renegociación propiciada y sobre la base de los principios reseñados se podría llegar a un acuerdo entre partes más allá de las únicas dos opciones cerradas y acotadas que confiere la resolución ministerial analizada, la cual parecería haber privilegiado los intereses de un sector.

A modo de ejemplo y sin limitar las diversas alternativas a las que puedan llegar los co-contratantes, se podría acordar una fecha de viaje sin respetar estacionalidad, distintas fechas para subgrupos, entregar *vouchers* para ser utilizados por los estudiantes individualmente o en pequeños grupos, o la devolución del precio abonado en forma íntegra, acordando la devolución en cuotas con intereses compensatorios o bien en un pago y cualquier otra alternativa a la que puedan llegar las partes en uso de la autonomía de la voluntad, con sustento en los principios referenciados supra para paliar la situación provocada por la pandemia, la cual no ha sido buscada ni deseada por ninguno de los contratantes.

Y, para el caso de no llegarse a un acuerdo, tales principios servirán de sustento en la judicialización de los casos que también requerirán de decisiones creativas por parte de los jueces en función de planteos no menos creativos efectuados por las partes.

V. Conclusiones

En el presente trabajo se ha reseñado la normativa dictada en el marco de la pandemia de COVID-19 vinculada con los contratos celebrados en relación a los viajes de egresados programados para el año 2020 y se ha analizado la situación a la luz del Código Civil y Comercial de la Nación, de los principios generales del derecho y de las normas del derecho del consumidor.

La ley 27.563 en su art. 28 prevé expresamente que “Las reprogramaciones y devoluciones de servicios de turismo estudiantil serán establecidas por la autoridad de aplicación de la ley 25.599”.

(57) VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A., ob. cit.

En ese marco se dictó la res. 498/2020 del Ministerio de Turismo y Deportes, la cual —tal como surge del acápite “Marco normativo”— estableció que las agencias de viajes que cuenten con el certificado nacional de autorización para agencias de turismo estudiantil, ofrecerán a los turistas usuarios alcanzados: la reprogramación de los servicios turísticos cuya realización o prestación se haya visto impedida con motivo de las restricciones ambulatorias dictadas por el Poder Ejecutivo Nacional, en el marco de la pandemia por el coronavirus COVID-19 —en los términos y condiciones reseñados—, pudiendo los turistas usuarios elegir —dentro de los plazos establecidos en la norma— alguna de las dos opciones informadas por la agencia para realizar el viaje o bien el reintegro de lo pagado en cuotas con la posibilidad de retener hasta el 25% del precio abonado por el viaje.

La resolución del Ministerio de Turismo y Deportes ha aplicado un criterio más restrictivo a los viajes estudiantiles respecto de las alternativas que confiere la ley 27.563 al turismo no comprendido en este universo, colocando al estudiante cuyos padres/tutores contrataron el viaje de egresados —para ser efectuado durante el último año de su escolaridad— en peores condiciones que el resto de los turistas.

En efecto, la norma de menor jerarquía en la cual el art. 28 de la ley 27.563 delegó la reglamentación, excluyó la posibilidad de recibir los *vouchers* —previstos en el art. 27 de la referida ley— y estableció que, si el turista opta por la devolución del precio abonado, la agencia le podría retener hasta un 25% del mismo, cuestión esta, no prevista en la ley 27.563.

En primer lugar, se ha analizado el instituto de la frustración del fin del contrato incorporado al ordenamiento jurídico por el art. 1090 del Cód. Civ. y Com.

A la luz de dicha norma, el cumplimiento sería posible pero el acreedor deja de desear el cumplimiento porque, aun si se cumpliera, la prestación carecería de sentido buscado al contratar.

La prestación es posible pero inútil, pues, por la concurrencia del hecho frustrante, se pierde el interés que se buscaba satisfacer al contratar.

En el caso en análisis, la opción de reprogramación del viaje fuera del ciclo lectivo en el que los estudiantes egresan podría considerarse como de posible cumplimiento, pero se perdería todo el interés que se buscaba satisfacer al contratar, atento a que fue contratado para ser efectuado dentro de un ciclo lectivo —el del egreso— y realizarlo en el siguiente no tiene para los ya egresados 2020 el mismo interés.

El fin frustrado no puede reponerse, el contrato quedaría extinguido, salvo la revisión por las partes y su modificación de común acuerdo, siendo ya este un nuevo contrato para muchos autores.

La prestación cumplida debería devolverse en su totalidad, dado que nada justifica efectuar una quita al precio abonado en su integridad como establece la resolución ministerial en estudio.

Teniendo presente la interpretación restrictiva del instituto frustración del fin del contrato, tal vez, resultaría lo más conveniente para las partes, la renegociación de los términos del contrato a fin de recomponer la relación contractual de mutuo acuerdo y evitar futuros litigios.

A tal fin, se debería tener presente no solo las estrictas alternativas de reprogramación previstas en la reglamentación de emergencia —de dudosa constitucionalidad— pudiendo incluirse otras opciones.

Se realiza una breve referencia a algunos de los institutos a los que el jurista puede recurrir para realizar la renegociación propuesta.

En tal sentido, se analiza la importancia del diálogo de fuentes, la aplicación del principio de buena fe, el de menor restricción de los derechos para finalmente mencionar la teoría del esfuerzo compartido.

Se propone en este marco llegar a soluciones creativas más allá de las opciones propuestas por la normativa dictada con motivo de la emergencia, para paliar la crisis que produjo la pandemia que afectó no solo al sector turístico sino también a los estudiantes ya egresados en 2020.

JURISPRUDENCIA

CADUCIDAD DE LA HIPOTECA

Ley aplicable. Efectos. Publicidad. Tercer adquirente. Municipalidad.

1. — La sentencia que consideró que la hipoteca se encontraba caduca, por lo que no resultaba exigible el crédito frente al tercero adquirente, debe ser dejada sin efecto, porque la alzada ha prescindido de aplicar el art. 29 de la ley 21.799 (t.o. ley 25.299) que prevé expresamente que los efectos del registro de la hipoteca durarán hasta la completa extinción de la obligación. Tal manda legal —contenida en la Carta Orgánica del BNA— constituye una excepción a la solución prevista por los arts. 3151 y 3197 del entonces vigente Cód. Civil, que establecían que los efectos de la inscripción de la hipoteca se extinguían pasados veinte años desde que fue registrada; excepción —establecida en beneficio del BNA— que no resulta contraria a principios de orden público.
2. — La afirmación de la cámara acerca de que las reglas de caducidad protegen el orden público y son indisponibles para las partes no es motivo suficiente para apartarse de la ley 21.799 pues se trata de una disposición legal y no de una convención entre partes. Asimismo, por tratarse de una ley del Congreso de la Nación que establece una excepción particular al régimen general del Cód. Civil en materia de caducidad de la inscripción de hipotecas, tampoco es suficiente la remisión que hace la cámara a los arts. 31 y 75, inc. 12, de la Constitución Nacional para declarar inaplicable el art. 29 de la ley 21.799 (del voto del Dr. Rosenkrantz).

CS, 03/12/2020. - Banco de la Nación Argentina c. Unzain, Henrri Manuel y otra s/ ejecución hipotecaria.

[Cita on line: AR/JUR/65218/2020]

FTU 71004350/1998/1/RH1

Buenos Aires, diciembre 3 de 2020.

Considerando: 1. Que contra la decisión de la Cámara Federal de Apelaciones de Tucumán que confirmó la de primera instancia que había admitido el planteo deducido por la Municipalidad de los Juríes —en su carácter de tercer poseedor del inmueble hipotecado— y declarado la inaplicabilidad a su respecto de lo dispuesto por el art. 599 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, el acreedor hipotecario dedujo el recurso extraordinario federal cuya desestimación dio origen a la presente queja.

2. Que para adoptar esa decisión el tribunal a quo sostuvo —después de hacer una reseña de los hechos de la causa y de indicar que la cuestión debía ser juzgada a la luz de las normas contenidas en el anterior Cód. Civil— que una exégesis armónica de las normas aplicables (arts. 3151, 3197 del citado ordenamiento y art. 37 de la ley 17.801) permitía concluir que la caducidad de la inscripción de la hipoteca operaba de pleno derecho por el mero transcurso del tiempo, circunstancia que no exigía instrumentación alguna y que la oponibilidad del derecho real requería que este tuviera publicidad suficiente porque de lo contrario, no resultaba oponible al tercero de buena fe.

3. Que, sobre esa base, señaló que correspondía interpretar que al tiempo de adquirir la Municipalidad de los Juríes el derecho real de dominio sobre dos de las hectáreas de la demandada, la hipoteca se encontraba caduca, por lo que no resultaba exigible el crédito frente al tercero adquirente. Añadió que el instituto de la caducidad protegía intereses de orden público que excedían a la voluntad de las partes y que, en ese sentido, las reglas de la caducidad resultaban materia indisponible. De ahí, pues, que en protección de los principios constitucionales (arts. 31 y 75, inc. 12, de la Constitución Nacional), como asimismo de los intereses comprometidos de los particulares en autos, correspondía atenerse a las reglas de fondo y por lo tanto declarar inaplicables las normas invocadas por el acreedor hipotecario.

4. Que los agravios del Banco de la Nación Argentina suscitan cuestión federal para su consideración en la vía intentada, pues aun cuando remiten a cuestiones de hecho y de derecho común, materia ajena —como regla y por su naturaleza— al remedio del art. 14 de la ley 48, tal circunstancia no constituye óbice decisivo para invalidar lo resuelto si —como en el caso— lo decidido no constituye una derivación razonada del derecho vigente con aplicación a los hechos comprobados de la causa.

5. Que, en efecto, la decisión apelada resulta objetable porque la alzada ha prescindido de aplicar el art. 29 de la ley 21.799 (t.o. ley 25.299) que prevé expresamente que los efectos del registro de la hipoteca durarán hasta la completa extinción de la obligación. Tal manda legal —contenida en la Carta Orgánica del Banco de la Nación Argentina— constituye una excepción a la solución prevista por los arts. 3151 y 3197 del entonces vigente Cód. Civil, que establecían que los efectos de la inscripción de la hipoteca se extinguían pasados veinte años desde que fue registrada. La referida excepción —establecida en beneficio del Banco de la Nación Argentina— no resulta contraria a principios de orden público.

6. Que, en tales condiciones, al no dar razones plausibles para apartarse de la normativa prevista para el

caso, la decisión apelada afecta en forma directa e inmediata las garantías constitucionales invocadas, por lo que corresponde admitir el recurso y descalificar el fallo (art. 15 de la ley 48).

Por ello, con el alcance indicado, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada. Con costas (art. 68 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación). Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por medio de quien corresponda, proceda a dictar un nuevo fallo con arreglo a lo expresado. Agréguese la queja al principal. Reintégrese el depósito. Notifíquese y remítase. — Carlos F. Rosenkrantz (por su voto). — *Juan C. Maqueda*. — *Elena I. Highton*. — *Horacio D. Rosatti*.

Voto del doctor Rosenkrantz

Considerando:

El infrascripto adhiere al voto de la mayoría, con excepción del considerando 5°, que queda redactado de la siguiente manera:

5. Que, en efecto, la decisión apelada resulta objetiva porque la alzada ha prescindido de aplicar el art. 29 de la ley 21.799 (t.o. ley 25.299) que prevé expresamente que los efectos del registro de la hipoteca durarán hasta la completa extinción de la obligación. Tal disposición legal —contenida en la Carta Orgánica del Banco de la Nación Argentina— constituye una excepción, como la propia norma lo precisa, a la solución prevista por los arts. 3151 y 3197 del entonces vigente Cód. Civil, que establecían que los efectos de la inscripción de la hipoteca se extinguían pasados veinte años desde que fue registrada. La afirmación de la cámara acerca de que las reglas de caducidad protegen el orden público y son indisponibles para las partes no es motivo suficiente para apartarse de la ley 21.799 pues se trata de una disposición legal y no de una convención entre partes. Asimismo, por tratarse de una ley del Congreso de la Nación que establece una excepción particular al régimen general del Cód. Civil en materia de caducidad de la inscripción de hipotecas, tampoco es suficiente la remisión que hace la cámara a los arts. 31 y 75, inc. 12, de la Constitución Nacional para declarar inaplicable el art. 29 de la ley 21.799.

Por ello, con el alcance indicado, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada. Con costas (art. 68 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación). Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por medio de quien corresponda, proceda a dictar un nuevo fallo con arreglo a lo expresado. Agréguese la queja al principal. Reintégrese el depósito. Notifíquese y remítase. — *Carlos F. Rosenkrantz*. — *Elena I. Highton*. — *Juan Carlos Maqueda*. — *Horacio D. Rosatti*.

CONTRATOS DE FUTURO

Compraventa de divisas entre entidades bancarias. Disposiciones de emergencia sancionadas en el curso del contrato. Demanda destinada a exigir el pago de una suma millonaria de dólares. Procedencia.

- La sentencia que condenó a la entidad bancaria demandada a abonar U\$S11.990.123 por diferencias surgidas de contratos de compraventa de dólares a futuro debe confirmarse. La accionante dolarizó un crédito pesificado por la legislación de emergencia a una tasa de cambio vigente hace dieciocho años. El acuerdo marco no contiene ninguna previsión sobre ese procedimiento de cálculo y el banco demandado no cuestionó la metodología empleada por aquella, sino que basó su defensa en la ejecución de los contratos con arreglo a la legislación de emergencia destacando que el decreto 410/2002 había excluido de la pesificación a los contratos de futuro.
- La sentencia que condenó a la entidad bancaria demandada a abonar U\$S11.990.123 por diferencias surgidas de contratos de compraventa de dólares a futuro debe confirmarse, pues la accionante interpretó que el incumplimiento de la prestación originaria generaba, en un contexto de normalidad, la consecuencia resarcible de pagar los dólares que se hubiesen podido adquirir al tipo de cambio vigente en la fecha de cada vencimiento. Al no haber sido discutida por el demandado, no integró el *thema decidendum* y, por implicancia lógica, no fue objeto de prueba ni de consideración por el juez de grado. En tales condiciones, también queda excluida de la jurisdicción revisora, sin perjuicio de señalar que en la apelación de la demandada no hay referencia a ella.
- En toda compraventa exitosa hay transmisión de la cosa vendida (arg. del art. 1323 del Cód. Civil), consecuencia esta que no se verifica en el “forward” porque las partes liquidan el crédito en base a las diferencias de tipo de cambio (el pactado y el vigente al vencimiento) de dos géneros de moneda distintos siempre, claro está, que esas diferencias existan al momento del pago. La prestación (y también el sujeto pasivo), solo surge al vencimiento y se expresa en dinero en efectivo en pesos, esto es, en moneda de curso legal, lo que significa que no hay compraventa de dólares sino compensación de partidas.
- Cuando las partes tienen conocimiento técnico y probada experiencia en una actividad de

alta especialización como ocurre en el caso —contratos de compraventa de dólares a futuro entre dos bancos—, se espera que relaten los hechos y aporten los argumentos que hacen a sus respectivas posiciones, sin suponer que algunos de ellos son de conocimiento público o, en todo caso, del de los magistrados. La sofisticación de los acuerdos a término acentúa esa expectativa.

5. — En el contexto de la grave crisis política y económica desatada a fines de 2001, no es razonable atenerse a los esquemas jurídicos propios de las épocas de normalidad; tampoco lo es, soslayar que las entidades bancarias están sujetas a una actividad regulada y que las normas debatidas integraban un complejo normativo que estaban obligadas a cumplir.
6. — No existe duda en que los contratos discutidos en el caso —compraventa de dólares a futuro entre entidades bancarias— quedaron alcanzados por la conversión ordenada en el Decreto 992/2002 y en las disposiciones complementarias. El asunto que versa sobre la constitucionalidad de esa conversión fue resuelto por la Corte Suprema en el caso “Johnson & Johnson” (Fallos: 334: 516).
7. — El tipo de cambio mayorista previsto en la Comunicación A 3500 del BCRA era, en la época de pago de cada contrato, ligeramente inferior a cotización del dólar libre, pero superior a los tipos de cambio pactados y, asimismo, a la tasa de conversión de \$1,40 impuesta por los decretos 214/2002 y 992/2002. En efecto, al primer vencimiento (07/03/2002) fue de \$2,13 por dólar; al segundo (05/04/2002), de \$2,67; y al tercero (07/05/2002), de \$3,17. Esta última brecha explica la resistencia de la demandada en cumplir la obligación en los términos originariamente convenidos y la invocación del régimen jurídico de emergencia cuya validez constitucional reitera en el recurso.
8. — La queja del accionante por el punto de partida de los intereses debe rechazarse. Al tiempo de pago existía una legislación de emergencia que autorizaba al deudor a liquidar el crédito a un tipo de cambio ficticio (\$1,40 por dólar) y a pagar el resultado a su acreedor. La entidad demandada obró en consecuencia de tales normas al transferir la cantidad de \$8.230.000, pago reconocido por el actor. Esa conducta no equivale al incumplimiento jurídicamente relevante previsto en los artículos 508 y 509 del Cód. Civil, ordenamiento aplicable al pleito, porque estaba vigente al momento en que ocurrieron los hechos.

9. — El juez de grado hizo propios los fundamentos dados por la Corte in re “Johnson & Johnson” (Fallos: 334: 516) y la entidad bancaria demandada no aportó ningún argumento nuevo que autorice a la Sala a apartarse de aquellos. Corresponde confirmar la declaración de inconstitucionalidad de las normas impugnadas.

CNFed. Civ. y Com., sala III, 21/12/2020. - Citibank NA c. Banco de la Provincia de Buenos Aires s/ cumplimiento de contrato.

[Cita on line: AR/JUR/66835/2020]

Causa N° CCF 940/2012/CA1

2ª Instancia.- Buenos Aires, diciembre 21 de 2020.

El doctor *Antelo* dijo:

I. El Citibank NA (“Citibank”) y el Banco de la Provincia de Buenos Aires (“Bapro”) celebraron tres contratos de compraventa de dólares a futuro en las fechas que indicaré seguidamente, sobre la base de un acuerdo marco que habían suscripto el 23 de diciembre de 1998.

Por el primero, del 8 de marzo de 2001, Bapro se obligó a comprar US\$10.000.000 el 7 de marzo de 2002 a razón de \$1,052 por dólar; por el segundo, del 5 de abril de 2001, se obligó a comprar US\$10.000.000 el 5 de abril de 2002 a razón de \$1,085 por dólar; y por el tercero, del 7 de mayo de 2001, se obligó a comprar US\$5.000.000 el 7 de mayo de 2002 a razón de \$1,08 por dólar.

Como al tiempo del primer pago había entrado en vigor el régimen legal de emergencia bancario, cambiario y financiero que disponía la conversión a pesos de las obligaciones pactadas en moneda extranjera a un tipo de cambio inferior al libre, surgió una discrepancia entre las partes en torno al alcance de sus obligaciones: mientras el Citibank entendía ser acreedor de la diferencia entre la cotización pactada y la del dólar mayorista (Comunicación “A” 3500 del BCRA) vigente al vencimiento de cada contrato, el Bapro consideraba que las disposiciones de emergencia habían provocado la extinción de la obligación originaria dando lugar a otra nueva que debía regirse por los tipos de cambio establecidos en ella. El Bapro obró en consecuencia de su posición acreditando, el 5 de noviembre de 2002, la suma de \$8.230.00 en la cuenta que el Citibank tenía en el Banco Central de la República Argentina; así dio por cumplida la prestación a su cargo con sustento en lo prescripto en el decreto 992/2002. Las desintelencias se mantuvieron y motivaron un intercambio de comunicaciones entre las partes por distintos medios y, a la postre, el presente pleito.

II. Citibank demandó al Bapro por el cobro de US\$11.990.123, con más los intereses fijados calcula-

dos a la tasa del 8% nominal anual y computados desde el vencimiento de cada contrato hasta el efectivo pago. Mantuvo su tesis en punto a la existencia de tres saldos en pesos a su favor al vencimiento de cada contrato de acuerdo a las cotizaciones indicadas en el párrafo anterior, saldos estos que sumados daban la cantidad pretendida después de descontar el pago parcial de \$8.230.000 realizado por el Bapro el 5 de noviembre de 2002. Resumió los antecedentes de la operatoria vinculada a los acuerdos, y sostuvo que el decreto 992/2002 —mediante el cual se convertían a pesos los contratos de futuro y opciones en dólares— no se aplicaba o que, en todo caso, era inconstitucional. También adujo la inconstitucionalidad de la Comunicación “B” 7463 del BCRA, que ampliaba lo dispuesto por la Comunicación “A” 3697 del BCRA estableciendo que la conversión dispuesta por el decreto 992/2002 alcanzaba a las compras de futuro vencidas o a vencer el 12 de junio de 2002 y que se encontraban pendientes de liquidación (fs. 51/70 y ampliación de fs. 126/127 vta.).

El juez de primera instancia se declaró incompetente y remitió las actuaciones al fuero comercial. La Sala confirmó la decisión (ver fs. 74/75, fs. 90 y vta. y fs. 97).

III. Encontrándose la causa en jurisdicción comercial ordinaria se presentó el Bapro, planteó la excepción de incompetencia como de previo y especial pronunciamiento y contestó la demanda (fs. 230/246 vta.).

Aunque admitió la celebración de los contratos de futuro invocados por el Citibank, discrepó de su adversaria en cuanto al alcance de las obligaciones derivadas de ellos después de la entrada en vigor de las normas de emergencia. Se explayó sobre la situación crítica experimentada por el país a fines de 2001 y defendió la constitucionalidad de dicho plexo normativo, en particular, de los decretos 214/2002 y 992/2002, y de las comunicaciones concordantes del BCRA. Hizo un cálculo del saldo que cada operación arrojaba al momento del pago ajustándose a lo prescripto en dichos decretos y concluyó que la transferencia hecha por él de \$8.230.000 extinguía la obligación. Nada aportó sobre la operatoria de las opciones a futuro en general, ni sobre las de autos en particular. Tampoco controvertió la moneda de pago reclamada en la demanda.

El magistrado en lo comercial hizo lugar a la excepción de incompetencia planteada por el demandado, lo que dio lugar a un conflicto que fue resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación a favor de este fuero (fs. 256/257 y fs. 293).

IV. El juez de primera instancia acogió la demanda condenando al Bapro a pagar US\$11.990.123, con más los intereses devengados a partir del día siguiente al de notificación de la demanda a la tasa del 6% anual no capitalizable, y distribuyó las costas por su orden dada la complejidad del asunto.

El doctor Gota analizó la naturaleza jurídica de las opciones de compra de divisas a futuro, al igual que la normativa de emergencia que las regía y consideró que la conversión a pesos ordenada por el decreto 992/2002 a razón de \$1,40 por dólar alteraba la sustancia de los derechos involucrados, tal como había juzgado la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente “Jhonson & Jhonson”. Con apoyo en esa doctrina, declaró inconstitucional al derecho referido y a todas las disposiciones legales que lo complementaban. Seguidamente, tuvo en cuenta que los contratos y la modalidad de pago afirmados por el Citibank habían sido reconocidos por el Bapro. En consecuencia, admitió la pretensión, salvo en lo tocante al *dies a quo* de los accesorios que fijó —según adelanté— a partir del día siguiente al de la fecha de notificación de la demanda (fs. 857/871).

V. El fallo fue apelado por ambas partes (fs. 873 y 875 y autos de concesión de fs. 874 y 876).

La actora expresó agravios a fs. 892/908, mientras que la demandada hizo lo propio a fs. 909/921 vta., dando lugar a las contestaciones de fs. 924/930 vta. y fs. 931/944 vta.

El Citibank se queja del hito inicial de los intereses aduciendo, como lo hizo al principio del pleito, que él debe fijarse a la fecha de vencimiento de cada contrato. También cuestiona la distribución de las costas por su orden.

Por su parte, el Bapro cuestiona la declaración de inconstitucionalidad del decreto 992/2002 y la comunicación “B” 7463 del BCRA. A todo evento, discute la imposición de los intereses y la tasa establecida en el fallo.

VI. Abordaré la apelación del Bapro, en primer lugar, porque si ella prosperara sería innecesario tratar el recurso del Citibank.

a. La reseña de antecedentes que hice demuestra que ninguno de los litigantes describió con precisión la operatoria de las compras futuras de divisas. Ambos centraron su atención en el plexo normativo de excepción que alcanzó a ese tipo de operaciones optando, la demandante, por cuestionarlo desde el punto de vista constitucional, y la demandada por defenderlo en ese mismo plano.

Pero antes del derecho están los hechos relacionados con la moneda de pago y la liquidación de la acreencia convenidos originariamente.

Como es sabido, el denominado “contrato de futuros”, “a término” o “forward”, es un acuerdo entre dos partes para comprar o vender un activo (granos, divisas, etc.) en un momento determinado del futuro y a un precio prefijado. Quiere decir que los operadores

se obligan a realizar la operación convenida al vencimiento del plazo y a liquidar el crédito de acuerdo a las diferencias de tipo de cambio confrontadas (“non delivery”).

Yendo al caso del dólar, cuando el inversor teme que el precio futuro de la divisa baje, asume la posición vendedora (“short position”) —v.gr., el exportador que vende en un mes definido y cobra en el siguiente—. En cualquier caso, la expectativa y la situación opuesta a ella están cubiertas por la operatoria financiera corriente: si baja el precio, se produce una compensación a favor del comprador por la ganancia que obtiene en virtud del contrato de futuro; y si sube, la pérdida causada por el contrato se compensa con el mayor valor que el exportador obtenga al cambiar los dólares que reciba de la exportación en el mercado físico.

Soluciones comparables encuentra el inversor que toma una posición compradora (“long position”) por temer el alza de la divisa en el futuro —es el caso del importador, que paga un precio del dólar inferior al que intuye que tendrá al momento de liquidación de la importación—; de materializarse su temor, la ganancia obtenida en el contrato de futuro permite compensar el mayor precio del dólar que tenga que pagar para cumplir su obligación como importador.

Por cierto que las modalidades del contrato no se agotan en los ejemplos que di y todas están sujetas a regulación, como ocurre con la garantía impuesta para cubrir incumplimientos o eventuales quebrantos, en su momento equivalente al 20% del valor de la posición en moneda nacional, y susceptible de ser cumplida con títulos o valores cotizables (resoluciones 649 y 650 de la Comisión Nacional de Valores del 30/10/2015 y del 17/12/2015, respectivamente).

En el citado precedente “Jhonson & Jhonson”, la Corte Suprema calificó al “forward” como un contrato derivado de carácter bilateral, consensual, oneroso y aleatorio, en el que una de las partes se obliga a comprar y otra a vender un determinado bien en una fecha futura y a un precio establecido desde el comienzo (Fallos: 334:516, considerando 5°, p. 535).

Sin embargo, en toda compraventa exitosa hay transmisión de la cosa vendida (arg. del art. 1323 del Cód. Civil), consecuencia esta que no se verifica en el “forward” porque —como expliqué— las partes liquidan el crédito en base a las diferencias de tipo de cambio (el pactado y el vigente al vencimiento) de dos géneros de moneda distintos siempre, claro está, que esas diferencias existan al momento del pago. Creo necesario insistir sobre el objeto debido. La prestación (y también el sujeto pasivo), sólo surge al vencimiento y se expresa en “dinero en efectivo en pesos”, esto es, en moneda de curso legal, lo que significa que no hay “compraventa de dólares” sino compensación de

partidas (conf. Manual de contrato de futuro de dólar estadounidense, publicado por Bolsas y Mercados Argentinos SA, versión 01, p. 2; Duarte Ardoy, Gonzalo J., Venta de dólares a futuro. Análisis desde la perspectiva del derecho penal, LA LEY, 2016-A, 1150).

Pues bien, el Citibank no se ajustó a esa regla ya que reclamó dólares estadounidenses calculándolos del siguiente modo: restó la tasa pactada en cada contrato de la tasa mayorista (Comunicación A 3500 del BCRA) vigente al día del vencimiento, multiplicó la diferencia por la suma de dólares comprometida y al resultado, expresado en pesos, lo convirtió en dólares tomando, otra vez, la tasa de cambio mayorista del vencimiento arribando así a U\$S11.990.123 que son el objeto de su demanda (fs. 67, punto ix. y fs. 68, IX). Es decir, “dolarizó” un crédito “pesificado” por la legislación de emergencia a una tasa de cambio vigente hace dieciocho años. El “Acuerdo Marco”, de cinco páginas y dos anexos, no contiene ninguna previsión sobre ese procedimiento de cálculo; tampoco el Acuerdo complementario (documental actora en copia de fs. 9/18).

Al contestar la demanda, el Bapro no controvertió la metodología empleada por el Citibank (fs. 230/246 y vta. cit., en especial, negativas, fs. 234 y vta. a fs. 235). Antes bien, basó su defensa en la ejecución de los contratos con arreglo a la legislación de emergencia destacando que el decreto 410/2002 había excluido de la “pesificación” a los contratos de futuro pero no “...dispuso la forma en la cual debían liquidarse. Seguía existiendo un vacío legal en la materia...” (fs. 236, cuarto párrafo). Esa línea argumental explica que haya dedicado sólo tres renglones al título “impugna liquidación” (fs. 244, IX).

Cuando las partes tienen conocimiento técnico y probada experiencia en una actividad de alta especialización como ocurre en autos, se espera que relaten los hechos y aporten los argumentos que hacen a sus respectivas posiciones, sin suponer que algunos de ellos son de conocimiento público o, en todo caso, del de los magistrados. La sofisticación de los acuerdos a término acentúa esa expectativa (ver dictamen del Procurador General en Fallos: 334:516 cit., en especial, p. 530).

Resumiendo, el Citibank interpretó que el incumplimiento de la prestación originaria generaba, en un contexto de normalidad, la consecuencia rescabible de pagar los dólares que se hubiesen podido adquirir al tipo de cambio vigente en la fecha de cada vencimiento. Al no haber sido discutida por el demandado, no integró el *thema decidendum* y, por implicancia lógica, no fue objeto de prueba ni de consideración por el juez de grado (arts. 34, inciso 4, 163, incisos 3 y 6, 164 y 356 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación y Carli, Carlo, La demanda civil, La Plata, Editorial Lex, p. 267). En tales condiciones, también queda excluida de la juris-

dicción revisora (art. 277 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación), sin perjuicio de señalar que en la apelación del Bapro no hay referencia a ella.

b. Definido lo anterior, me parece importante destacar que el tipo de cambio mayorista previsto en la varias veces citada Comunicación A 3500 del BCRA era, en la época de pago de cada contrato, ligeramente inferior a cotización del dólar libre, pero superior a los tipos de cambio pactados y, asimismo, a la tasa de conversión de \$1,40 impuesta por los decretos 214/2002 y 992/2002. En efecto, al primer vencimiento (07/03/2002) fue de \$2,13 por dólar; al segundo (05/04/2002), de \$2,67; y al tercero (07/05/2002), de \$3,17. Esta última brecha explica la resistencia del Bapro en cumplir la obligación en los términos originariamente convenidos y la invocación del régimen jurídico de emergencia cuya validez constitucional reitera en el recurso.

Repararé la secuencia temporal en la que dicho pleo normativo fue sancionado.

El 7 de enero de 2002 se publicó la ley 25.561 por la cual se declaró la emergencia pública en materia social, económica, administrativa, financiera y cambiaria (art. 1°) y se delegó en el Poder Ejecutivo Nacional el ejercicio de las facultades en ella establecidas a fin de proceder al reordenamiento del sistema financiero, bancario y del mercado de cambios.

En función de la delegación legislativa autorizada en esa ley, el Poder Ejecutivo dictó el decreto 214 (BO Número Extraordinario 04/02/2002) que disponía que, a partir del 3 de febrero, todas las obligaciones en dólares, de cualquier causa u origen, que existieran a la sanción de la ley 25.561 quedaban transformadas a pesos (art. 1°) a dos tipos de cambio, según la naturaleza del contrato que las generara (arts. 2° y 3° de norma cit.).

Cuatro días más tarde fue publicado el decreto 260/2002 (BO número extraordinario del 08/02/2002) que estableció el mercado único y libre de cambios a través del cual debían cursarse todas las operaciones de cambio en divisas extranjeras concertadas a partir de la fecha indicada, según el tipo libremente pactado (arts. 1°, 2° y 3° del cit. dec.). Y el 1° de marzo de 2002, fue dictado el decreto 410/2002 que excluyó de la “pesificación” a los “contratos de futuro y opciones, incluidos los registrados en mercados autorregulados y las cuentas destinadas exclusivamente a la operatoria de tales mercados” (art. 1°, inciso d, de la norma cit.). Empero, meses después, las operaciones de esa clase que se hubiesen pactado bajo la legislación argentina y estuvieran vigentes al 5 de enero de 2002, quedaron “pesificadas” a razón de \$1,40 por dólar en virtud de lo dispuesto por el decreto 992/2002 (BO 12/06/2002).

En consonancia con lo prescripto en el decreto 992/2002, el Banco Central de la República Argentina cursó la Comunicación A 3697, del 21 de agosto de 2002, mediante la cual disponía que las entidades bancarias debían liquidar los contratos de futuro indicados precedentemente al tipo de cambio establecido en dicho decreto (ver asimismo, Comunicación B 7463, aclaratoria de la anterior, del 30 de agosto de 2002).

No existe duda en que los contratos discutidos en el *sub lite* quedaron alcanzados por la conversión ordenada en el decreto 992/2002 y en las disposiciones complementarias.

El asunto que versa sobre la constitucionalidad de esa conversión fue resuelta, reitero, por la Corte Suprema en el ya mencionado caso “Johnson & Johnson”.

En ese pronunciamiento el Alto Tribunal sostuvo lo siguiente: a) el objeto de los contratos de forward está constituido por el valor futuro de la moneda extranjera, mientras que su finalidad consiste en distribuir el riesgo inherente a su evolución; b) en el caso específico de los contratantes en esa causa, tuvieron en miras la derogación de la ley 23.928, de convertibilidad de la moneda nacional, previendo la alteración del tipo de cambio del dólar; c) la alta especialización de las partes sumada a la clara finalidad perseguida por ellas tornaba aplicable el principio contenido en el artículo 902 del Cód. Civil en punto a la previsibilidad de las consecuencias; d) la entidad del interés público afectado determina la medida de la regulación destinada a protegerlo, lo que implica que la inusitada restricción de los derechos individuales se justifica, únicamente, si guarda proporcionalidad con la superación efectiva de una crisis grave; e) el decreto 992/2002 no se adecua al estándar de razonabilidad enunciado en el punto anterior porque, al “pesificar” los contratos de futuro allí descritos, alteró sustancialmente el derecho de los acreedores sin beneficiar, como contrapartida, al interés general aunque sí favoreció a un grupo de entidades financieras que habían asumido, con un alto grado de conocimiento técnico e información, el riesgo de la devaluación; f) a diferencia de otras reestructuraciones de deudas en dólares, que fueron convenidas con sustento en las garantías explícitas ofrecidas por el sistema de convertibilidad, la prevista en el decreto 992/2002 novaba la obligación prescindiendo del hecho de que la moneda pactada no constituía un mero medio de pago sino el objeto mismo del contrato, esencialmente vinculado con el riesgo asumido por las partes; g) el legislador optó por proteger a un conjunto de entidades financieras deudoras so pretexto de eventuales desequilibrios potenciales de mercado expuestos anacrónicamente y de verificación dudosa, contradiciendo así el decreto 410/2002 dictado unos pocos meses antes; h) el decreto 992/2002 y las disposiciones que lo complementan afectan irrazonablemente los derechos establecidos en los artículos 14, 17 y 19 de la Constitu-

ción Nacional (Fallos: 334:516 cit., considerandos 8 a 13, ps. 537 a 540).

Si bien es cierto que no hay una norma expresa que le otorgue fuerza vinculante a los fallos de la Corte Suprema fuera del caso en el que son dictados (Fallos: 262:101; 263:145; 264:13; 307:671), también lo es que los jueces tienen el deber moral de acatarlos, sea por la autoridad que aquélla tiene en materia constitucional (Fallos: 212:51 y 160; 311:1644 y 316:221), sea por razones de economía procesal (esta Sala, voto del suscripto en la causa N° 9505/04 del 09/02/2010).

Ese deber es exigible con mayor intensidad en los casos en que el Alto Tribunal declaró la inconstitucionalidad de una disposición determinada (Fallos: 321:3487 y 322:1616; Bianchi, Alberto, Control de constitucionalidad, Buenos Aires, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2ª edición actualizada, reestructurada y aumentada, tomo 1, ps. 370 a 373). No se trata de establecer una sujeción ciega al precedente, sino de contribuir a consolidar la función casatoria que tiene ese máximo órgano jurisdiccional (Oyhanarte, Julio, Historia del Poder Judicial, en Recopilación de sus obras, Buenos Aires, M. Oyhanarte, 2001, p. 141).

En atención a ello, que el juez de grado hizo propios los fundamentos dados por la Corte *in re* “Johnson & Johnson” y que el Bapro no aportó ningún argumento nuevo que autorice a la Sala a apartarse del deber señalado en el párrafo anterior, corresponde confirmar la declaración de inconstitucionalidad de las normas impugnadas.

La expresión del Bapro “...el Banco que represente nada adeuda a la accionante...” (fs. 917, cuarto párrafo), sumada a los señalamientos que hice en el apartado a) de este considerando, evidencian la falta concreta y razonada de la sentencia, al igual que el cuestionamiento de los intereses *ex post* sentencia —recurso, fs. 920/921— (art. 265 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación y esta Sala causas N° 4811/98 del 06/02/2003, N° 1660/03 del 15/07/2010, y 3277/09 del 10/04/2014).

En consecuencia, también corresponde confirmar la condena.

VII. a. La queja del Citibank por el punto de partida de los intereses —fijado por el juez a partir del día siguiente de la notificación de la demanda (fs. 870, segundo párrafo)— es pasible de las observaciones que expondré a continuación.

La apelante reitera su pedido inicial de que los accesorios corran desde que la fecha de pago de cada contrato, esto es, desde el 7 de marzo, el 5 de abril y el 7 de mayo de 2002.

El devengo de intereses es una de las consecuencias del estado de mora del deudor (Llambías, Jorge Joaquín, Tratado de derecho civil —Obligaciones—, Buenos Aires, Editorial Perrot, tomo I, ps. 164 y ss.), el cual consiste en el incumplimiento jurídicamente relevante de la prestación a su cargo. No basta, entonces, que haya vencido el plazo pactado para que los accesorios empiecen a computarse. Se requiere, además, que el sujeto pasivo de la obligación haya observado una conducta antijurídica que contraste con los términos de la obligación originaria (Llambías, ob. y tomo cit., N° 102, ps. 126 y ss.). Por eso es que la doctrina distingue la mora de la demora asignándole sólo a la primera la consecuencia señalada (Alterini A. A. - Ameal O. - López Cabana, Derecho de obligaciones civiles y comerciales, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, cuarta edición actualizada, N° 390, p. 180).

Por lo visto, al tiempo de pago existía una legislación de emergencia que autorizaba al deudor a liquidar el crédito a un tipo de cambio ficticio (\$1,40 por dólar) y a pagar el resultado a su acreedor. El Bapro obró en consecuencia de tales normas al transferir la cantidad de \$8.230.000, pago este reconocido por el actor. Esa conducta no equivale al incumplimiento jurídicamente relevante previsto en los artículos 508 y 509 del Cód. Civil, ordenamiento este aplicable al pleito porque estaba vigente al momento en que ocurrieron los hechos (art. 7 del Cód. Civ. y Com. de la Nación y esta Sala causas N° 8774/11 del 19/02/2016, N° 900/10 del 12/07/2016 y N° 96.424/11 del 15/02/2018; Sala I causas N° 7071/16 del 19/06/2018 y N° 1822/11 del 13/07/2018, entre muchas otras).

Aún más, el Citibank obró del mismo modo al defender su posición de deudor en opciones a futuro concertadas con otros operadores (ver listado de juicios aportado por el Bapro en su responde, fs. 243/243 y vta.). Afirmar la mora de su adversaria en este proceso es también afirmar la propia en aquellos contratos. Lo cierto es que, en el contexto de la grave crisis política y económica desatada a fines de 2001, no es razonable atenerse a los esquemas jurídicos propios de las épocas de normalidad; tampoco lo es, soslayar que las entidades bancarias están sujetas a una actividad regulada y que las normas debatidas integraban un complejo normativo que estaban obligadas a cumplir (esta Sala, causa N° 10.765/03 del 13/02/2009).

Por lo tanto, la queja del Citibank debe ser rechazada.

b. En cambio, corresponde admitir su planteo sobre la imposición de las costas.

En efecto, la demanda fue presentada el 6 de marzo de 2012 (ver cargo de fs. 70, esto es, poco menos de un año después de que la Corte Suprema resolviera la varias veces citada causa “Johnson & Johnson” (24/05/2011).

Quiere decir que los gastos generados por el proceso, que duró más de ocho años, deben ser afrontados enteramente por el Bapro en la medida en que éste motivó el juicio y no aportó ningún argumento nuevo que justifique apartarse del precedente referido.

Entonces, propongo modificar la sentencia en lo tocante a las costas de primera instancia, las cuales se le imponen íntegramente al Bapro por ser vencido (art. 68, primer párrafo, del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación), y confirmarla en todo lo restante que fue materia de agravio.

Las costas del recurso de la actora se distribuyen entre ésta —60 %— y su adversaria —40%— debido al modo en que prosperaron los agravios (arts. 71 y 279 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación).

Las costas del recurso de la demandada se le imponen a la apelante por ser vencida (arts. 68, primera parte y 279 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación).

Así voto.

Los doctores *Recondo* y *Gottardi*, por análogos fundamentos adhieren al voto precedente.

Visto lo deliberado y las conclusiones a las que se arriba en el Acuerdo precedente, el Tribunal resuelve: Modificar la sentencia en lo tocante a las costas de primera instancia, las cuales se le imponen íntegramente al Bapro por ser vencido (art. 68, primer párrafo, del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación), y confirmarla en todo lo restante que fue materia de agravio. Las costas del recurso de la actora se distribuyen entre ésta —60 %— y su adversaria —40%— debido al modo en que prosperaron los agravios (arts. 71 y 279 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación). Las costas del recurso de la demandada se le imponen a la apelante por ser vencida (arts. 68, primera parte y 279 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación). Regístrese, notifíquese, publíquese y pasen los autos a regular honorarios. — *Guillermo A. Antelo*. — *Ricardo G. Recondo*. — *Eduardo D. Gottardi*.

OBLIGACIÓN EN MONEDA EXTRANJERA

Pretensión del deudor de cancelar la deuda en moneda de curso legal. Art. 765 del Código Civil y Comercial. Rechazo. Norma supletoria. Intención de las partes. Forma de pago como objeto esencial del contrato. Buena fe. Carga de acreditar la imposibilidad de

1. — La pretensión del deudor de efectuar las sucesivas cancelaciones de la deuda contraída

en dólares estadounidenses dando a cambio moneda de curso legal, conforme lo dispuesto por el art. 765 del Cód. Civ. y Comercial, debe rechazarse, pues la obligación en el caso está vinculada a la compra de acciones de una sociedad en cuyo negocio sería no solo habitual, sino esencial, el pago de los bienes y productos ofrecidos en dólares estadounidenses.

2. — El principio rector de buena fe consagrado por el art. 961 del Cód. Civ. y Comercial para los contratos y por el art. 9 del mismo ordenamiento con carácter general para el ejercicio de todos los derechos, se vería seriamente vulnerado si se pacta como objeto esencial del contrato una forma de pago, que luego se la pretende modificar, alegando una imposibilidad de cumplimiento que no se ha acreditado de manera fehaciente.
3. — Atendiendo las expresas consignaciones obrantes en el acuerdo que hace referencia al pago de la obligación en dólares, se concluye que los deudores han convalidado obligarse a entregar una suma de dinero especialmente en dicha especie, quedando así excluida la prerrogativa supletoria del art. 765 del Cód. Civ. y Comercial.
4. — Los apelantes debieron aportar algún elemento de convicción que acredite que las restricciones que invocaron en materia cambiaria le imposibilitaron el cumplimiento de la obligación en la moneda fijada en el acuerdo. No solo debía demostrar la imposibilidad de acceder al mercado cambiario sino, también, que no tenía en su poder los dólares estadounidenses suficientes para pagar las cuotas pendientes del acuerdo, e, incluso, que nos los recibieron con motivo del giro habitual de su negocio.
5. — La mera invocación de la existencia del “cepo cambiario” no es suficiente como para evadir el cumplimiento de la obligación conforme lo previsto en el art. 766 del Cód. Civ. y Comercial.
6. — El art. 765 del Cód. Civ. y Comercial es una norma supletoria, por cuanto no resulta imperativa, ni es de orden público, ya que no habría inconveniente en que las partes pacten, como autoriza el art. 766 del mismo cuerpo legal, que el deudor deba entregar la cantidad correspondiente de la especie designada.

CNCom., sala E, 17/12/2020. - Sánchez, Juan Luis y otro c. Sánchez, Adriana Susana s/ ordinario.

[Cita on line: AR/JUR/67834/2020]

11062/2016

2ª Instancia.- Buenos Aires, diciembre 17 de 2020.

Vistos:

1. Viene apelada, tanto por Adriana S. Sánchez como por Juan Luis Sánchez (h) y Ascensores Cóndor SRL, la resolución dictada el 28/07/2020 mediante la cual se desestimó la intención de esta última de efectuar las sucesivas cancelaciones de la deuda contraída en dólares estadounidenses dando a cambio moneda de curso legal, conforme lo dispuesto por el Cód. Civ. y Comercial: 765, y distribuyó las costas de la incidencia en el orden causado.

La primera —que se agravó de la forma en que fueron impuestas las costas— fundó su queja con el escrito del 30/07/2020, respondido el 11/08/2020.

De su lado, Juan Luis Sánchez (h) y Ascensores Cóndor SRL —que cuestionaron el rechazo de la metodología de pago propuesta en pesos— expresaron sus agravios con la presentación del 11/08/2020, contestada el 18/08/2020.

2. Evidentes razones de orden lógico imponen tratar en primer término la apelación de Juan L. Sánchez (h) y la sociedad citada —que hacen al fondo de la cuestión—, dada la incidencia que la misma podría tener sobre los agravios de la demandada.

a) Recurso de Juan Luis Sánchez (h) y Ascensores Cóndor SRL:

De acuerdo con lo prescripto en el Cód. Civ. y Comercial: 962, las normas son supletorias cuando resultan disponibles a la voluntad de las partes.

Es decir que se trata de normas simplemente dispositivas, no imperativas, que las partes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, pueden dejar de lado (v. Luis Leiva Fernández en: “Código Civil y Comercial Comentado”, dirigido por Jorge H. Alterini, Tomo V, p. 55, año 2015).

En ese contexto, esta Sala comparte la posición jurisprudencial que sostiene que el Cód. Civ. y Comercial: 765 es una norma supletoria por cuanto no resulta imperativa, ni es de orden público, ya que no habría inconveniente en que las partes pacten, como autoriza el art. 766 del mismo cuerpo legal, que el deudor deba entregar la cantidad correspondiente de la especie designada (conf. CNCiv., Sala F, “E. M. R. c. A., C. A. y otros s/ consignación”, del 19/08/2015, v. este Tribunal, “Cernadas de Viale, Martha y otro c. Medicus SA s/ ordinario”, del 29/08/2017).

La cuestión merece interpretar cuál ha sido la intención de las partes al pactar en moneda extranjera.

Y, en el caso, la obligación en tal moneda está vinculada a la compra de acciones de una sociedad en cuyo negocio sería no sólo habitual, sino esencial, el pago de los bienes y productos ofrecidos en dólares estadounidenses.

Véase, que en la audiencia celebrada el 27/03/2018 la actora se comprometió “...a abonar el monto que resulte determinado del dictamen arbitral para realizar la compra de las cuotas sociales a la parte demandada, la que se instrumentará de la siguiente manera: La primer cuota será abonada a los quince días de notificarse el dictamen pericial a las partes y que asciende al equivalente a “medio ascensor de diez paradas estándar” cuyo parámetro de precio de venta sin IVA surgirá del listado de precios oficial de la empresa Ascensores Cóndor SRL, dejándose aclarado que el pago será en dólares estadounidenses. Las siguientes cuotas serán abonadas mensualmente el día 5 de cada mes o, en su caso, el siguiente día hábil, teniendo en cuenta lo pactado anteriormente. Asimismo, la parte actora se compromete dentro del plazo de un año a contar a partir de la presente audiencia a desembolsar un refuerzo que asciende a la suma de u\$s 125.000.- Las sumas a pagarse serán transferidas por la actora a una cuenta que denunciará la parte demandada en el término de quince días de la presente...”

Es decir, que en el propio acuerdo, luego homologado, se estableció un plan de pagos ajustado al valor de “medio ascensor de diez paradas estándar”, conforme el precio oficial publicado por la demandada, y también se dejó expresamente aclarado que debía efectivizarse en dólares estadounidenses.

Y Adriana S. Sánchez acompañó a la causa el listado oficial de precios de Ascensores Cóndor SRL de donde surge que todas sus tarifas se encuentran expresadas en dólares estadounidenses, denunciando, a su vez, que gran parte de la actividad de dicha empresa se basaba en la importación y exportación de ascensores y sus partes (v. escrito del 06/11/2019).

Cierto es que la sociedad desconoció la validez de dicho listado oficial de precios (v. presentación del 02/12/2019).

Sin embargo, sólo se limitó a exteriorizar tal manifestación, pero sin acompañarla de ninguna prueba que la corrobore.

En rigor y a partir del principio que consagra el Cpr. 377, era dicha empresa quien debía demostrar de manera fehaciente la falta de veracidad de tales documentos, pues, en caso de verificarse tal escenario, hubiese bastado con exhibir elementos que tenía, o debió tener, en su poder; encontrándose, en definitiva, en una posición más ventajosa para comprobar su defensa incoada.

A juicio del Tribunal y atendiendo las expresas consignaciones obrantes en el acuerdo que hace referencia al pago de la obligación en dólares, se concluye que los deudores han convalidado obligarse a entregar una suma de dinero especialmente en dicha especie, quedando así excluida la prerrogativa supletoria del Cód. Civ. y Comercial: 765.

En tal contexto, el principio rector de buena fe consagrado por el Cód. Civ. y Comercial: 961 para los contratos y por el Cód. Civ. y Comercial: 9 con carácter general para el ejercicio de todos los derechos, se vería seriamente vulnerado si se pacta como objeto esencial del contrato una forma de pago, que luego se la pretende modificar, alegando una imposibilidad de cumplimiento que no se ha acreditado de manera fehaciente.

En efecto, los apelantes debieron aportar algún elemento de convicción que acredite que las restricciones que invocaron en materia cambiaria le imposibilitaron el cumplimiento de la obligación en la moneda fijada en el acuerdo (v. esta Sala, “Martínez Villera, Alejandro R. c. Poder Ejecutivo Nacional y otro s/ amparo”, del 13/02/2014).

La mera invocación de la existencia del “cepo cambiario” no es suficiente como para evadir el cumplimiento de la obligación conforme lo previsto en el Cód. Civ. y Comercial: 766.

No solo debía demostrar la imposibilidad de acceder al mercado cambiario sino, también, que no tenía en su poder los dólares estadounidenses suficientes para pagar las cuotas pendientes del acuerdo, e, incluso, que nos los recibieron con motivo del giro habitual de su negocio.

En vista de ello, los agravios esgrimidos serán rechazados.

b) Recurso de Adriana S. Sánchez:

El CPR.: 68 y 69 consagran el principio rector en materia de costas, que encuentra razón de ser en el hecho objetivo de la derrota: quien resulta vencido debe cargar con los gastos que debió realizar la contraria para obtener el reconocimiento de su derecho (cfr. CSJN, “Salamone, Antonio P”, del 20/09/1988, Fallos: 311:1914; v. esta Sala, “Rubal, María C. y otro c. Vázquez, María del Carmen y otros s/ ordinario”, del 14/03/2012).

Del análisis del pronunciamiento en crisis, que concluyó en el rechazo del pedido de Ascensores Cóndor SRL de pagar la deuda a través de la entrega de moneda de curso legal, no se advierte que hubieran mediado vencimientos parciales y mutuos que justifiquen apartarse del principio aludido y compensar la carga de los gastos. Tampoco se trató de una cuestión dudosa,

compleja, de legislación reciente o precedentes contradictorios.

En suma, teniendo en cuenta que la actora se opuso expresamente a lo solicitado y postuló el rechazo de la pretensión, júzgase que debieron imponerse las costas a dicha sociedad, perdidosa en la incidencia.

Por lo expuesto, se resuelve: a) desestimar el recurso deducido por Juan Luis Sánchez (h) y Ascensores Cóndor SRL; con costas de Alzada a los apelantes en su condición de vencidos (cfr. Cpr. 69), y b) admitir la apelación deducida por Adriana S. Sánchez y revocar la resolución apelada con el alcance de disponer que las costas generadas por la incidencia resuelta sean soportadas por Ascensores Cóndor SRL; con costas de Alzada a su cargo por haber resultado vencida (cfr. Cpr. 69). Comuníquese (cfr. Acordada CSJN N° 15/2013), notifíquese, y devuélvase sin más trámite, encomendándose al juez de la primera instancia agregar, oportunamente, en el expediente en soporte papel copia certificada de la presente resolución. Las firmas electrónicas se formalizan en virtud de lo establecido en la Acordada CSJN N° 12/2020 (arts. 2°, 3° y 4°). — Miguel F. Bargalló. — Ángel O. Sala. — Hernán Monclá.

RESPONSABILIDAD DEL CONSTRUCTOR

Demora en la entrega del inmueble adquirido de pozo. Hechos constitutivos de fuerza mayor. Cambio de autoridades municipales. Erupción de un volcán. Contingencias climáticas. Cepo cambiario. Ponderación de la prueba.

1. — La erupción del volcán Puyehue el 04/06/2011 fue el único hecho que puede considerarse como constitutivo de fuerza mayor que influyó en la demora en la entrega de la unidad adquirida por la accionante y no los restantes sucesos sobre los cuales el recurrente sostiene su recurso.
2. — Más allá de que no pueden desconocerse las medidas que han sido dispuestas en la última década en el mercado cambiario, lo cierto es que no fueron aportados elementos de convicción que avalen el impacto que aquellas tuvieron, según la postura del recurrente, en el desarrollo de la obra. La mera invocación resulta insuficiente a fin de tener como configurado un hecho de fuerza mayor que incidiera en la demora de la entrega de la unidad.
3. — Las contingencias climáticas derivadas de las nevadas y lluvias que habrían demorado la en-

trega de la unidad funcional adquirida por la actora no configuran hecho de fuerza mayor, pues no fue aportado elemento alguno a fin de establecer que aquellas tuvieran la entidad necesaria para ser consideradas como eventos extraordinarios, y no las que habitualmente recibe ese sector del país, el cual si bien no es el más austral de nuestro territorio, suele registrar bajas temperaturas y nevadas constantes en el período invernal.

4. — En cuanto a las contingencias climáticas, si bien resulta acertada la valoración vertida en los agravios relativa a que la ciudad de San Carlos de Bariloche, Provincia de Río Negro, no se encuentra en el punto más austral de nuestro país, lo cierto es que no fueron invocados por la demandada eventos de particular trascendencia que puedan ser considerados como extraordinarios en los términos pactados en el boleto de compraventa. Ello, claro está, más allá de la erupción del volcán Puyehue cuya ocurrencia y efectos está fuera de dudas y que no es motivo de debate en esta instancia.
5. — La mera referencia al cambio de autoridades en la órbita municipal como causante de demoras en los trámites necesarios para los avances de obras resulta insuficiente. Debíó la accionada cuanto menos, aportar el expediente municipal y las constancias de los trámites que debieron realizarse, los cuales de ser verídica su posición, acreditarían las demoras en su tramitación y no la configuración de la exclusión convenida en el boleto de compraventa. La omisión de acompañar a la causa las constancias que instrumentaran aquellos trámites ante la eventualidad de que las demoras fueran causadas por hechos, actos y omisiones imputables a su parte (previsto contractualmente), obsta a la convalidación de los hechos invocados.
6. — Se aprecia a partir del suceder de los hechos el agravio moral de la actora. El derrotero de reclamos que debió afrontar hasta lograr la entrega de la posesión del bien dan cuenta del padecimiento sufrido a causa del incumplimiento de la accionada. Incluso, cumplida la entrega de la posesión, ello no fue a satisfacción de la accionante ya que la unidad no se encontraba conectada al servicio de gas —lo que no resulta un dato menor, atendiendo a las bajas temperaturas que se registran en la zona—, lo cual provocó que debiera hacerse de elementos eléctricos que cumplieran la función de aquellos que por la falta de provisión del fluido no podían ser utilizados. De allí que los elementos señalados resultan suficien-

tes para tener por acreditado el menoscabo moral.

CNCom., sala F, 16/12/2020. - Bailac, Mariana Beatriz c. Huergo Norte S.A. s/ Ordinario.

[Cita on line: AR/JUR/66091/2020]

Expte. N° CIV 78584/2014

2ª Instancia.- Buenos Aires, diciembre 16 de 2020.

¿Es arreglada a derecho la sentencia apelada de fs. 591/609?

La doctora *Tevez* dijo:

I. Antecedentes de la causa.

a. A fs. 60/77 Mariana Beatriz Bailac inició demanda contra Huergo Norte SA fin de obtener el cobro de la suma de \$305.000 o lo que en más o en menos resulte de la prueba a rendirse, con más intereses, multas y costas.

Relató que tras efectuar la búsqueda de un departamento apto profesional, a fin de emplearlo como consultorio médico, decidió adquirir la opción ofrecida por la constructora demandada.

Refirió que al momento de la compra tuvo especialmente en cuenta, la unidad funcional, la fecha de entrega y el conjunto de servicios, todo detallado en las especificaciones técnicas, plan de desarrollo (cronograma) y planos.

Agregó que en particular, tuvo en cuenta la fecha de entrega de la posesión, ya que se encontraba alquilando otro inmueble apto profesional con los grandes costos que ello implicaba.

Explicó que el 15/10/2010 firmó el boleto de compraventa de una unidad funcional "a construir", designada interna y provisoriamente con el número C 2 del piso planta baja con una superficie cubierta de 49 m2, abonando la suma de U\$S 12.597. Dijo que el monto de la operación era de U\$S 70.000.

Adujo que el plazo de entrega era de 26 meses contados a partir del 01/08/2010 sujeto a una prórroga sin especificar y que estimó en tres o cuatro meses; y una segunda prórroga, de 180 días, debiendo entregarse la posesión con fecha límite a fines de septiembre 2013.

Sostuvo que recién el 06/08/2014 fue entregada la posesión, once meses después de vencida toda prórroga, lo cual dijo haberle provocado grandes perjuicios que describió.

Agregó que la demandada nunca le notificó ni informó ningún tipo de causal por la cual no entregaba

la unidad vendida en tiempo pactado y que hizo caso omiso a los reiterados reclamos de su parte.

Transcribió el intercambio epistolar y dijo que el 02/05/2013 requirió una constatación notarial del inmueble, en compañía del arquitecto Augusto Serquione, cuyo resultado detalló.

Describió el modo en que se configuró la responsabilidad endilgada y los daños cuya reparación pretende. Practicó liquidación de esos rubros. Fundó en derecho su reclamo y ofreció prueba.

b. A fs. 187/207 Huelgo Norte SA contestó demanda.

Formuló una negativa genérica y luego pormenorizada de los hechos. Reconoció haber suscripto con la actora un contrato para la construcción de una unidad funcional con fecha 15/10/2010 y que aquella recibió de conformidad la posesión el 06/08/2014.

Sostuvo que no hubo mora en el sentido esgrimido por la actora en tanto existieron una serie de acontecimientos fortuitos, imprevisibles y ajenos a su parte durante el desarrollo del emprendimiento que lo obligaron a apartarse de los plazos originariamente estipulados.

Encuadró normativamente su posición defensiva y enumeró los acontecimientos sobre los cuales sostuvo la misma.

Aludió a la erupción del volcán Puyehue el 04/06/2011 y dijo que ocurrió antes de la fecha prevista como plazo de primer entrega según cronograma original.

Dijo que ello ocasionó el primer atraso de nueve meses en relación a las tareas que debían realizarse en ese período, lo que a su vez, sostuvo, ocasionó nuevas demoras por lógica consecuencia y naturaleza propia de la construcción; y que las tareas pudieron ser retomadas recién en febrero de 2012.

Explicó que, paralelamente a dicho evento, sucedieron otras cuestiones ajenas a su parte que incidieron también en el retraso de la obra superponiendo y agravando las consecuencias del volcán.

Se refirió al cambio de autoridades municipales de la ciudad de Bariloche, hechos de vandalismo, huelgas gremiales y medidas económicas/ cambiarias; todo lo cual incidió directamente en la construcción.

Afirmó que todo ello demuestra la falta de culpa de su parte y fundamentalmente la inexistencia de mora en los términos y connotación que la accionante intenta darle, todo lo cual no puede desconocer.

Resistió la procedencia de los daños cuya reparación pretende la contraria. Ofreció prueba y fundó en derecho.

II. La sentencia de primera instancia.

El *a quo* dictó sentencia a fs. 591/609.

Hizo lugar a la demanda y condenó a Huelgo Norte SA a pagar a la actora la suma de \$220.000 con más sus intereses y costas.

Para así decidir, el magistrado inicialmente estimó que la cuestión litigiosa sería analizada a la luz de las disposiciones contenidas en los antiguos Cód. Civil y Cód. Comercial y que no corresponde el amparo del régimen de la ley de Defensa del Consumidor.

Seguidamente, meritó que los acontecimientos invocados por la accionada relativos a las lluvias y nevadas, demoras derivadas del cambio de autoridades municipales y los robos padecidos, no pueden operar en contra de la posición de la actora.

Asimismo, juzgó no encontrarse demostrado que la demandada hubiese cumplido con su deber de anunciar a Bailac de aquellas contingencias disvaliosas y su responsabilidad en la falta de provisión de gas en la unidad de la actora.

Razonó corroborada la existencia de un único hecho constitutivo de fuerza mayor, representado por la erupción del volcán ocurrida el 04/06/2011, siendo que la entrega había sido convenida originariamente para el 01/11/2012, luego prorrogada en dos oportunidades hasta septiembre 2013.

Estimó procedente la reparación por daño patrimonial y daño por incumplimiento contractual, para lo cual ponderó la falta de gas de la unidad, las manchas de humedad y los gastos que debió y deberá afrontar Bailac para la instalación de calefacción eléctrica, determinando el resarcimiento en la suma de \$140.000.

En otro orden, fijó en concepto de daño moral la suma de \$80.000 y desestimó la procedencia de daño psicológico, lucro cesante y daño punitivo.

Asimismo reconoció intereses a la tasa activa que percibe el Banco de la Nación Argentina para sus operaciones de descuento de documentos, sin capitalizar, desde la fecha de notificación del traslado de la demanda y hasta el efectivo pago.

Finalmente impuso las costas a la demandada sustancialmente vencida.

III. El recurso.

Apeló la actora en fs. 613 y la demandada en fs. 615. Sus recursos fueron concedidos libremente a fs. 614 y fs. 616 respectivamente.

Los fundamentos de la actora se presentaron el 16/03/2020 y fueron contestados el 24/08/2020; y los

de la demandada el 12/08/2020 y merecieron respuesta el 18/08/2020.

El 27/08/2020 se llamaron autos para dictar sentencia y el 17/09/2020 se practicó el sorteo previsto en el CPr. 268 de modo presencial.

IV. Los agravios.

Las quejas de la actora se circunscriben a la extensión de los rubros indemnizatorios reconocidos.

Los agravios de la demandada transcurren por los siguientes carriles: i) no se calificaron a la totalidad de los eventos invocados como caso fortuito y, consecuentemente, eximentes de responsabilidad, ii) se le atribuyera responsabilidad en la falta de provisión del servicio de gas, y iii) se le impusieran las costas.

V. La solución.

a. Aclaraciones preliminares.

a.1. Diré liminarmente que no atenderé todos los planteos recursivos sino sólo aquellos que estime esenciales y decisivos para dictar el veredicto en la causa (conf. CSJN, “Altamirano, Ramón c. Comisión Nacional de Energía Atómica”, del 13/11/1986; id., “Soñes, Raúl c. Administración Nacional de Aduanas”, del 12/02/1987; id., “Pons, María y otro” del 06/10/1987; id., “Stancato, Carmelo”, del 15/09/1989; y Fallos: 221:37; 222:186; 226:474; 228:279; 233:47; 234:250; 243:563; 247:202; 310:1162; entre otros).

a.2. Así porque los magistrados no están obligados a seguir a las partes en cada una de las argumentaciones, ni a ponderar una por una y exhaustivamente todas las pruebas agregadas a la causa, sino sólo aquellas estimadas conducentes para fundar sus conclusiones (CSJN, Fallos: 272:225; 274:113; 276:132; 200:320; esta Sala, mi voto, *in re*, “Bocci, Jorge H. c. Inmobiliaria Prisa SA s/ ordinario” del 10/10/2019, entre muchos otros).

b. Los eventos invocados como fuerza mayor.

b.1. Se agravó la accionada de que el primer sentenciante no meritara los eventos invocados como fuerza mayor justificantes de la demora en la entrega de unidad adquirida por Bailac.

Adelanto que las quejas levantadas resultan desestimables.

Seguidamente brindaré los argumentos que sustentan tal adelantada conclusión.

b.2. Es dable precisar que en el ámbito de la responsabilidad contractual, el deudor para eximirse de la obligación de reparar los daños y perjuicios deberá

probar que la inejecución obedece a un caso fortuito o fuerza mayor (v. Guillermo A. Borda, “Tratado de Derecho Civil. Obligaciones”, ps. 115, Ed. LA LEY, 2008).

El hecho de terceros puede constituir fuerza mayor pero sólo a condición de que reúna los caracteres de imprevisibilidad e inevitabilidad, no haya culpa del contratante que lo invoca y no se trate del hecho de un tercero por el cual se tenga el deber de responder (v. op. cit. Guillermo A. Borda, p. 122 vta.).

En esta clase de obligaciones, el deudor sólo promete una diligencia que normalmente conducirá al resultado esperado por el acreedor, aunque no se podrá exigir en cuanto se encuentra fuera de la prestación debida.

El acreedor no deberá demostrar la existencia de culpa, ya que en realidad todo su esfuerzo está dirigido a acreditar el incumplimiento material en que ha incurrido el deudor, es decir, que no actuó con la diligencia y prudencia que las circunstancias requerían y éste siempre podrá exculparse demostrando que ese incumplimiento se debió a una situación de caso fortuito o fuerza mayor, eximente que por cierto excluye su culpabilidad (De la Fuente, Horacio H., “Obligaciones de medio y de resultado. Lo positivo y lo negativo de la clasificación”, LA LEY 1980-A, 712, Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales, Tomo I, 1103, Obligaciones y Contratos Doctrinas Esenciales, Tomo I, 671).

A su vez, el deber de prestación se configura con la disposición de todos los medios orientados hacia la obtención del resultado que integra el objeto de un modo inmediato (“Código Civil anotado”, T. II, a, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1979, p. 116/7).

Desde dicha perspectiva conceptual serán analizado el recurso de Huerzo Norte SA.

b.3. Del examen de la causa surgen las siguientes circunstancias —cuya verosimilitud no se halla cuestionada en esta instancia—: i) la adquisición por la actora de un inmueble a construirse por la accionada; ii) la disposición por la demandada de dos prórrogas a la fecha originariamente pactada para su entrega; iii) el otorgamiento de la posesión, el 06/08/2014, ello es, varios meses luego de vencidas aquellas prórrogas; y iv) la erupción del volcán aledaño a la ciudad de San Carlos de Bariloche donde se llevaba a cabo la obra, y la configuración de aquél, como un hecho de fuerza mayor que propició la demora en la entrega del bien.

b.4. Coincido con el primer sentenciante en cuanto a que aquella última circunstancia (vrg. la erupción del volcán Puyehue el 04/06/2011) fue el único hecho que puede considerarse como constitutivo de fuerza mayor y no los restantes sucesos sobre los cuales el recurrente sostiene su recurso.

Me explico.

b.5. Afirmó la defendida que el modo en que el *a quo* valorara la prueba rendida en la causa, debió tener como conclusión, la configuración de los eventos descriptos como hechos de fuerza mayor que justificaran la demora en la entrega de la posesión de la unidad funcional adquirida por la actora.

Sin embargo, contrariamente a tal postura, la escasa prueba rendida no logra formar en mi ánimo la convicción necesaria a efectos de tener por acreditada la existencia de los hechos del modo en que han sido descriptos por la accionada (arg. CPr. 386).

Me explico.

b.6. Surge de los testimonios rendidos en el exhorto ley 22.172 de fs. 373/430 que:

i) el plan de obra sufrió modificaciones por causa del volcán, que tuvo detenida la obra durante la caída de las cenizas y posteriormente porque no llegaban los materiales, lo que totalizó aproximadamente un año (v. declaración de C. O. G. (respuestas a las preguntas tercera y cuarta —fs. 419/421—);

ii) la obra también fue afectada pues con posterioridad a la erupción del volcán los contratistas con los que trabajaban ya no estaban porque se habían ido a vivir a otro lado, el cambio del gobierno municipal trajo problemas en las aprobaciones de planos y existieron robos y daños (declaración de G., respuesta a la pregunta cuarta —fs. 419—);

iii) hubo en la obra varios robos, en los que sustrajeron herramientas y cocinas que estaban guardadas en un departamento (declaración de O. E. O., respuesta a la tercera pregunta —fs. 422—);

iv) el hecho más significativo sucedió a los cinco meses de iniciada la obra: la explosión del volcán Puyehue. Después, existieron complicaciones climáticas (nevadas) y fue un año de mucha lluvia, con lo cual, al ser una obra húmeda no se podía avanzar. Más adelante en el tiempo en la economía del país el establecimiento del cepo cambiario trajo problemas con la entrega de materiales, y medió la rotura de vidrios de todo el frente, el robo de cocinas y el de acopio de piedras (declaración testimonial de N. A. S.—fs. 423—);

v) existieron demoras en las aprobaciones de los permisos por el cambio de interlocutores en el municipio (v. declaración de R. E. R. respuesta a la pregunta cuarta —fs. 424—).

b.7. Ahora bien. Tal como sostuviera el *a quo*, los dependientes coincidieron en cuanto a la ocurrencia de los hechos descriptos. Mas no puedo dejar de advertir que todos ellos resultaron ser dependientes y/o proveedo-

res de la accionada y que sus dichos no fueron convalidados por otros elementos de prueba.

En efecto, C. O. G., ingeniero, estuvo encargado del día a día de la obra (v. respuesta a la pregunta segunda —fs. 419—); O. E. O., fue contratista de la demandada, encargado de la instalación eléctrica (v. respuesta a la segunda pregunta —fs. 422—); N. A. S., fue director de obra (v. respuesta a la segunda pregunta —fs. 423—) y, R. E. R., encargado de la gestión de aprobación de planos y contratado para asistir en la representación técnica de la accionada (v. respuesta a la segunda pregunta —fs. 424—).

Cierto es que el hecho de que los testigos sean dependientes de una de las partes no afecta ab initio su credibilidad ya que su relación con la parte, les permite conocer en forma directa los hechos sobre los cuales declaran (CNCom., Sala D, *in re*, “Aero Perú c. Oderigo, Romualdo”, del 18/09/1986).

Pero no es menos cierto, que sus dichos deben ser analizados con rigor atento la vinculación con la parte que los propone (CNCom., Sala B, *in re*, “Bodegas Tres Blasones SRL c. Kafusta, Manuel”, del 02/04/1990).

Esto es, tales declaraciones no resultan concluyentes y por si solas son insuficientes para decidir la procedencia de la defensa ensayada por la demandada.

Véase al efecto que no sólo devienen exiguas para tener por acreditada la ocurrencia de los hechos invocados, sino que sus alcances —y esto es muy importante— no se corresponde con los que la defendida le otorgó.

Resulta concluyente la inexistencia de otras probanzas con las que compongan un cuadro convictivo adecuado para admitir la posición defensiva invocada.

b.8. Los hechos delictivos.

Se agravió la accionada del mérito que de ellos efectuó el *a quo*. Cabe referir que, más allá de los atestiguado por sus dependientes/ proveedores, sólo fue aportada una denuncia policial y ciertas actuaciones labradas en consecuencia (v. fs. 175/177).

Puede inferirse de aquellas que la obra, contrariamente a lo invocado por el recurrente, no contaba con personal de seguridad ni medios adecuados para preservar los bienes que poseía en su interior.

Ello así ya que, tal como expusiera el capataz de obra Wilfredo Martínez, el hecho delictivo allí denunciado sucedió luego que autor/es ignorado/s previo violentar una puerta de la obra y luego dos candados de obradores sustrajeran determinadas maquinarias de trabajo.

Además, los términos de la denuncia policial se contradicen con lo atestiguado por C. O. G., quien pre-

guntado sobre quién realizó las denuncias por robo y daños ante la autoridad policial, depuso que “Todas las denuncias las realicé yo en representación de la empresa Huergo Norte en la comisaría Segunda” (v. respuesta a la primer repregunta —fs. 420—) cuando la denuncia agregada en la causa en fs. 175 fue realizada por el capataz Martínez.

b.9. Por otro lado, tampoco encuentro sostenida la queja en cuanto a que el primer sentenciante no considerara que sin dudas un cambio de autoridades municipales origina las demoras en uno u otro trámite.

Es que, más allá de lo atestiguado por R. E. R., quien por cierto no brindó ninguna precisión en cuanto a las demoras en la tramitación de permisos y planos ni se refirió en particular a ninguna situación que en algo sustente sus alegaciones, no se aportó ningún otro elemento que avale tal situación.

Por un lado, la mera referencia al cambio de interlocutores en la órbita municipal como causante de demoras en los trámites necesarios para los avances de obras resulta insuficiente.

Debió la accionada cuanto menos, aportar el expediente municipal y las constancias de los trámites que debieron realizarse, los cuales de ser verídica su posición, acreditarían las demoras en su tramitación y no la configuración de la exclusión convenida en el boleto de compraventa.

Véase que en la cláusula octava inc. b) *in fine* se dispuso que “Las demoras en la obtención de certificados, planos, permisos, habilitaciones, aprobaciones o inscripciones ante el Gobierno de la Provincia de Río Negro, Registro de la Propiedad Inmueble, Dirección General de Catastro o de las empresas proveedoras de servicios públicos o ante cualquier autoridad de aplicación competente serán consideradas caso fortuito o fuerza mayor, salvo que tuviera como causa hechos, actos u omisiones imputables a la parte vendedora, produciendo la prórroga de los respectivos plazos”.

De tal modo, la omisión de acompañar a la causa las constancias que instrumentaran aquellos trámites ante la eventualidad de que las demoras fueran causadas por hechos, actos y omisiones imputables a su parte (previsto contractualmente), obsta a la convalidación de los hechos invocados por Huergo Norte SA.

b.10. Por otro lado, en cuanto a las contingencias climáticas, si bien resulta acertada la valoración vertida en los agravios relativa a que la ciudad de San Carlos de Bariloche, Provincia de Río Negro, no se encuentra en el punto más austral de nuestro país, lo cierto es que no fueron invocados eventos de particular trascendencia que puedan ser considerados como extraordinarios en los términos pactados en el boleto de compraventa.

Ello, claro está, más allá de la erupción del volcán Puyehue cuya ocurrencia y efectos está fuera de dudas y que no es motivo de debate en esta instancia.

Recuerdo que fue estipulado en la cláusula octava, inc. b), que “la fecha de entrega de la posesión de la Unidad será objeto de prórroga en caso de verificarse situaciones de fuerza mayor o caso fortuito, tales como huelgas generales o del personal de la industria de la construcción, faltantes de materiales en plaza, lluvias extraordinarias u otras demoras ocasionadas por los gremios que impidan el cumplimiento normal de los plazos”.

El único elemento aportado en sustento de la existencia de contingencias climáticas extraordinarias fue lo atestiguado por N. A. S. quien expresó que hubo nevadas y fue un año de mucha lluvia (v. fs. 423).

Ningún otro elemento de prueba fue aportado a fin de establecer que esas nevadas o lluvias tuvieron la entidad necesaria para ser consideradas como eventos extraordinarios, y no que constituyeran las que habitualmente recibe ese sector del país, el cual si bien —insisto— no es el más austral de nuestro territorio, suele registrar bajas temperaturas y nevadas constantes en el período invernal.

b.11. Finalmente, idéntico mérito le corresponde al invocado “cepo cambiario” como constitutivo de un hecho de fuerza mayor que incidió en la demora en la entrega de la unidad.

Véase que, más allá de que no pueden desconocerse las medidas que han sido dispuestas en la última década en el mercado cambiario, lo cierto es que no fueron aportados elementos de convicción que avalen el impacto que aquellas tuvieron, según la postura del recurrente, en el desarrollo de la obra.

Una vez más, la mera invocación resulta insuficiente a fin de tener como configurado el escenario descripto.

b.12. Cabe concluir como consecuencia de lo dicho hasta ahora que la accionada no pudo acreditar que los eventos que dijo haber padecido resulten encuadrables en la hipótesis de casos fortuitos que postulara, lo cual me lleva a la desestimación de su queja.

c. Daño material reconocido.

Se agravio la actora del monto reconocido por este rubro considerando que resulta totalmente insuficiente para cubrir el menoscabo padecido.

Recuerdo que el *a quo* reconoció por este ítem la suma de \$140.000, monto que justipreció ponderando la falta de gas de la unidad, las manchas de humedad, los gastos que deberá solventar la propietaria para poner en condiciones de habitabilidad la finca, los apar-

tos ya adquiridos y las erogaciones necesarias para la instalación de calefacción eléctrica.

En su dictamen el perito ingeniero estimó para la reparación de los problemas de humedad la suma de \$22.550 y para reemplazar el sistema de calefacción la suma de \$54.279,39; ello, con valores locales de mano de obra y gastos generales y beneficio de 30% más IVA (v. fs. 507/509).

A dichos montos presupuestados por el experto deben adicionárseles los que debió y/o debe afrontar la accionante para sustituir los elementos por la falta de provisión del servicio de gas.

Asimismo debe ponderarse la circunstancia de que el bien entregado no posee las características expuestas en la memorial y que, la inserción de objetos en lugares donde no estaba prevista su colocación (vrg. termo tanque y radiadores eléctricos) alteró directamente la composición del bien que originalmente fuera adquirido.

Por todo ello estimaré los agravios de la accionante y reconoceré por este rubro la suma de \$280.000 con más los intereses que se dispondrán en el considerando V.e.

d. Daño moral.

Tengo dicho en numerosos precedentes en supuestos de incumplimiento contractual, que el daño moral es un perjuicio que aprehende el orden jurídico. Y es así en la medida en que lesiona los bienes más preciados de la persona humana, al alterar el equilibrio de espíritu, la paz, la tranquilidad, la privacidad.

Toda persona vive en estado de equilibrio espiritual y tiene derecho a permanecer en ese estado; las alteraciones anímicamente perjudiciales deben ser resarcidas (v. mi voto *in re* "Oriti, Lorenzo C. c. Volkswagen Argentina SA y otro s/ ordinario", del 01/03/2011).

Esa modificación disvaliosa del espíritu —como claramente se hubiera definido, v. Pizzaro, Daniel en "Reflexiones en torno al daño moral y su reparación", JA, del 17/09/1986— no corresponde identificarla exclusivamente con el dolor, porque pueden suceder, como resultas de la interferencia antijurídica, otras conmociones espirituales: la preocupación intensa, angustia, aflicciones, la aguda irritación vivencial y otras alteraciones que, por su grado, hieren razonablemente el equilibrio referido (conf. Mosset Iturraspe, Jorge, "Responsabilidad por Daños", T. V, Ed. Rubinzal - Culzoni, 1999, ps. 53/4).

Por otro lado, cuando el daño moral tiene origen contractual (art. 522 Cód. Civil), debe ser apreciado con criterio estricto, desde que generalmente en ese ámbito de interacción humana sólo se afectan intereses pecuniarios.

En este sentido, corresponde a quien reclama la indemnización la prueba de su existencia, es decir, la acreditación de las circunstancias fácticas susceptibles de llevar al ánimo del juzgador la certidumbre de que la actitud del incumplidor provocó un efectivo menoscabo de su patrimonio moral.

Ello pues, de su mismo concepto se desprende que el mero incumplimiento contractual no basta para admitir su procedencia en los términos de la norma citada (v. mis votos en los autos "Miani, Luis F. c. Zurich Argentina Compañía de Seguros SA s/ ordinario", del 12/02/2019 y "Marotta, Germán R. c. LG Electronics SA s/ ordinario", del 19/02/2019, entre muchos, a los que me remito a fin de evitar alargar en demasía este voto).

El carácter restrictivo que la jurisprudencia asigna a la reparación de esta clase de perjuicio en materia contractual tiende esencialmente a excluir las pretensiones insustanciales, basadas en las simples molestias que pueda ocasionar el incumplimiento del contrato (conf. esta Sala, "Vásquez, Gabriel F. c. Cti PCS SA s/ ordinario", del 23/03/2010, con cita a Borda, Guillermo A., "La reforma del 1968 al Código Civil", Ed. Perrot, Bs. As., 1971, p. 203).

Por otro lado, resulta de difícil o imposible producción la prueba directa de este daño al residir en lo más íntimo de la personalidad. De tal manera, su modo habitual de comprobación quedará ceñido a indicios y presunciones hominis.

Así, a partir de la acreditación por vía directa de un hecho, podrá inducirse indirectamente otro distinto, desconocido, a través de una valoración lógica del juzgador, basada en las reglas de la sana crítica (conf. Pizarro, Ramón Daniel, "Daño moral. Prevención. Reparación. Punicción", ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2004, ps. 626/8).

Bajo tales lineamientos, se aprecia a partir del suceder de los hechos el agravio moral de la actora.

En efecto. El derrotero de reclamos que debió afrontar hasta lograr la entrega de la posesión del bien dan cuenta del padecimiento sufrido a causa del incumplimiento de la accionada.

No puede dejar de señalar que incluso, cumplida la entrega de la posesión, ello no fue a satisfacción de la accionante ya que la unidad no se encontraba conectada al servicio de gas —lo que no resulta un dato menor, atendiendo a las bajas temperaturas que se registran en la zona—, lo cual provocó que debiera hacerse de elementos eléctricos que cumplieran la función de aquellos que por la falta de provisión del fluido no podían ser utilizados.

De allí que los elementos señalados resultan suficientes para tener por acreditado el menoscabo moral

de la actora, tal como lo postulara el primer sentenciante.

Se agravio a la actora del monto establecido por este rubro al sostener que es escaso y que la indemnización por este concepto está destinada a la obtención de bienes y servicios que estén destinados a mitigar esas perturbaciones a la paz y tranquilidad.

Más allá del destino que decida otorgarle la accionante al presente rubro, lo cierto es que no advierto la existencia de circunstancias que me permitan concluir de modo diverso al *a quo* en cuanto al monto reconocido.

Ello así, propiciaré la confirmación del monto establecido en la sentencia de grado en concepto de daño moral.

e. Intereses.

Se agravio Bailac de que el *a quo* haya dispuesto el devengamiento de intereses desde la fecha en que se notificara el traslado de la demandada en tanto sostiene que la mora de la accionada se produjo desde el vencimiento de los plazos previstos para la entrega.

Afirmó además, que la accionada fue intimada en incontables oportunidad a fin de hacer cumplir con su obligación.

Quedó establecido en la sentencia de grado y no fue materia de debate en esta instancia que la entrega del bien convenida originariamente para el 01/11/2012, en la interpretación más favorable a la tesis de la demandada, debió ocurrir hasta septiembre de 2013.

Además no puedo dejar de advertir que previo a la interposición de esta demanda, Bailac intimó a la defendida en varias oportunidades por carta documento (cuya autenticidad fue acreditada) y que merecieron respuestas el 16/04/2013 y 02/12/2013 (v. fs. 179 y fs. 180).

Consecuentemente, la queja de la actora será receptada con el alcance de establecer el *dies a quo* de los intereses en la fecha en que —a más tardar— la entrega de la posesión debía concretarse, ello es, el 30/09/2013.

f. Costas.

Se agravio a la accionada de la imposición de costas a su cargo, solicitando que eventualmente sean repartidas en relación a los respectivos montos de condena y de rechazo.

Por regla general, las costas son, en nuestro régimen procesal, corolario del vencimiento (CPr. 68). Estas se imponen, no como sanción, sino como resarcimiento de los gastos provocados por el litigio; los que deben ser reembolsados por el vencido.

Asimismo, según el criterio sincrético de la derrota, la imposición de las costas debe definirse con base en el resultado de los temas conceptuales y jurídicos debatidos, y no a partir del aspecto puramente numérico o cuantitativo, constituidos por la diferencia entre el importe reclamado y el reconocido por la sentencia (conf. esta Sala, “Wilson, Guillermo B. c. American Express Argentina SA s/ ordinario” del 01/12/2011; íd., “Ivicon SA c. Volkswagen Argentina SA y otro s/ ordinario”, del 11/12/2012).

En tales condiciones, no encuentro mérito para apartarme del principio general reseñado, razón por lo cual juzgo que la imposición de las costas debe ser también confirmada.

Idéntico criterio propondré respecto de las costas de Alzada.

VI. Conclusión.

Por los fundamentos expresados precedentemente, si mi voto fuera compartido por mis distinguidos colegas del Tribunal, propongo al Acuerdo: i) rechazar el recurso de la demandada, ii) admitir parcialmente el recurso de la actora, estableciendo en la suma de \$280.000 la reparación por daño patrimonial y por incumplimiento contractual, determinando el *dies a quo* de las accesorias en el día 30/09/2013 y confirmar la sentencia de la anterior instancia en las demás cuestiones que fueran objeto de agravio y iii) imponer las costas de ambas instancias a la demandada vencida, por virtud del principio objetivo de la derrota (CPr. 68).

Así voto.

Por análogas razones los doctores *Lucchelli* y *Barreiro* adhieren al voto que antecede.

Por los fundamentos expresados en el Acuerdo que antecede, se resuelve: i) rechazar el recurso de la demandada, ii) admitir parcialmente el recurso de la actora, estableciendo en la suma de \$280.000 la reparación por daño patrimonial y por incumplimiento contractual, determinando el *dies a quo* de las accesorias en el día 30/09/2013 y confirmar la sentencia de la anterior instancia en las demás cuestiones que fueran objeto de agravio y iii) imponer las costas de ambas instancias a la demandada vencida, por virtud del principio objetivo de la derrota (CPr. 68). Honorarios. 1. En atención a lo dispuesto por el artículo 279 del Cód. Procesal, corresponde dejar sin efecto la regulación efectuada en la instancia de grado y establecer los honorarios de los profesionales intervinientes adecuándolos a este nuevo pronunciamiento para que no medie incongruencia con los recursos deducidos y el resultado del pleito (Fallos: 313:528; 311:2687; 314/1873). Respecto a la aplicación temporal de la ley 27.423 y aun reconociendo la opinabilidad que ha sus-

citado particularmente esta temática (conf. Sosa, Toribio E., “Conflicto de leyes arancelarias en el tiempo” en diario LA LEY del 01/02/2018; Quadri, Gabriel H. “La Nueva Ley de Honorarios Profesionales de Abogados, Procuradores y Auxiliares de la Justicia nacional y Federal” en diario LA LEY del 13/12/2017), esta Sala ya ha asumido criterio en el sentido de ponderar los trabajos al cobijo del ordenamiento legal vigente al tiempo de su realización (conf. 15/02/2018, “Predial Propiedades SRL c. Kandel, Guy y otros s/ ordinario”, Exp. COM 34.838/2013, entre otros).

Es decir, tendrá relevancia determinante a estos efectos que el profesional haya cumplido todos los actos y condiciones sustanciales para ser beneficiario de una retribución cuya cuantificación jurisdiccional, aunque resulte postrera, debe necesariamente referir y sujetarse a la actividad ya devengada como al plexo legal que regía en cada momento (conf. esta Sala “Kimei Cereales SA c. Complejo Alimenticio San Salvador SA s/ ejecutivo”, del 07/06/2018). Bajo tales parámetros, ponderando la labor profesional cumplida en la primera y parte de la segunda etapa del presente juicio bajo las previsiones de la ley 21.839 (t.o. Ley 24.432), apreciada por su calidad, eficacia y extensión, como la naturaleza y monto comprometido —computándose los intereses como integrantes de la base regulatoria (conf. esta Sala “Vital, Nora A. c. Peñafior SA s/ ordinario”, del 01/04/2014)—, se fijan en pesos ... (\$...) los honorarios regulados a favor de las letradas apoderadas de la parte actora, doctoras Jorgelina Mónica Reyes y Agustina Diez, en forma conjunta. Asimismo, se fijan en pesos ... (\$...) los estipendios de la letrada apoderada de la parte demandada, doctora María Cecilia Catone (ley 21.839, t.o. ley 24.432: 6, 7, 9, 19, 37 y 38). Teniendo en cuenta las pautas *ut supra*, se fijan en pesos ... (\$...) los emolumentos a favor del perito contador, Norberto Fernando Rodríguez (Dec. Ley 16.638/1957: art. 3 y ss. y Cpr.: 478, 1° párr y Ac. CSJN 2/2020). 2. Por lo actuado en parte de la segunda y tercera etapa del juicio bajo la vigencia de la ley 27.423, se fijan en ... UMA (equivalentes a \$...) los honorarios a favor de las letradas apoderadas de la actora, doctoras, Jorgelina Mónica Reyes y Agustina Diez, en forma conjunta; y en ... UMA (equivalente a \$...) los de la letrada apoderada de la parte demandada, doctora María Cecilia Catone (Ac. CSJN 36/2020). 3. Teniendo en cuenta lo establecido en la Ley N° 26.589, la fecha en la que recayó la sentencia, la trascendencia económica de la materia y los establecido en el art. 2, inc. g) del Anexo I del decreto 1467/2011 modif. Por Dec. 2536/2015 y Dec. 837/2020 (conf. esta Sala “Ammaturo, Francisco Horacio y otros c. Darex SA y otro s/ ordinario”; “All Music SRL c. Supermercados Ekono SA s/ ordinario” ambos del 29/03/2012), se fijan en doce ... UHOM (equivalente a \$...) los honorarios regulados a favor de la mediadora Laura Perrote. 4. Finalmente, por las actuaciones de Alzada que motivaron la resolución que antecede, se fijan en ... UMA (equiva-

lente a \$...) los emolumentos a favor de las letradas apoderadas de la parte actora, doctoras Jorgelina Mónica Reyes y Agustina Diez, en forma conjunta; y, en ... UMA (equivalente a \$...) los de la letrada apoderada de la parte demandada, doctora María Cecilia Catone (art. 30 ley cit. y Ac. CSJN 36/2020). La presente regulación no incluye el Impuesto al Valor Agregado, que pudiere corresponderle a los beneficiarios en razón de su condición, impuesto que debe ser soportado por quien tiene a su cargo el pago de las costas conforme la doctrina sentada por CSJN *in re*: “Compañía General de Combustibles SA s/ recurso de apelación” del 16/06/1993”. La adición corresponde previa acreditación de su condición de responsable inscripto frente al tributo. Se fija en diez días el plazo conforme lo dispuesto por el artículo 54 de la Ley 27.423. III. Notifíquese (Ley N° 26.685, Ac. CSJN N° 31/2011 art. 1° y N° 3/2015), cúmplase con la protocolización y publicación de la presente decisión (cfr. Ley N° 26.856, art. 1; Ac. CSJN N° 15/2013, N° 24/2013 y N° 6/2014) y devuélvase a la instancia de grado. — Rafael F. Barreiro. — Ernesto Lucchelli. — Alejandra N. Tévez.

SUBASTA ON LINE

Solicitud realizada por la actora en una ejecución prendaria. Rechazo. Inexistencia de reglamentación que habilite realizar remates por sistemas digitales. Orden de realizar el remate en el ámbito del juzgado bajo la modalidad de oferta bajo sobre cerrado.

1. — La autorización solicitada por la actora para que la subasta del automotor prendado se lleve a cabo por medios on line debe rechazarse —en el caso, se ordenó la realización del remate en el ámbito del juzgado—, pues, al menos por ahora, la Oficina de Subastas no se encuentra funcionando, ni se ha informado la existencia de un protocolo aprobado para la reanudación de los remates en dicha oficina. Tampoco puede soslayarse que no existe en el ámbito de esta jurisdicción reglamentación alguna que habilite llevar adelante un remate judicial a través de sistemas digitales
2. — Ante la ausencia de comunicación de la Oficina de Subastas de una pronta reanudación de los remates en ese ámbito, y a los fines de no dilatar la ejecución del bien, con los gastos que ello conlleva y que fueron referidos por la apelante, nada impide que el juez de grado ordene que el remate sea efectuado en el ámbito del juzgado, bajo la modalidad de oferta bajo sobre cerrado, previa fijación de la base de subasta. Con estas condiciones y aquellas

que determine el magistrado de grado, resulta factible continuar con la realización del bien prendado, evitándose de este modo la dilación en la subasta, con los perjuicios que ello apareja.

CNCom., sala A, 29/12/2020. - Chevrolet SA de Ahorro p/f determinados c. Xifre, Santiago Luis s/ Ejecución prendaria.

[Cita on line: AR/JUR/70067/2020]

HTC 2410/2015

2ª Instancia. - Buenos Aires, diciembre 29 de 2020

Vistos: 1. Apelo, subsidiariamente, la actora el decreto de fecha 08/10/2020 en donde el juez de grado rechazó su pedido de que se autorizara la subasta del bien secuestrado por medios on line.

Para así decidir el juez de grado consideró que la oficina de subastas no se encontraba funcionando, debido al ASPO declarado, por lo que cabía diferir su realización para cuando finalizara la medida. Señaló, además, que no cabía acudir a sistemas informáticos para cumplir con el acto, pues no se había puesto a disposición un sistema de videoconferencia, ni las autoridades habían determinado otros medios tecnológicos y remotos para cumplir ese tipo de actuaciones, con el resguardo de seguridad que exigía la naturaleza del acto.

2. Se agravó la accionante porque lo decidido perjudicaba a las partes, ya que no se encontraba suspendido el trámite del proceso, ni los intereses, ni el devengamiento de patentes y gastos de conservación del automotor secuestrado. Refirió que el valor del rodado mermaba por el paso del tiempo. Postuló que la subasta digital resultaba segura, abierta, pública y transparente y, que las distintas acordadas dictadas por la CSJN tendían a viabilizar los trámites judiciales por vía remota. Citó la decisión dictada en los autos "Agco Capital Argentina c. Paolini, Daniel O. s/ ejecución prendaria" en trámite ante el Juzgado N° 18 —Sec. 36— en donde se admitió la subasta judicial, a través del canal de Youtube. Puntualizó las bondades del sistema digital, como ser una difusión más amplia y económica, el requerimiento de identificación del interesado y la aceptación de términos y condiciones, la obtención de una clave personal y usuario para el participante. Señaló que se podría ordenar realizar simulaciones para que los interesados pudieran conocer el sistema o publicar tutoriales, y que cualquiera que tuviera un interés legítimo —fisco, acreedores concurrentes, juzgado— podría fiscalizar el acto. Indicó las ventajas de la subasta en tales condiciones habida cuenta que no se necesita del desplazamiento de las personas.

3. En el marco descripto cabe señalar, como lo hizo el juez de grado, que al menos por ahora, la Oficina de Subastas no se encuentra funcionando, ni se ha informado la existencia de un protocolo aprobado para la reanudación de los remates en dicha oficina.

De otro lado, tampoco puede soslayarse que no existe en el ámbito de esta jurisdicción reglamentación alguna que habilite llevar adelante un remate judicial a través de sistemas digitales como lo propone la actora. Tal ausencia de reglamentación impide, pese a las ventajas que la recurrente aduce tiene dicho sistema, que pueda admitirse que la subasta del automotor prendado sea realizada por vía on line.

Desde ese ángulo, cabe confirmar lo resuelto en la anterior instancia.

4. No obstante ello, aprecia este Tribunal que, ante la ausencia de comunicación de la Oficina de Subasta de una pronta reanudación de los remates en ese ámbito, y a los fines de no dilatar la ejecución del bien, con los gastos que ello conlleva y que fueron referidos por la apelante, nada impide que el juez de grado ordene que el remate sea efectuado en el ámbito del juzgado, bajo la modalidad de oferta bajo sobre cerrado, previa fijación de la base de subasta.

A esos fines deberá establecer el magistrado un protocolo, el cual deberá contener, mínimamente las siguientes pautas:

i) Los pretensos ofertantes deberán solicitar mediante una casilla electrónica de e-mail habilitada por el Juzgado a ese fin que se le asigne un turno (día y hora) a los fines de presentar en el tribunal su oferta bajo sobre cerrado.

ii) Las ofertas efectuadas en formato papel deberán ser tratadas según el siguiente protocolo:

a. El ofertante se constituirá en el día y la hora asignados, con el sobre cerrado conteniendo la oferta y comprobante del turno asignado. La oferta deberá identificar los autos, en idioma castellano, dirigido al Juzgado interviniente.

Las ofertas deberán contener los siguientes datos:

a. Nombre o razón social del oferente.

b. Domicilio real.

c. Domicilio especial, constituido en Capital Federal.

d. Todas las fojas deben estar numeradas y firmadas por el oferente. No se admitirán ofertas en comisión. Las enmiendas y raspaduras deberán ser salvadas por el oferente al pie de la oferta. Se dejará constancia en el expediente y registro informático del día y hora de

recepción de las ofertas como el nombre del ofertante, los sobres deberán ser depositados en la caja fuerte del Juzgado.

Corresponde dejar apuntado que la mera presentación de la oferta, implicará el pleno conocimiento y aceptación de las resoluciones dictadas en este proceso y de las aclaratorias que pudieren dictarse.

e. En caso de ser persona física, indicar número de documento de identidad.

f. En caso de tratarse de una sociedad o persona jurídica, fotocopia del contrato social o estatuto, con constancia de las correspondientes inscripciones ante la Inspección General de Justicia, certificado por escribano que acredite la personería del firmante, y que se encuentra facultado para asumir las obligaciones establecidas en el proceso liquidatorio, número de CUIT y estado frente al IVA. Las sociedades que se presenten deberán contar para ello con la decisión en tal sentido del organismo social competente y, en su caso, facultar al representante para ofertar. El tribunal tratará dicha documentación con los resguardos requeridos por el DISPO, y resoluciones dictadas al efecto —vbg. RP N° 39-20—.

Los oferentes podrán ser personas físicas o jurídicas, nacionales o extranjeras.

g. Precio ofrecido debe cubrir la base establecida.

h. En la oferta deberá incluirse una garantía por el 15% del monto de la oferta, debiendo ser constituida mediante depósito bancario en pesos en el Banco de la Ciudad de Buenos Aires sucursal Tribunales y como correspondiente a las presentes actuaciones.

b. Estima esta Sala que, corresponde establecer que el adjudicatario que no cumpliera con sus obligaciones, sin perjuicio de responder por todos los daños y perjuicios que sus actos u omisiones ocasionen al ejecutante, perderá a favor de éste la garantía constituida bajo cualquiera de las formas indicadas.

iii) El juez podrá fijar los supuestos en los que las ofertas no serán admitidas o rechazadas, así como las demás condiciones de venta, de conformidad al decreto de subasta de fecha 19/07/2019. También deberá es-

tablecer las condiciones de adjudicación del bien, y en su caso, de rescisión de dicha adjudicación.

iv) En las publicaciones que se efectúen se deberá consignar las condiciones del llamado a ofertar.

v) El magistrado deberá fijar los plazos durante los cuales se podrán presentar los sobres con las ofertas, así como el día y hora en que se llevará a cabo la audiencia de apertura de sobres, a realizarse, en la Sala de audiencias del Juzgado, que se deberá llevar a cabo conforme a las disposiciones del DISPO, en las que, a los fines de mantener el debido distanciamiento social, solamente deberán participar el juez, el secretario, el martillero, las partes y los oferentes. En semejanza de condiciones de propuestas entre oferentes nacionales o extranjeros, el Juzgado convocará a los postores presentes, a mejorar su oferta en la audiencia, ya sea en el precio, en las condiciones de pago o en sus garantías.

Señálase, por otra parte, que en caso de que la concurrencia de ofertantes supere la aconsejable por el ámbito físico del Tribunal, el magistrado podrá solicitar que se le habilite la Sala de audiencias de esta Cámara a los fines de mantener el distanciamiento entre los presentes que es de menester.

Con estas condiciones y aquellas que determine el magistrado de grado, considera esta Sala que resulta factible continuar con la realización del bien prendado, evitándose de este modo la dilación en la subasta de éste, con los perjuicios que ello apareja. Se admite con este alcance el recurso en examen.

4. En consecuencia, esta Sala resuelve: Admitir parcialmente el recurso en examen y, por ende, modificar el decreto apelado, con el alcance aquí establecido. Sin costas, por no mediar contradictor. Notifíquese la presente resolución a las partes. Oportunamente devuélvase virtualmente las actuaciones a la instancia anterior. El Dr. Héctor Osvaldo Chomer no interviene en la presente resolución por encontrarse en uso de licencia (art. 109, Reglamento para la Justicia Nacional). A fin de cumplir con la publicidad prevista por el art. 1 de la ley 25.865, según el Punto I.3 del Protocolo anexo a la Acordada 24/2013 CSJN, hágase saber a las partes que la publicidad de la sentencia dada en autos se efectuará mediante la pertinente notificación al CIJ. — *María E. Uzal. — Alfredo A. Kölliker Frers.*

BANCOS Y MERCADO DE CAPITALES

DOCTRINA

Introducción al análisis de flujos de fondos operativos bajo normas internacionales de información financiera

Víctor Lucero

Sumario: I. Introducción.— II. Estado de flujo de efectivo.— III. Flujo de actividades de operación versus EBITDA.— IV. Ejemplos prácticos sobre los diferentes escenarios FAO.— V. Conclusiones.— VI. Anexo cálculos confección EFE.

I. Introducción

Los estados financieros emitidos bajo normas internacionales de información financiera tienen como prioridad no solo considerar la exposición de los resultados económicos, sino también realizar un detalle de aquellos movimientos financieros (entradas y salidas de fondos). Como detallamos en artículos previos (1), dichos reportes tienen como finalidad la generación de información que cumpla con los requerimientos estatutarios y societarios formales (2), sino también información sobre el concepto de empresa en marcha, decisiones financieras tomadas, características de los fondos generados y sus orígenes. La finalidad del presente artículo será analizar las principales características del estado de flujos financiero, y la posibilidad de compararlas con el concepto de *earnings before interest, taxes, depreciations and amortizations*, también conocido por su acrónimo EBITDA.

(1) "Introducción al análisis económico de estados financieros, bajo Normas Internacionales de Información Financiera", http://images.engage.es-pt.thomsonreuters.com/Web/LALEYSAEIMPRESORA/%7B3ed924b0-def3-4b99-ad86-ba3f31b1a3a9%7D_ENFOQUES_10_-_Octubre_2020.pdf.

(2) Ley 19.550 General de Sociedades, t.o. 1984 nacional, art. 63, entre otros.

II. Estado de flujo de efectivo

El estado financiero por definición para el análisis de los fondos percibidos (tanto cobros como pagos) gestionados por la empresa, es el estado de flujo de efectivo (EFE). Este es desarrollado por la NIC 7, donde detalla las razones de la confección y emisión del EFE.

“Básicamente, las entidades necesitan efectivo por las mismas razones, por muy diferentes que sean las actividades que constituyen su principal fuente de ingresos. En efecto, todas ellas necesitan efectivo para llevar a cabo sus operaciones, pagar sus obligaciones y suministrar rendimientos a sus inversores” (3).

El efectivo definido por la norma se vincula con el dinero físico disponible, así también los depósitos bancarios a la vista. Los equivalentes a efectivo, son aquellas inversiones de muy corto plazo, que tienen la capacidad de ser convertibles en efectivo, siendo sujetos a poco riesgo de cambio de valor (4). Cabe destacar que las normas profesionales locales, en la res. téc. 8, “Normas generales de exposición contable” (5),

(3) NIC 7 — párr. 3º.

(4) Tanto la definición de efectivo como de equivalente, surge del párr. 6º - NIC 7.

(5) Cap. VI - Estado de flujo de efectivo, apart. B, párr. 2º.

definen las características propias de dichas partidas.

Aquellas actividades por las cuales podremos clasificar los flujos financieros, definidos como las entradas y salidas de efectivo y equivalente, son definidas en la NIC 7 ya mencionada como:

“*Actividades de operación* son las actividades que constituyen la principal fuente de ingresos de la entidad, así como otras actividades que no puedan ser calificadas, como de inversión o financiación.

“*Actividades de inversión* son las de adquisición y disposición de activos a largo plazo, así como de otras inversiones no incluidas en los equivalentes al efectivo.

“*Actividades de financiación* son las actividades que producen cambios en el tamaño y composición de los capitales propios y de los préstamos tomados por la entidad”.

A pesar que la definición de actividades de operación en el párrafo precedente, no es determinada de manera explícita, posteriormente (6) la NIC 7 las enuncia como “procedentes de las actividades de operación se derivan fundamentalmente de las transacciones que constituyen la principal fuente de ingresos de actividades ordinarias de la entidad. Por tanto, proceden de las operaciones y otros sucesos que entran en la determinación de las ganancias o pérdidas netas”. A pesar de que los flujos direccionados a la adquisición y posterior venta de bienes de uso, son consideradas actividades de inversión, en el caso de habitualidad en la venta de dichos activos existen tratamientos diferenciados (7) y la posibilidad de su clasificación como actividad operativa.

El superávit (entradas superiores a salidas) como el déficit (salidas superiores a entradas) de las diferentes actividades, van definiendo las

(6) NIC 7, párr. 14.

(7) NIC 16, párr. 68A - Si el objetivo inicial fuera el arrendamiento, y posteriormente los activos fueran inventariados y clasificados para su venta, los ingresos provenientes de la enajenación de los mismos serán determinados como operativos en función a la NIIF 15 - ingresos de actividades ordinarias procedentes de contratos con clientes. Situación similar sucede con las operaciones de entidades financieras (anticipo de efectivo y préstamos - NIC 7, párr. 15).

características propias del negocio como también el modo de gestionarlo por parte del *management* de la entidad. Un superávit de actividades operativas, brinda de por sí la posibilidad de tomar mayores decisiones con relación a flujos de inversiones como financieros.

Los estados de flujo de efectivo, pueden elaborarse considerando los siguientes métodos (8):

“1. Método directo, según el cual se presentan por separado las principales categorías de cobros y pagos en términos brutos; o

“2. Método indirecto, según el cual se comienza presentando la ganancia o pérdida en términos netos, cifra que se corrige luego por los efectos de las transacciones no monetarias, por todo tipo de partidas de pago diferido y acumulaciones (o devengos) que son la causa de cobros y pagos en el pasado o en el futuro, así como de las partidas de pérdidas o ganancias asociadas con flujos de efectivo de operaciones clasificadas como de inversión o financiación.

A pesar de la existencia de estas dos metodologías para la confección y determinación del estado de flujo de efectivo y sus correspondientes flujos de actividades, no será objetivo del presente artículo el desarrollo de dichos criterios. Sin embargo, nuestro foco estará vinculado en los superávit o déficit generados por cada tipo de actividad, así como la política aplicada para el mantenimiento de saldos de efectivo y equivalentes de efectivo. Para los posteriores ejemplos prácticos, consideraremos la aplicación del método directo, por ser más simple y didáctico en su interpretación.

III. Flujo de actividades de operación versus EBITDA

Un primer análisis que podemos realizar es comparar los flujos operativos de la organización (regidos exclusivamente por el principio del percibido en el caso del método directo, y deducido de manera indirecta en el caso del método indirecto) con el concepto de *earning before interest, taxes, depreciations and amortizations* (EBITDA). Antes de definir al EBITDA, definiremos al EBIT (*earning before interest and taxes*) tal como lo detalla Dumrauf (2010), como el “resultado operativo antes de intereses

(8) NIC 7, párr. 18.

e impuestos, donde ya hemos detraídos los costos de producción y los gastos comerciales y de administración” (9). Una vez obtenido el “EBIT, sumamos (...) la depreciación y la amortización, debido a que estos conceptos no representan egresos reales de dinero y queremos acercarnos al valor del flujo de caja. De esta operación surge el EBITDA (...), que representa el resultado operativo antes de restar la depreciación y la amortización” (10). Por lo tanto, este concepto nos brinda la posibilidad de contar con “una medida del flujo discrecional antes de las inversiones y el impuesto a las ganancias” (11). En nuestra opinión, también es discrecional con relación al flujo de las actividades de financiación que determine la entidad. El EBITDA, por lo tanto, quedaría definido como el resultado operativo de la empresa (ingresos de actividades ordinarias —costos de ventas— gastos de administración y comercialización, así como también, otros ingresos o egresos operativos) más las amortizaciones o depreciaciones del período, que dada su naturaleza, no implican erogación de fondos.

¿Cómo podemos analizar la diferencia entre el flujo de actividades de operación (FAO) y el EBITDA?

A los efectos de responder esta pregunta, en primera instancia debemos acordar algunos supuestos, a los efectos de fijar determinadas variables y poder contar con un análisis más didáctico:

1. Tanto el contexto, las variables macroeconómicas como las condiciones del mercado donde se desarrolla la entidad, no cambian entre un período y otro.

2. Los niveles de ingresos por ventas y costos se mantienen constantes, así como también, los gastos operativos.

3. La relación activo corriente y pasivo corriente (12) es superior a uno.

(9) DUMRAUF, "Finanzas corporativas: un enfoque latinoamericano", Ed. Alfaomega, Buenos Aires, 2010, 2ª ed., p. 87.

(10) *Ibid.*

(11) *Ibid.*

(12) También llamada liquidez corriente disponible, surge de la división entre el saldo del activo corriente y el pasivo corriente.

Debido a que el EBITDA surge como resultado de la utilización de conceptos devengados del estado de resultado, a igual monto de volumen de negocios entre un período y otro, las diferencias entre ambos son nulas, si los plazos tanto de realización de los activos circulantes —corrientes— operativos (p. ej., créditos por ventas e inventarios) y los plazos de pago de los pasivos circulantes —corrientes— operativos (cuentas por pagar, pasivos por remuneraciones y cargas sociales, deudas fiscales) se mantienen constantes. En otros términos, si mantenemos los mismos saldos del inicio al cierre del período, con relación a activos y pasivos circulantes operativos, los montos determinados por el FAO y el EBITDA serán iguales dado que ambos, surge como producto de flujos similares (13).

Sin embargo, dichos flujos se modifican cuando se introducen en el análisis los cambios en los plazos y, por lo tanto, diferentes saldos iniciales y finales de los activos y pasivos mencionados en el párrafo precedente. A continuación, enunciaremos algunas de las situaciones que pueden surgir producto de la gestión del negocio:

1. Reducción en igual proporción de los plazos de activos y pasivos operativos.

— En este caso el FAO será superior en monto al EBITDA, por el incremento de los ingresos operativos y la disminución de los egresos operativos, quedando los conceptos devengados *ceteris paribus*.

2. Extensión en igual proporción de los plazos de activos y pasivos operativos.

— En este caso el FAO será inferior en monto al EBITDA, por la disminución de los ingresos operativos y el incremento de los egresos operativos, quedando los conceptos devengados *ceteris paribus*.

3. Extensión de los plazos de pasivos, exclusivamente.

— En este caso el FAO será superior en monto al EBITDA, por el mantenimiento de los ingresos operativos y la disminución de los egresos operativos, quedando los conceptos devengados *ceteris paribus*.

(13) Como las condiciones de cobro y de pago son iguales entre un momento inicial y momento final, los flujos financieros y los flujos económicos no difieren.

4. Extensión de los plazos de activos, exclusivamente.

— En este caso el FAO será inferior en monto el EBITDA, por la disminución de los ingresos operativos y el incremento de los egresos operativos, quedando los conceptos devengados *ceteris paribus* (14).

En función de lo expuesto precedentemente, podemos afirmar que existe una relación entre la gestión de los plazos operativos, y los montos correspondientes al FAO. Esto nos brinda la posibilidad de relacionar ambos conceptos, tanto el FAO como el EBITDA para dilucidar la efectividad de las decisiones tomadas con respecto a los plazos operativos. Esta relación la definiremos como *ratio* FAO / EBITDA

$$\text{Ratio FAO / EBITDA} = (\$) \text{ FAO} / (\$) \text{ EBITDA}$$

Este indicador en función de los montos generados, puede alcanzar los siguientes parámetros:

$$\text{Ratio FAO / EBITDA} = 1 \text{ (uno)}$$

$$\text{Ratio FAO / EBITDA} > 1 \text{ (uno)}$$

$$\text{Ratio FAO / EBITDA} < 1 \text{ (uno)}$$

Si el *ratio* es igual a uno, nos muestra de manera ágil que las condiciones comerciales tanto con clientes como con proveedores operativos, no han sido modificadas.

Si el *ratio* es mayor a uno, la gestión de plazos (reducción en igual proporción o extensión de pasivos/reducción de activos) ha favorecido la generación de fondos operativos dentro del período.

Y, por último, si el valor alcanzado es menor a la unidad, la gestión de tiempos (extensión en igual proporción o reducción de pasivos/extensión de activos) ha disminuido la generación de fondos operativos del período.

IV. Ejemplos prácticos sobre los diferentes escenarios FAO

A los efectos de ejemplificar los conceptos teóricos expuestos, y focalizándonos en la comparabilidad de los flujos operativos, no expondremos ejemplos con movimientos relacionados a actividades de inversión o financiación. A continuación, formulamos los diferentes escenarios según lo propuesto previamente:

Escenario sin modificación de los plazos operativos: si consideramos un Estado Financiero al momento cero, con la siguiente estructura de activo, pasivo y patrimonio neto

Estado financiero M0			
Activo no corriente		Pasivo no corriente	
Bienes de uso	500	Préstamos	100
Total ANC	500	Total PNC	100
Activo corriente		Pasivo corriente	
Inventarios	300	Cuentas a pagar	150
Créditos por ventas	150	Sueldos y cargas sociales	45
Efectivo y equivalentes	50	Total PC	195
Total AC	500	Total Pasivo	295
Total Activo	1.000	Pat. Neto	705
		Total P + PN	1.000

(14) Las reducciones de plazos de cancelación de pasivos y de activos generan impactos similares a las extensiones de los plazos de financiación vinculadas con activos y pasivos, respectivamente.

Y la siguiente apertura de gastos:

Anexo de gastos	Costos de producción	Gastos de comer.	Gastos de admin.	Total
Sueldos y cargas	100	100	35	235
Servicios	50	30	10	90
Deprec.	50	20	5	75
Total	200	150	50	400

Lograremos arribar a un estado de resultado (EERR), y estado de flujo de efectivo (EFE) (15) que se detallan a continuación.

EERR M1	
Ingresos por ventas	1.000
Costo de ventas	(600)
Utilidad bruta	400
Gtos. comercialización	(150)
Gtos. administración	(50)
EBIT	200
Int. financieros pasivos	(10)
Resultado neto	190

EFE M1	
Saldo inicial efect. y equiv.	50,0
Superávit / (déficit)	275,0
Saldo final efect y equiv.	325,0
Cobranza ventas	850,0
Cobranza saldo créditos	150,0
Total ingreso operativo	1.000,0
Compras	(250,0)
Cuentas a pagar	(150,0)
Sueldos y cargas sociales	(280,0)
Deudas remuneraciones	(45,0)
Total egreso operativo	(725,0)
Flujo act. operativas (FAO)	275,0
FAI (inversiones)	-
FAF (financiación)	-
Sup. / (Déf.) Neto	275,0

(15) A los efectos de no extendernos en esta instancia, en los pormenores del cálculo del flujo de actividades operativas del EFE, adjuntaremos en un anexo con cálculos auxiliares al final del presente, los detalles de dicho estado. Cabe destacar, que este se ha confeccionado en función al método directo.

Considerando movimientos económicos y financieros como los arriba detallados lograremos determinar un estado financiero que al momento uno, cuenta con la siguiente estructura:

Estado financiero M1			
Activo no corriente		Pasivo no corriente	
Bienes de uso	425	Préstamos	110
Total ANC	425	Total PNC	110
Activo corriente		Pasivo corriente	
Inventarios	300	Cuentas a pagar	150
Créditos por ventas	150	Sueldos y cargas sociales	45
Efectivo y equivalentes	325	Total PC	195
Total AC	775	Total Pasivo	305
		Pat. Neto	895
Total Activo	1.200	Total P + PN	1.200

Adicionalmente, podemos definir al EBITDA, como resultado de la suma del EBIT más las depreciaciones del período (\$75), alcanzo un total de \$275.

En conclusión, podemos afirmar que tanto el FAO como el EBITDA, alcanzan iguales montos, generando un *ratio* FAO/EBITDA igual a uno:

FAO	275
EBITDA	275
Diferencia	0
FAO / EBITDA	1

Escenario con reducción de plazos operativos proporcionales: si consideramos una reducción a la mitad de los saldos finales de los activos y pasivos operativos, el estado financiero al momento uno, es el expuesto posteriormente:

Estado financiero M1			
Activo no corriente		Pasivo no corriente	
Bienes de uso	425	Préstamos	110
Total ANC	425	Total PNC	110
Activo corriente		Pasivo corriente	
Inventarios	150	Cuentas a pagar	75
Créditos por ventas	75	Sueldos y cargas sociales	23
Efectivo y equivalentes	453	Total PC	98
Total AC	678	Total Pasivo	208
		Pat. Neto	895
Total Activo	1.103	Total P + PN	1.103

EFE M1			
Saldo inicial efect. y equiv.	50,0		
Superávit / (déficit)	402,5		
Saldo final efect y equiv.	452,5		
Cobranza Ventas	925,0		
Cobranza saldo créditos	150,0		
Total ingreso operativo	1.075,0		
Compras	(175,0)		
Cuentas a pagar	(150,0)		
Sueldos y cargas sociales	(302,5)		
Deudas remuneraciones	(45,0)		
Total egreso operativo	(672,5)		
Flujo act. operativas (FAO)	402,5		
FAI (inversiones)	-	FAO	402,5
FAF (financiación)	-	EBITDA	275,0
Sup. / (Déf.) Neto	402,5	Diferencia	127,5
		FAO / EBITDA	1,46

Escenario con extensión de plazos operativos proporcionales: si consideramos un incremento al doble de los saldos finales de los activos y pasivos operativos, el estado financiero y el EFE al momento uno, se detallan a continuación:

Estado financiero M1			
Activo no corriente		Pasivo no corriente	
Bienes de uso	425	Préstamos	110
Total ANC	425	Total PNC	110
Activo corriente		Pasivo corriente	
Inventarios	600	Cuentas a pagar	300
Créditos por ventas	300	Sueldos y cargas sociales	90
Efectivo y equivalentes	70	Total PC	390
Total AC	970	Total Pasivo	500
Total Activo	1.395	Pat. Neto	895
		Total P + PN	1.395

EFE M1		
Saldo inicial efect. y equiv.	50,0	
Superávit / (déficit)	20,0	
Saldo final efect y equiv.	70,0	
Cobranza Ventas	700,0	
Cobranza saldo créditos	150,0	
Total ingreso operativo	850,0	
Compras	(400,0)	
Cuentas a pagar	(150,0)	
Sueldos y cargas sociales	(235,0)	
Deudas remuneraciones	(45,0)	
Total egreso operativo	(830,0)	
Flujo act. operativas (FAO)	20,0	
FAI (inversiones)	-	FAO
FAF (financiación)	-	EBITDA
Sup. / (Déf.) Neto	20,0	Diferencia
		FAO / EBITDA

Escenario con extensión de plazos de pasivos operacionales: en este caso, realizaremos un incremento al doble de los saldos finales de los pasivos operativos, siendo el estado financiero y el EFE al momento uno; el que se expone a continuación:

Estado financiero M1			
Activo no corriente		Pasivo no corriente	
Bienes de uso	425	Préstamos	110
Total ANC	425	Total PNC	110
Activo corriente		Pasivo corriente	
Inventarios	300	Cuentas a pagar	300
Créditos por ventas	150	Sueldos y cargas sociales	90
Efectivo y equivalentes	520	Total PC	390
Total AC	970	Total Pasivo	500
Total Activo	1.395	Pat. Neto	895
		Total P + PN	1.395

EFE M1			
Saldo inicial efect. y equiv.	50,0		
Superávit / (déficit)	470,0		
Saldo final efect y equiv.	520,0		
Cobranza Ventas	850,0		
Cobranza saldo créditos	150,0		
Total ingreso operativo	1.000,0		
Compras	(100,0)		
Cuentas a pagar	(150,0)		
Sueldos y cargas sociales	(235,0)		
Deudas remuneraciones	(45,0)		
Total egreso operativo	(530,0)		
Flujo act. operativas (FAO)	470,0		
FAI (Inversiones)	-	FAO	470
FAF (financiación)	-	EBITDA	275
Sup. / (Déf.) Neto	470,0	Diferencia	195
		FAO / EBITDA	1,71

Escenario con extensión de plazos de activos operacionales: en este caso, realizaremos un incremento al doble de los saldos finales de los activos operativos, siendo el estado financiero y el EFE al momento uno, el expuesto seguidamente:

Estado financiero M1			
Activo no corriente		Pasivo no corriente	
Bienes de uso	425	Préstamos	110
Total ANC	425	Total PNC	110
Activo corriente		Pasivo corriente	
Inventarios	450	Cuentas a pagar	150
Créditos por ventas	225	Sueldos y cargas sociales	45
Efectivo y equivalentes	100	Total PC	195
Total AC	775	Total Pasivo	305
Total Activo	1.200	Pat. Neto	895
		Total P + PN	1.200

EFE M1			
Saldo inicial efect. y equiv.	50,0		
Superávit / (déficit)	50,0		
Saldo final efect y equiv.	100,0		
Cobranza Ventas	775,0		
Cobranza saldo créditos	150,0		
Total ingreso operativo	925,0		
Compras	(400,0)		
Cuentas a pagar	(150,0)		
Sueldos y cargas sociales	(280,0)		
Deudas remuneraciones	(45,0)		
Total egreso operativo	(875,0)		
Flujo act. operativas (FAO)	50,0		
FAI (inversiones)	-	FAO	50
FAF (financiación)	-	EBITDA	275
Sup. / (Déf.) Neto	50,0	Diferencia	(225)
		FAO / EBITDA	0,18

V. Conclusiones

Tal como muestra el cuadro que se adjunta a continuación, donde se expone el comparativo con relación al FAO y el EBITDA en los diferentes escenarios propuestos, podemos verificar que el incremento de *ratio* FAO/EBITDA, se verá beneficiado con la reducción de plazos, así como la extensión de plazos de pasivos

	Sin cambios de plazos	Reducción de plazos	Extensión de plazos	Extensión plazo pasivos	Extensión plazo activos
Ingresos operativos	1.000,0	1.075,0	850,0	1.000,0	925,0
Egresos operativos	(725,0)	(672,5)	(830,0)	(530,0)	(875,0)
FAO	275,0	402,5	20,0	470,0	50,0
EBITDA	275,0	275,0	275,0	275,0	275,0
FAO/EBITDA	1,00	1,46	0,07	1,71	0,18

Finalmente, estamos en condiciones de concluir que el *ratio* FAO/EBITDA, nos permite de manera rápida, comprender sin determinar otros indicadores de plazos (días en la calle, días de pago a proveedores, días de bienes de cambio, etc.) y su correspondiente análisis, si el manejo de los tiempos de cobros y pagos por parte del *management* de la empresa, generó mayor flujo de fondos operativos dentro del período de análisis. Ante un mayor FAO, mayor discrecionalidad para la toma de decisiones con respecto a actividades de inversión y financiación. En última instancia, pero no por esto menos importante, ante la necesidad de incrementos de flujos financieros, se vuelve indispensable derribar el supuesto con relación a los niveles de ventas, costos y gastos relacionados determinados como premisas de análisis, para modificar los mismos en favor de mayores resultados netos.

VI. Anexo cálculos confección EFE

Se adjunta detalle correspondiente a *escenario sin modificación de los plazos operativos*, que luego se replica para el resto de los ejemplos, considerando las implicancias de las diferentes alternativas:

Cuadro de cobranzas	
Saldo inicial créditos por ventas	150,00
Ventas	1000,00
Cobros	-1000,00
Saldo final créditos por ventas	150,00

Pagos gastos operativos	
Saldo inicial PC- remuner. y cargas sociales	45,00
Sueldos y cargas sociales	235,00
Servicios	90,00
Pagos operativos	-325,00
Saldo final PC- remuner. y cargas sociales	45,00

Pagos por compras	
Saldo inicial ctas. a pagar	150,00
Compras	400,00
Pagos compras	-400,00
Saldo final ctas. a pagar	150,00

Si tomamos tanto los pagos por gastos operativos como los correspondientes a compras, el total asciende a la suma de \$725. Finalmente, el flujo de actividades operativas surge de detraer al total de los cobros operativos (\$1,000) los pagos operativos totales, que resultan en un *FAO de \$275*. Incluimos en el presente, cuadro de bienes de uso y anexo de costos de ventas, para una mejor interpretación de los escenarios:

Cuadro de bienes de uso	
Saldo inicial de bienes de uso	500,00
Depreciaciones	-75,00
Saldo final de bienes de uso	425,00

Anexo costo de ventas	
Existencia inicial de inventarios	300,00
Compras	400,00
Costos de producción	200,00
Existencia final de inventarios	-300,00
Costo de Ventas	600

DERECHO DE LOS CONSUMIDORES

JURISPRUDENCIA

MEDICINA PREPAGA

Incremento de la cuota por razones etarias. Abs-tención de cobrar el diferencial por edad. Proce-dencia de medida cautelar. Derecho a la salud.

1. — La empresa de medicina prepaga debe abs-tenerse de cobrar el diferencial por edad a los actores, pues el juzgamiento sobre tal diferendo debe considerarse impropio del análisis cautelar del que se ocupa el tribunal en esta instancia del proceso y ante la incer-tidumbre acerca de cómo corresponderá re-solver, resulta conveniente la concesión de la medida, ante las consecuencias dañosas e irreversibles que podrían derivarse del proce-der contrario, esto es, el de dejar al accionan-te sin la posibilidad de solventar una cuota controvertida.
2. — Cabe proceder en aplicación del criterio según el cual, ante un mayor peligro en la demora, cabe menguar la exigencia en el examen de los recaudos que condicionan la verosimilitud en el derecho, y viceversa. En la especie, dicho peligro en la demora es evidente, como se advierte a poco que se tenga presente que el inte-rés de los actores concierne a bienes de la vida que, como la adecuada atención de su salud, no admiten espera.

CNCom., sala C, 18/12/2020. - Estivill, Carmen Ines Marisa c. Swiss Medical Group S.A. s/ ordinario.

[Cita on line: AR/JUR/70524/2020]

Expediente N° 9211/2020/CA1

2ª Instancia. - Buenos Aires, diciembre 18 de 2020.

Vistos:

I. Viene apelada por Swiss Medical SA la resolución por medio de la cual el señor juez de primera instancia ordenó cautelarmente que la nombrada se abstuviera de cobrar el adicional por edad, adecuando la cuota a lo dispuesto por la Superintendencia de Servicios de la Salud, excluyendo de la facturación dicho rubro, y los importes originados en la aplicación de los incremen-tos legales sobre éste último.

II. Los antecedentes recursivos se encuentran indi-vidualizados en la nota digital de elevación respectiva.

III. Ponderada la cuestión desde la óptica sumaria que impone el proceso cautelar, y sin adelantar opi-nión acerca de lo que en definitiva corresponda sen-tenciar, se advierte que los elementos aportados en

esta etapa liminar del proceso habilitan a mantener la medida cautelar de que se trata.

No ha sido negado por la recurrente que su parte procedió a incrementar la cuota de marras con motivo del aumento de la edad del afiliado.

No obstante, alegó que contractualmente le asistía derecho a proceder de ese modo.

Sin perjuicio de ello, y aun cuando el apelante omi-tió toda referencia a cierta resolución —tenida espe-cialmente en cuenta por el a quo para fundar su deci-sión— dictada por la Superintendencia de Servicios de Salud en el marco de una actuación administrativa donde se habría ordenado la restitución al actor de ciertos cobros excedentes por razones etarias, lo cierto es que un juzgamiento sobre tal diferendo debe consi-derarse impropio del análisis cautelar del que se ocupa el tribunal en esta instancia del proceso.

En tal sentido, cuanto la demandada esgrime ante esta Alzada conllevaría la necesidad de apreciar los antecedentes de la relación contractual que la vinculó con la accionante.

Para ello, sería menester evaluar elementos de con-vicción con los que no se cuenta.

Ante la incertidumbre acerca de cómo correspon-derá, en su momento, zanjar el diferendo, la Sala juz-ga conveniente el mantenimiento de la medida, ante las consecuencias dañosas e irreversibles que podrían derivarse del proceder contrario, esto es, el de dejar al accionante sin la posibilidad de solventar una cuota controvertida.

Así cabe proceder en aplicación del afianzado crite-rio según el cual, ante un mayor peligro en la demora, cabe menguar la exigencia en el examen de los reca-udos que condicionan la verosimilitud en el derecho, y viceversa.

En la especie, dicho peligro en la demora es eviden-te, como se advierte a poco que se tenga presente que el interés de los actores concierne a bienes de la vida que, como la adecuada atención de su salud, no admi-ten espera.

Por tales motivos, el recurso bajo análisis será des-estimado.

Y lo propio ha de ocurrir con respecto de la preten-sión de obtener un agravamiento de la contracautela.

Así se concluye si se atiende a que el derecho a la salud que por esta vía pretende ser resguardado —de-recho que goza de la más alta protección de nuestro

ordenamiento (art. 42 Constitución Nacional; art. 12 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales aprobado por ley 23.313)— no puede quedar expuesto a la posibilidad de su frustración a causa de la eventual imposibilidad de los actores de afrontar el agravamiento solicitado.

Por tales motivos, corresponde decidir la cuestión en el sentido adelantado.

Por ello se resuelve: a) rechazar el recurso de apelación interpuesto y confirmar la resolución impugnada; b) costas de Alzada a la vencida (art. 68 código procesal). Notifíquese por secretaría. Cúmplase con la comunicación ordenada por el art. 4° de la Acordada de la Excma. Corte Suprema de Justicia de la Nación 15/2013, del 21/05/2013. Oportunamente, devuélvase al Juzgado de primera instancia. — *Julia Villanueva.* — *Eduardo R. Machin.*

LEGITIMACIÓN EN ACCIONES COLECTIVAS

Cliente bancario que suma una pretensión colectiva a una acción individual. Sentencia favorable que afectaría a una universalidad sustancial de usuarios de cuenta corriente. Configuración de un caso colectivo.

1. — La pretensión colectiva que contiene la demanda define rasgos comunes que serían de interés de los usuarios de cuenta corriente bancaria que operan con el banco demandado, los que permiten reconocer la configuración de un caso colectivo. El actor cuestionó el modo en que el banco ejecuta los giros en descubierto y, también, como traslada deudas a la cuenta corriente bancaria de sus clientes. Con la acción colectiva pretendió que el banco modifique su proceder. Una sentencia favorable, sin duda, provocaría efectos colectivos; es decir, afectaría una universalidad sustancial de clientes. Dentro de un análisis preliminar, se estima que esas posibles consecuencias guardan suficiente homogeneidad.
2. — Aun cuando los arts. 53 y 55 de la ley 24.240 no otorguen expresamente al consumidor individual la legitimación colectiva, ésta indudablemente surge de la letra de la Constitución Nacional. La omisión incurrida en la ley de defensa del consumidor no puede en modo alguno cercenar la legitimación que de manera expresa le otorga la CN: 43; pues la norma inferior puede ampliar válidamente los postu-

lados reconocidos constitucionalmente, pero no puede recortar su espectro de posibilidades

3. — Es claro que para que al accionante que demanda individualmente se le reconozca legitimación colectiva es menester que demuestre su condición de afectado; situación que, en última instancia, se juzgará en la sentencia definitiva. No obstante ello, es necesario, en esta etapa inicial del proceso, pasar la pretensión colectiva por el filtro creado por la Corte Suprema de Justicia en el conocido fallo “Halabi, Ernesto c/ P.E.N. Ley 25.873 Dto. 1563/04” del 24/02/2009 (Fallos 332:111).

CNCom., sala E, 19/11/2020. - Ríos, Sergio Fabian c. Industrial and Commercial Bank Of China (Argentina) S.A. s/ Ordinario.

[Cita on line: AR/JUR/58055/2020]

Expte. 28892/2013

2ª Instancia.- Buenos Aires, noviembre 19 de 2020.

Vistos: 1. El actor apeló la resolución de fs. 591/593 en la que la jueza de grado rechazó la acción colectiva intentada.

Sostuvo el recurso con el memorial de fs. 596/601, que fue contestado por el banco demandado a fs. 603/616.

A fs. 620/625 la Fiscal General emitió su dictamen proponiendo la revocación del pronunciamiento apelado.

2. Los reclamos objeto de demanda:

Sucede que Sergio Fabián Ríos promovió estas actuaciones con el objeto de demandar al Industrial And Commercial Bank of China (en adelante ICBC).

En el escrito de demanda el actor pretendió acumular una acción individual con otra de alcance colectivo.

La acción individual se compone de varios rubros. Pero con ella principalmente reclamó la revisión de la rectificación y revisión de saldos de su cuenta corriente y una indemnización por daño punitivo.

En la acción colectiva, que es en definitiva la que interesa en esta oportunidad, expresamente se excluyó la pretensión indemnizatoria. La misma la limitó al pedido de que se imponga al banco las modificaciones necesarias en sus sistemas de modo de suprimir la mecánica de transportar a la cuenta corriente de los clientes, aún en descubierto, los saldos pertenecientes a relaciones jurídicas distintas del movimiento propio

de la cuenta corriente bancaria; y que se le obligue a abstenerse de reclamar por vía ejecutiva deudas cuyas fuentes obligacionales no le permitan perseguir el cobro mediante un proceso de ejecución.

En un primer momento la jueza de grado desestimó *in limine* la acción colectiva porque consideró que ésta estaba reservada únicamente a las asociaciones de usuarios y consumidores (v. fs. 72).

Esa decisión en un primer término fue confirmada por la Sala C de este Fuero Comercial; pero la Corte Suprema revocó la resolución de cámara por considerarlo un fallo prematuro y ordenó un nuevo pronunciamiento que finalmente dictó la Sala F revocando la referida decisión de primera instancia.

3. La resolución apelada.

Nuevamente la Magistrada reflató el tema de la legitimación colectiva por considerar que este es el momento procesal indicado.

Ella juzgó que la pretensión colectiva no superaba el tamizado de la doctrina de la Corte Suprema del fallo “Halabi” (del 24/02/2009).

Para llegar a esa conclusión dijo que los derechos que se dicen afectados son de índole individual y divisible; es decir que no están afectados bienes colectivos.

La jueza, luego de exponer los tres elementos que debiera tener una acción colectiva o de clase según el fallo “Halabi”, dijo que en el caso no se configuraba la hipótesis de que la cuantía del valor del interés individual no justifique la promoción de una acción.

Es que, a su juicio, la relevante entidad económica del pleito, medida en la individualidad de cada sujeto involucrado en la clase, no justifica la sustitución del titular del derecho por el actor en el marco de una acción colectiva.

Dijo no advertir imposibilidad o inconveniencia en cada consumidor que integra la clase en litigar individualmente y que no se ha demostrado que los eventuales reclamos resultasen de tan escasa significación que obstaran a demandar individualmente.

Entendió que había una contradicción en el reclamo porque aquí se pretende evitar que el banco demandado promueva juicios ejecutivos, lo que indica que detrás de ello hay un interés económico que justifica la promoción de la ejecución.

Explicó en el fallo que los bancos no promueven juicios ejecutivos por montos que no valga la pena defenderse. O sea, a su entender, si hay alguien interesado

en promover un juicio, se debe presumir que ese juicio tiene entidad económica apreciable aun después de compensados los gastos judiciales.

No obstante ello agregó la magistrada que, a su juicio, el caso también carece de homogeneidad fáctica. Para ello afirmó que “...peticionar genéricamente la nulidad de ciertas cláusulas de todos los contratos que emite la demandada, la morigeración de intereses y respetar los acuerdos de sobregiro, con el objeto de reparar un daño patrimonial que no puede ser aprehendido en forma conjunta, dada la disimilitud y especiales características que pudieren haber ocurrido en cada caso individual, desdibuja seriamente la homogeneidad de la aparente comunidad que se dice representar...”

En función de ello, decidió rechazar nuevamente la acción colectiva.

4. Agravios del actor.

El recurrente sostuvo que la magistrada incurrió en un error de interpretación al confundir los padecimientos que atraviesa cada integrante de la clase por los supuestos abusos cometidos por ICBC, con los daños y perjuicios particulares que cada afectado podrá reclamar de manera autónoma, sobre lo cual en esta acción nada se pide.

Dijo que él no solicitó resarcimientos por daños individuales padecidos por los integrantes de la clase, sino que se requiere que el ICBC se abstenga de ejecutar los saldos de manera, a su entender, contraria a la ley; solicitando por ello la imposición de multas civiles que le hagan antieconómico desoír la eventual sentencia.

Sintetiza diciendo que lo que pretende es el restablecimiento de la legalidad.

Adujo que “...el cliente bancario promedio no conoce las normas que regulan la actividad bancaria ni las técnicas propias del complejo campo de la matemática financiera...”

Explicó que no se trata de conocer a cuánto se eleva el giro en descubierto transgrediendo el límite de cada cliente en situación similar suya o el quantum del saldo de tarjeta de crédito que traspasa a la cuenta corriente no operativa en presunta violación de los límites de tasas de interés de la ley 25.065.

Según dijo, el objeto del reclamo colectivo consiste en imponer a la demandada una obligación de no hacer y ello no obedece a un monto determinado.

Adujo que el elemento homogéneo determina la clase afectada que se circunscribe a aquellos clientes eje-

cutados o próximo a serlo con la modalidad de traspaso de saldos de otras relaciones jurídicas a la cuenta corriente excediendo el límite de descubierto cualquiera sea la cifra acordada en la cuenta corriente en cada caso.

5. Legitimación del actor.

El actor acumuló su demanda individual con una acción colectiva con el fin de que la sentencia que eventualmente obtuviera a su favor pueda ser extendido algunos de sus efectos a cierto universo de clientes del ICBC.

Esta legitimación colectiva tiene raigambre constitucional en tanto el art. 43 de la Carta Magna establece que "...podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen... al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización..."

Y aun cuando los art. 53 y 55 de la ley 24.240 no otorguen expresamente al consumidor individual la legitimación colectiva, ésta indudablemente surge de la letra de la Constitución Nacional.

La omisión incurrida en la ley de defensa del consumidor no puede en modo alguno cercenar la legitimación que de manera expresa le otorga la CN: 43; pues la norma inferior puede ampliar válidamente los postulados reconocidos constitucionalmente, pero no puede recortar su espectro de posibilidades (Salgado, José María; "Tutela Individual homogénea", p. 191, año 2011).

Ahora bien, es claro que para que al accionante que demanda individualmente se le reconozca legitimación colectiva es menester que demuestre su condición de afectado; situación que, en última instancia, se juzgará en la sentencia definitiva.

No obstante ello, es necesario, en esta etapa inicial del proceso, pasar la pretensión colectiva por el filtro creado por la Corte Suprema de Justicia en el conocido fallo "Halabi, Ernesto c. PEN - Ley 25.873 - Dto. 1563/04" del 24/02/2009 (Fallos: 332:111); lo cual se hará a continuación.

6. La viabilidad de la acción colectiva.

Para el caso resulta ineludible reeditar las consideraciones formuladas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el citado fallo.

El Máximo Tribunal destacó que "...en materia de legitimación procesal corresponde delimitar tres cate-

gorías de derechos: individuales, de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos, y de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos..." (considerando 9°).

Puntualizó que "...la regla general en materia de legitimación es que los derechos sobre bienes jurídicos individuales son ejercidos por su titular... (pues)...esta acción está destinada a obtener la protección de derechos divisibles, no homogéneos y se caracteriza por la búsqueda de la reparación de un daño esencialmente individual y propio de cada uno de los afectados..." (considerando 10°).

En cuanto a los derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos sostuvo que "...la petición debe tener por objeto la tutela de un bien colectivo, lo que ocurre cuando éste pertenece a toda la comunidad, siendo indivisible y no admitiendo exclusión alguna... No se trata solamente de la existencia de pluralidad de sujetos, sino de un bien que, como el ambiente, es de naturaleza colectiva..." (considerando 11°).

Y finalmente refirió que "...la Constitución Nacional admite en el segundo párrafo del art. 43 una tercera categoría conformada por derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos...", agregando que "...En estos casos no hay un bien colectivo, ya que se afectan derechos individuales enteramente divisibles. Sin embargo, hay un hecho, único o continuado, que provoca la lesión a todos ellos y por lo tanto es identificable una causa fáctica homogénea..." Y dijo que esa "...homogeneidad fáctica y normativa lleva a considerar razonable la realización de un solo juicio con efectos expansivos de la cosa juzgada que en él se dicte, salvo en lo que hace a la prueba del daño..." Expuso que frente a la inexistencia en nuestro derecho de una ley que reglamente el ejercicio de estas acciones, la disposición constitucional "...es claramente operativa y es obligación de los jueces darle eficacia, cuando se aporta nítida evidencia sobre la afectación de un derecho fundamental y del acceso a la justicia de su titular..." (considerando 12°).

Y finalmente refirió que "...la procedencia de este tipo de acciones requiere la verificación de una causa fáctica común, una pretensión procesal enfocada en

el aspecto colectivo de los efectos de ese hecho y la constatación de que el ejercicio individual no aparece plenamente justificado..." (considerando 13°).

En ese contexto corresponde determinar si la pretensión del actor puede encuadrarse dentro de la categoría de acciones de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos.

En consecuencia, para promover acciones de esta naturaleza es necesario que se presenten los tres elementos que la Corte estableció en ese precedente, a decir: a) la verificación de una causa fáctica común — es decir la existencia de un hecho que causa lesión a varios derechos individuales—, b) la pretensión debe estar enfocada en el aspecto colectivo de los efectos de ese hecho y no en lo que cada individuo puede peticionar, y c) el interés individual considerado aisladamente no debe justificar la promoción de la demanda (v. esta Sala, “Proconsumer c. CMR Falabella SA s/ sumarísimo”, del 20/09/2013, entre otros).

La jueza *a quo* no desconoció la configuración del primero de esos recaudos, empero sí desechó la verificación de los otros dos.

Principalmente hizo hincapié en el tercero de ellos; es decir que, a su criterio, la relevante entidad económica del pleito —medida en la individualidad de cada sujeto involucrado en la clase— no justificaría la sustitución del titular del derecho por el actor en el marco de una acción colectiva.

Nótese que, si bien la pretensión individual del Sr. Ríos contiene reclamos económicos de apreciable valor, es innegable que la acción colectiva la limitó a los aspectos vinculados al proceder del banco demandado. Ésta no contiene un reclamo indemnizatorio de índole colectivo.

Como bien explicó el recurrente, con la demanda colectiva busca imponer obligaciones de no hacer o bien reencausar el proceder de la entidad financiera.

Aquí se debiera juzgar si ICBC realiza legalmente los giros en descubierto y el traspaso de los saldos de tarjeta de crédito.

A partir de ello, y ante la eventualidad de que la sentencia admita esa imputación, puede ocurrir que surjan aspectos que excedan la posibilidad de una condena colectiva. Por ejemplo, habría que analizar con detenimiento la situación de los juicios ejecutivos promovidos sobre la base de certificados de saldo deudor de cuenta corriente que pudieran resultar invalidados.

Pero esta no es la oportunidad procesal para emitir tal juicio. La acción no debiera ser desestimada antes del dictado de la sentencia definitiva en tanto se avizoran aspectos del reclamo que pudieran ser objeto de una condena colectiva (como ocurre con aquellas obligaciones de no hacer que desea imponer hacia el futuro).

Aun cuando prospere la pretensión colectiva, la promoción del reclamo económico que le pudiera haber a cada integrante de la clase comprometida quedaría re-

servada a la voluntad individual. Es decir que el cumplimiento de ese tercer recaudo no se aprecia afectado.

Por otro lado la jueza de grado dijo que tampoco encontraba claro que “...el actor haya englobado un hecho único y continuado que provoca una lesión a todos los integrantes del grupo...”. Con ello quiso decir que no veía una homogeneidad fáctica.

Ahora bien, cabe reiterar que el actor ha cuestionado el modo en que el banco demandado ejecuta los giros en descubierto y, también, como traslada deudas a la cuenta corriente bancaria de sus clientes.

Con la acción colectiva pretendió que el banco modifique su proceder.

Una sentencia favorable, sin duda, provocaría efectos colectivos; es decir, afectaría una universalidad sustancial de clientes.

Esta Sala avizora, dentro de un análisis preliminar, que esas posibles consecuencias guardan suficiente homogeneidad.

En efecto, la pretensión colectiva que contiene la demanda define rasgos comunes que serían de interés de los usuarios de cuenta corriente bancaria que operan con el banco demandado, los que permiten reconocer la configuración de un caso colectivo.

En base a lo expuesto, juzga este Tribunal que los agravios deben ser admitidos.

Como la magistrada emitió opinión sobre la cuestión, corresponde que el expediente sea asignado a otro Juzgado para que siga conociendo en la causa.

7. Costas.

Claramente el análisis realizado en los puntos precedentes llevará a revocar la imposición de costas dispuesta en resolución apelada.

Ahora bien, ello no implica que las costas de primera instancia vayan a estar a cargo de la demandada.

Es que dicha parte no intervino en el trámite de la incidencia. Pero sí lo hizo en el marco de este recurso reclamando la desestimación de los agravios.

Por ello, el ICBC cargará únicamente con las costas de alzada.

Por lo expuesto y de conformidad con el dictamen fiscal, se resuelve: admitir los agravios y revocar la resolución apelada, con costas en esta instancia a la demandada vencida (CPR: 69). Comuníquese (cfr. Acor-

dada CSJN N° 15/2013), notifíquese a las partes y a la Representante del Ministerio Público Fiscal, comuníquese lo decidido mediante oficio —con copia de la presente— a la jueza originaria, pase a la Mesa General de Entradas de la Cámara para el sorteo del nuevo juzgado que intervendrá en las actuaciones y remítase al mismo. La firma electrónica se formaliza en virtud de lo establecido en la Acordada CSJN N° 12/2020 (arts. 2°, 3° y 4°). — *Miguel F. Bargalló. — Ángel O. Sala. — Hernán Monclá.*

RESPONSABILIDAD DE LAS EMPRESAS DE TELECOMUNICACIONES

Pedido de baja realizado por el usuario. Continuidad del cobro durante dos años por un servicio no prestado. Daño moral. Daño punitivo. Disidencia parcial.

1. — En la especie se encuentra debidamente acreditado que, con posterioridad al pedido de baja del servicio, la empresa de telecomunicaciones continuó cobrando indebidamente por dos años por servicios no prestados. Más aún, —después de esos dos años— cuando el actor logró que aquella se abstuviera de continuar debitando montos ilegítimos de su tarjeta de crédito, la demandada persistió con su obrar antijurídico, ya que no reintegró ese dinero mal cobrado. A mayor abundamiento, incluso cuando al contestar la demanda reconoció que al actor le correspondía percibir una suma de dinero, no ofreció efectuar el depósito en pago. Acreditada la responsabilidad por su injustificado accionar al procesar el pedido de baja del usuario, debe responder por los daños ocasionados.
2. — El daño moral que debe abonar la empresa de telecomunicaciones por no procesar la baja del servicio solicitada por el usuario debe elevarse, pues se advierte que un trámite que debió llevar minutos resultó en innumerables esfuerzos de la actora no solo para lograr la baja sino también el reintegro de su dinero; dos años de reclamos en los que la demandada continuó cobrando sin prestar servicio alguno. Esa falta de respeto a la decisión del consumidor, que repercutió en un incumplimiento contractual y en el obrar antijurídico antes mencionado, sin duda constituyó por sí causa eficiente de una lesión espiritual de relevancia que debe ser apreciada como daño moral.
3. — El obrar que la demandada mantuvo en el caso no parece haber sido un hecho aislado, sino más bien una práctica sostenida a través del tiempo con cantidad de usuarios; y resulta indiscutible el eventual alcance colectivo de los daños que pueden derivar de una política comercial implementada de modo deficiente por parte de una empresa de servicios de telecomunicaciones. Tomando en consideración el carácter de la accionada y su participación dentro del mercado donde se desempeña, la presunta reiteración y habitualidad de la práctica que aquí es objeto de reproche y que sin duda alguna no puede catalogarse como aislada, estimo que la multa debe fijarse prudencialmente en la suma de cien mil pesos a la fecha de este pronunciamiento.
4. — De los antecedentes colectados en la causa, puede inferirse con suficiente grado de certidumbre, la configuración del daño punitivo con arreglo al marco de aprehensión de los arts. 8 bis y 52 bis de la LDC. Ello así, aún juzgada la cuestión con el criterio restrictivo que debe primar en la materia. Resulta claro que frente a la solicitud de baja del servicio efectuada por el accionante, la proveedora adoptó una conducta por demás cuestionable y reñida con la buena fe con la que debe desarrollarse la relación de consumo (del voto de la Dra. Tevez).
5. — En el caso luce claro que existió un incumplimiento objetivo por parte de la empresa de servicios de telecomunicaciones demandada, pero no encuentro acreditado el dolo eventual. La prueba colectada impide considerar que el obrar de la demandada, en los términos que calificó la doctrina especializada, pueda justificar la imposición de la multa referida. Entiendo que en el caso los daños producidos por la inadecuada conducta de la demandada deben ser reparados mediante la condena por el daño moral (del voto en disidencia parcial de la Dra. Díaz Cordero).



CUANTIFICACION DEL DAÑO

El hecho dañoso:

Incumplimiento de la empresa de telecomunicaciones de procesar la baja del servicio

Componentes del daño:

Daño extrapatrimonial

Daño moral genérico: \$30.000

Daño patrimonial

Daño emergente: \$21.006 (daño material)

Daños varios: Daño punitivo \$100.000

CNCom., sala B, 11/12/2020. - Elli, Ezequiel Javier c. Telecentro S.A s/ Ordinario.

[Cita on line: AR/JUR/65190/2020]

Expte. 13425/2018

2ª Instancia.- Buenos Aires, diciembre 11 de 2020.

¿Es arreglada a derecho la sentencia apelada?

A la cuestión planteada la doctora *Ballerini* dijo:

I. A fs. 8/18, Ezequiel Javier Elli promovió demanda contra Telecentro SA por los daños y perjuicios que adujo haber padecido a partir del momento en que decidió dar de baja el contrato que lo uniera con la demandada. Estimó el monto total del reclamo en la suma de \$314.536,06 con más intereses y las costas.

Refirió que, en julio de 2015, comunicó telefónicamente a la demandada su decisión de dar de baja los servicios de telefonía, internet y televisión, debido a que se mudó a un nuevo domicilio.

No obstante, manifestó que, a pesar de que le tomaron el pedido de baja, la accionada continuó debitando mensualmente de su tarjeta de crédito Visa del Banco Superielle, el costo del servicio sin contraprestación alguna.

El actor reclamó el reintegro por el cobro indebido de las sumas de dinero debitadas de su tarjeta de crédito entre agosto de 2015 y septiembre de 2017.

Describió las dificultades que habría afrontado para que la demandada se abstuviera de continuar cobrando: los llamados telefónicos con los números de reclamo que individualizó en fs. 9, las demoras, el mal trato, las promociones ofrecidas que no aceptó; y los engaños en cuanto a supuestos cheques o notas de crédito a su nombre por las sumas adeudadas que resultaron inexistentes.

Específicamente, se refirió a una nota de crédito que se habría emitido a su favor por \$21.006. Sostuvo que un representante de atención al cliente de Telecentro le indicó que la debía retirar el 02/09/2017 por un local de "Pago Fácil"; pero señaló que cuando se acercó a dicho establecimiento, la invocada nota de crédito no existía.

Requirió en concepto de daño patrimonial, el reintegro de los montos mal debitados por servicios no

prestados. Estimó ese rubro en \$29.536,06; monto que abarcó el capital con más los intereses calculados al 28/04/2018 (fs. 11).

Asimismo, reclamó \$60.000 en concepto de daño psicológico; \$55.000 por daño moral; y por último, solicitó el otorgamiento de \$170.000 en concepto de daño punitivo; o el monto que prudencialmente se estime corresponder.

A fs. 29/36, contestó la demanda Telecentro SA y requirió su íntegro rechazo, con costas. Además, solicitó la imposición de una sanción al actor por pluspetición inexcusable.

Tras realizar una negativa general y otra más pormenorizada de los hechos invocados por la parte actora en su escrito inicial, en lo sustancial, adujo que cuando el 06/07/2015 el Sr. Elli se comunicó para solicitar la baja del servicio se le ofreció su instalación en el nuevo domicilio. Alegó que se le informó que ello acarrearía una demora, que se le bonificaría el mes de agosto de 2015, lo cual habría aceptado.

Con relación a la nota de crédito invocada en la demanda, manifestó que se puso a disposición del accionante la suma de \$20.647 por lo debitado desde septiembre de 2015; pero sostuvo que aquél no lo cobró porque habría pretendido obtener un monto mayor en un marco de enriquecimiento sin causa.

Finalmente, impugnó la procedencia y magnitud de los rubros indemnizatorios pretendidos.

II. La sentencia de primera instancia dictada a fs. 235/243 admitió en forma parcial la demanda y condenó a Telecentro SA a pagar la suma de \$91.006 con más los intereses y las costas del juicio.

Para así resolver, la Sra. Juez *a quo* juzgó acreditado que el actor solicitó la baja del servicio el 06/07/2015, que pese a ello —sin justificación alguna— le continuaron cobrando por el período de dos años por un servicio que no brindaron; y que ni siquiera al contestar demanda se pusieron a disposición las sumas indebidamente percibidas. Ello así, concluyó que existió una conducta antijurídica de la demandada y un trato indigno para el consumidor que la hizo responsable de los daños ocasionados.

Por lo expuesto, la magistrada decidió otorgar el reintegro del monto indebidamente cobrado por la suma de \$21.006 en concepto de capital (conforme resumen de cuenta de fs. 58/59 y liquidación practicada en fs. 9 vta./10), con más los intereses calculados a la tasa que cobra el Banco de la Nación Argentina para sus operaciones de descuento a treinta días desde la fecha en que se efectuó cada uno de los débitos.

Además, condenó a la demandada al pago de \$20.000 en concepto de daño moral, con más los intereses calculados a la misma tasa antes mencionada, devengados desde el 06/07/2015; mientras que desestimó el otorgamiento de una indemnización por daño psicológico pues no lo juzgó acreditado.

Finalmente, encontró acreditada la configuración de los requisitos para la procedencia de la multa prevista por el art. 52 bis, de la ley de defensa del consumidor y admitió el otorgamiento de \$50.000 en concepto de daño punitivo, fijados a la fecha de la sentencia.

III. Contra dicho pronunciamiento se alzaron la parte actora y Telecentro SA (fs. 246 y fs. 248 respectivamente).

Las incontestadas críticas del actor obran en fs. 253/258. Sus agravios refieren al monto indemnizatorio fijado para reparar el daño moral y la suma otorgada por el daño punitivo; pues en ambos casos los consideró insuficientes.

A su turno, la demandada mantuvo su recurso con la pieza de fs. 260/265, contestada por el accionante mediante el escrito incorporado en forma digital el 10/08/2020.

Las críticas de Telecentro SA se centraron en la ponderación de la prueba, especialmente cuestionó el reconocimiento del daño material, de la indemnización en concepto de daño moral y la imposición de una multa civil conforme el art. 52 bis de la ley 24.240, por daño punitivo. Respecto a estas últimas, además de injustificados, a todo evento consideró altos los montos de condena. Finalmente, se agravió por el modo en que se impusieron las costas.

El dictamen de la Sra. Fiscal General ante esta Cámara fue incorporado digitalmente el 28/09/2020.

IV. Razones de orden lógico imponen comenzar por el agravio vertido por la accionada respecto a su supuesta ausencia de responsabilidad por los hechos ventilados en autos, de lo que parecería derivarse que el importe reconocido en concepto de daño material resultó injustificado.

Bien que con cierta deficiencia recursiva (arg. conf. art. 266 CPr), la crítica se centró en cuestionar la valoración de la prueba que se hiciera en la anterior instancia.

Para comenzar señálese que en la especie no hay controversia en cuanto al vínculo contractual que unió a las partes.

Por otra parte, encuentro prudente señalar que la empresa demandada es una comerciante profesional,

condición que la responsabiliza de manera especial. Tal carácter involucra su superioridad técnica e implica un mayor deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas (doct. art. 1724 del Cód. Civ. y Com. de la Nación).

En ese marco, frente al pedido de baja del servicio efectuado por el Sr. Elli, la demandada debió proceder conforme el art. 10 ter, de la ley de Defensa del Consumidor, en el que se lee: “Modos de Rescisión... la contratación de un servicio...podrá ser rescindida a elección del consumidor o usuario mediante el mismo medio utilizado en la contratación. La empresa receptora del pedido de rescisión del servicio deberá enviar sin cargo al domicilio del consumidor o usuario una constancia fehaciente dentro de las setenta y dos (72) horas posteriores a la recepción del pedido de rescisión. Esta disposición debe ser publicada en la factura o documento equivalente que la empresa enviare regularmente al domicilio del consumidor o usuario”.

No obstante, lejos de actuar conforme lo establece la citada la norma y otorgar la constancia de baja del servicio en forma inmediata, la defendida hizo caso omiso de la solicitud del usuario y continuó cobrando sumas de dinero indebidas sin prestar servicio alguno.

No paso por alto que aquélla desconoció los numerosos reclamos que habría efectuado el actor a fin de obtener, primero la baja del servicio y, posteriormente, el reintegro de las sumas que estaban siendo devengadas —sin contraprestación alguna— de su tarjeta de crédito.

Sin embargo, tampoco puede soslayarse que la demandada no se contactó ni puso a disposición del experto en sistemas designado en autos los elementos necesarios para que éste pudiera evacuar los puntos de pericia referidos, precisamente, a la existencia de los reclamos cuyo desconocimiento efectuó (ver puntos de pericia ofrecidos por el actor en el punto VIII.7 del escrito de promoción de demanda y presentación del perito del 11/09/2019), todo lo cual debe ser evaluado en los términos del art. 388 CPr.

Pero además, en la propia documentación acompañada por “Telecentro” al contestar el traslado de la demanda obrante a fs. 27/28, aparece un cuadro donde se lee: “Historial”. Allí surge acreditada la falta de respuesta a los numerosos reclamos efectuados desde el 06/07/2015, fecha en que consta el “Pedido de Baja”.

Específicamente, aparecen en el “Historial” a partir de la solicitud de baja del servicio, diversas actividades con relación a la cuenta del actor, en los días 07/07/2015; 10/07/2015; 01/08/2016; 19/08/2016; 24/08/2016; 29/08/2016; 01/09/2016; 30/09/2016; 07/08/2017, 02/09/2017, 20/09/2017, pero en ningún

caso estuvieron dirigidas a dar de baja el servicio conforme lo requerido.

En cambio, en dicho instrumento se consignaron numerosas “Sugerencias”. La parte demandada —en forma unilateral—, no sólo decidió continuar cobrando sino también ofreció promociones, como por ejemplo un “Upgrade HD”.

Los problemas continuaron por dos años, ya que en el historial se acreditó que el 29/09/2017, el Sr. Elli intentó obtener el reintegro de los montos indebidamente cobrados, pues consta un “Reclamo Administrativo” con referencia a la invocada nota de crédito. Pese a ello, el 09/10/2017 y el 12/10/2017 continúan apareciendo “Sugerencias”, aunque en realidad se trató de la reiteración del pedido de la nota de crédito, sin resultado positivo alguno.

Recién el 18/10/2017 en el historial se consignó “Corte Servicio”. Con posterioridad, el 01/11/2017 y el 09/12/2017 aparecen sucesivos “Reclamos Administrativos” con relación a la solicitud de reintegro que aparece “Rechazada”.

Por consiguiente, a diferencia de lo invocado por la accionada y a partir de los antecedentes referidos, juzgo que en la especie se encuentra debidamente acreditado que, con posterioridad al pedido de baja del servicio, la demandada continuó cobrando indebidamente por dos años por servicios no prestados. Más aún, —después de esos dos años— cuando el actor logró que Telecentro SA se abstuviera de continuar debitando montos ilegítimos de su tarjeta de crédito, la demandada persistió con su obrar antijurídico ya que no le reintegró ese dinero mal cobrado. A mayor abundamiento, incluso cuando al contestar la demanda reconoció que al actor le correspondía percibir lo que estimó en la suma de \$20.647, no ofreció efectuar el depósito en pago (fs. 33).

Por todo lo expuesto, acreditada la responsabilidad de la defendida por su injustificado accionar al procesar el pedido de baja del Sr. Elli y en la medida que el importe reconocido en la anterior instancia en concepto de daño material no fue puntualmente cuestionado, se rechazará sin más el agravio.

V. A continuación analizaré conjuntamente las críticas desarrolladas por ambas partes respecto a la indemnización fijada en concepto de daño moral.

Como se dijo, mientras el actor calificó como insuficiente el monto concedido, la accionada alegó que no se habría demostrado su configuración y, eventualmente, que el importe reconocido resultaría elevado.

Cabe recordar que este perjuicio ha sido caracterizado como la lesión a uno o varios intereses inherentes

a la personalidad de un sujeto de derecho e incide en la capacidad de sentir, de querer o de pensar. Es todo dolor o sufrimiento producido por una lesión a los sentimientos más íntimos de las personas y que merecen una protección legal en tanto se les reconoce un valor principalísimo en la existencia y desarrollo del individuo y de la sociedad (conf. CNCom., esta Sala, “Vega, Fabricio N. c. Expreso Caraza SAC s/ sumario”, del 20/03/2007, entre otros).

Mediante las constancias de autos supra referidas surge acreditado el más completo desinterés de la empresa demandada por respetar la decisión que ya había tomado su cliente en cuanto a la baja del servicio y una total indiferencia frente a los legítimos reclamos del actor.

En tal escenario, no cabe duda de que el episodio de autos excedió una mera molestia o incomodidad.

En este sentido, obsérvese que en el dictamen pericial en psicología se expresó que: “Es probable que..... fuera experimentado en la personalidad del actor como un acto de humillación, y de exacerbación de impotencia ante la situación” (fs. 172/173).

Se advierte que un trámite que debió llevar minutos resultó en innumerables esfuerzos de la parte actora para que le dieran de baja el servicio y para que, posteriormente, le reintegraran su dinero; dos años de reclamos en los que Telecentro SA continuó cobrando sin prestar servicio alguno. Esa falta de respeto a la decisión del consumidor, que repercutió en un incumplimiento contractual y en el obrar antijurídico antes mencionado, sin duda constituyó por sí causa eficiente de una lesión espiritual de relevancia que debe ser apreciada como daño moral.

Ahora bien, establecida la procedencia del rubro, resta determinar su cuantificación. Para ello conviene recordar que “a los fines de la fijación del quantum indemnizatorio por daño moral debe tenerse en cuenta el carácter resarcitorio de dicho rubro, la índole del hecho generador de la responsabilidad y la entidad del sufrimiento causado, que no tiene necesariamente que guardar relación con el daño material, pues no se trata de un daño accesorio a éste” (conf. CSJN *in re* “Lema, Jorge H. c. Provincia de Buenos Aires y otros” del 20/03/2003; en el mismo sentido CSJN en autos “Sitja y Balbastro, Juan R. c. La Rioja, Provincia de y otro s/ daños y perjuicios” del 27/05/2003).

De modo que, dentro de los parámetros de prudente discrecionalidad que deben orientar la labor judicial en estos casos, conforme la previsión del CPR. 165 y teniendo en cuenta los puntuales antecedentes del litigio, juzgo que la indemnización otorgada por daño moral se deberá elevar a treinta mil pesos (\$30.000) en

concepto de capital, con más los intereses reconocidos en el pronunciamiento apelado.

Con tal alcance entonces, se admitirá el agravio del accionante y, como lógica consecuencia, se rechazará el introducido por la demandada.

VI. Resta ingresar en el estudio de las críticas referidas a la multa concedida en concepto de daño punitivo.

Se ha definido al presente rubro como las “sumas de dinero que los Tribunales mandan a pagar a la víctima de ciertos ilícitos, que se suman a las indemnizaciones por daños realmente experimentados por el damnificado, que están destinados a punir graves inconductas del demandado y a prevenir hechos similares en el futuro” (conf. Pizarro, Ramón D., “Derecho de Daños”, 2ª parte, La Rocca Buenos Aires, 1993, p. 291 y ss.).

Trátase entonces de una institución de sólido predicamento en el derecho anglosajón, que tiene adeptos y detractores, que ha comenzado a proyectarse, gradualmente, también dentro del sistema del derecho continental europeo y en Canadá y que desde el 2008, con la reforma realizada sobre la ley 24.240 por la ley 26.361, hizo su aparición entre nosotros.

Participa de la naturaleza de una pena privada, que se manda a pagar por encima de los valores que se condene en calidad de daños y perjuicios, destinada —en principio— al propio damnificado. Y ésta existe cuando por expresa disposición de la ley o por la voluntad de las partes, sin acudir a los principios, normas y garantías del derecho penal, se sancionan ciertas graves inconductas, mediante la imposición de una suma de dinero a la víctima de un comportamiento ilícito o, más excepcionalmente, al propio Estado o a otros terceros (asociaciones de consumidores, organizaciones de tutela del medio ambiente, etc.).

Así, la pena está estrechamente relacionada a la idea de prevención de ciertos daños, y también a la punición y al pleno desmantelamiento de los efectos de ilícitos que, por su gravedad o por sus consecuencias, requieren algo más que la mera indemnización resarcitoria de los perjuicios causados (conf. Stiglitz, Rubén S. y Pizarro, Ramón D., “Reformas a la ley de defensa del consumidor”, LA LEY, 2009-B, 949).

Si bien es cierto que ha sido criticado el alcance amplio con el que ha sido legislada la multa civil, en cuanto se alude a cualquier incumplimiento legal o contractual, existe consenso dominante en el derecho comparado en el sentido de que las indemnizaciones o daños punitivos sólo proceden en supuestos de particular gravedad, calificados por el dolo o la culpa grave del sancionado o por la obtención de enriquecimien-

tos indebidos derivados del ilícito o, en casos excepcionales, por un abuso de posición de poder, particularmente cuando ella evidencia menosprecio grave por derechos individuales o de incidencia colectiva (conf. Stiglitz, Rubén S. y Pizarro, Ramón D., ob. cit.).

Asimismo, no todo incumplimiento puede dar lugar a la fijación de daños punitivos. Se requiere algo más. Y ese algo más tiene que ver con la necesidad de que exista dolo eventual o culpa grave por parte de aquél a quien se sancione con la multa. Se trata de casos de particular gravedad, que denotan, por parte del dañador, una gran indiferencia o menosprecio por los derechos ajenos, priorizando netamente aspectos económicos. Lo que se busca con esta figura es castigar la conducta desaprensiva que ha tenido el dañador respecto de los derechos de terceros.

Jurisprudencia cuyos fundamentos comparto se pronunció en igual sentido, y ha dicho que la multa civil es de aplicación excepcional y requiere de la comprobación de una conducta disvaliosa por la cual el responsable persiga un propósito deliberado de obtener un rédito con total desprecio de la integridad o dignidad del consumidor.

Por eso la norma concede al juez una potestad que el Magistrado podrá o no utilizar según entienda que la conducta antijurídica demostrada presenta características de excepción” (CNCom., esta Sala, 16/10/2019, “Orsi, Ana M. y otro c. Despegar.com.ar.S.A. y otro s/ ordinario”).

Ahora bien, ya he dicho que el proceder de la defendida evidenció un injustificado desinterés por los sucesivos reclamos efectuados por el actor a fin de obtener la baja del servicio contratado. Trámite que le insumió dos años y la promoción de esta demanda a fin de obtener la restitución de los importes que ilegítimamente “Telecentro” percibió por un servicio que siquiera fue prestado.

En tal escenario, se coincide con el criterio de la Sra. Juez *a quo*, así como el de la Sra. Fiscal General ante esta Cámara en cuanto a que se han reunido aquí los extremos de excepción a los que se hizo referencia y que habilitan a la imposición de la multa bajo examen.

Al respecto, no se puede soslayar que la jurisprudencia del fuero ha señalado: “...que constituye un hecho grave susceptible de “multa civil” por trasgresión del art. 8 bis de la ley 24.240 que exige un trato digno al consumidor, colocarlo en un derrotero de reclamos, en el que se haga caso omiso a la petición... (conf. CNCom. Sala F, *in re*, “Schneider SA c. AMX Argentina SA (Claro) s/ ordinario” del 26/12/2017 y sus citas). De modo que no corresponde minimizar la gravedad del obrar de la demandada.

En concreto, el accionar de la demandada resulta inadmisible, no sólo por contrariar lo establecido por el art. 10 ter ya citado en los apartados precedentes, sino también —principalmente— por implicar una flagrante violación a los términos del art. 8 bis. de la Ley de Defensa del Consumidor, que exige a los proveedores garantizar condiciones de atención y trato digno, con relación a los consumidores y usuarios.

En similares términos, también encontramos regulado el derecho de los consumidores a recibir un trato digno en el art. 1097 (Los proveedores deben garantizar condiciones de atención y trato digno a los consumidores y usuarios. La dignidad de la persona debe ser respetada conforme a los criterios generales que surgen de los tratados de derechos humanos. Los proveedores deben abstenerse de desplegar conductas que coloquen a los consumidores en situaciones vergonzantes, vejatorias o intimidatorias) y el art. 1098 del Cód. Civ. y Com. de la Nación (Los proveedores deben dar a los consumidores un trato equitativo y no discriminatorio. No pueden establecer diferencias basadas en pautas contrarias a la garantía constitucional de igualdad, en especial, la de la nacionalidad de los consumidores).

Por su lado, el art. 52 del Cód. Civ. y Com. de la Nación dispone: “Afectaciones a la dignidad. La persona humana lesionada en su intimidad personal o familiar, honra o reputación, imagen o identidad, o que de cualquier otro modo resulte menoscabada en su dignidad personal puede reclamar la prevención y reparación de los daños sufridos...”

Asimismo, ese cuerpo normativo también establece que los derechos deben ser ejercidos de buena fe (art. 9) y que la ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos, considerándose tal el que contraría los fines del ordenamiento jurídico o el que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres (art. 10).

La doctrina describió las prácticas prohibidas por estas normas y señaló que: “están constituidas por aquellos procedimientos aplicados en la formación del contrato o en su ejecución que se caracterizan por colocar al consumidor en estado de sospecha, vergüenza o intimidación. Cualquier actitud que moleste, denigre o tienda a colocar en situación de inferioridad al consumidor, infundiéndole miedo o temor encuentra aquí cabida. Son prácticas que lamentablemente buscan aprovechar la necesidad o inexperiencia de las personas” (conf. Picasso, Sebastián y Vázquez Ferreyra, Roberto A., “Ley de Defensa del Consumidor comentada y anotada”, T. 1, p. 128, ed. LA LEY, Buenos Aires, 2009).

En el mismo sentido, el art. 42 de la Constitución Nacional establece que los consumidores y usuarios

de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a condiciones de trato equitativo y digno.

Esta norma, ratificada en las correlativas obligaciones asumidas en los compromisos internacionales previstos en el art. 75 inc. 22 de la misma Constitución, revela que las pautas que rigen el derecho del consumo son portadoras de valores que deben ser preferidos, en correlación con el rango constitucional de esas normas y la necesidad de hacerlas prevalecer por sobre toda otra que se les oponga, por imposición de la escala normativa establecida en el art. 31 de la misma Carta Magna (ver CNCom. Sala C, *in re*, “González Antonini, Celestino y otro c. Industrial and Commercial Bank of China (Argentina) SA s/ Ordinario” del 17/12/2019).

Recordemos que la Ley de Defensa del Consumidor al ocuparse de proteger la “dignidad” de los consumidores, al igual que lo hace el art. 42 de la CN ya mencionado, potencia la tutela legal, puesto que este atributo se encuentra ligado a los derechos más íntimos de los seres humanos en general, apreciables, incluso, en su faceta colectiva.

El respeto por la persona humana es un valor fundamental y se encuentra jurídicamente protegido; frente a él, los restantes valores tienen siempre carácter instrumental. Los derechos de la personalidad son esenciales para ese respeto de la condición humana...” (CSJN, *in re*, “Arrióla, Sebastián y otros s/ causa N° 9080”; del 25/08/2009).

El reconocimiento de la dignidad e igualdad humana constituye la piedra angular sobre la que se erige la potestad de ejercicio de cualquier otro derecho inherente al hombre (ver CSJN., *in re*, “Pupelis, María C. y otros” del 14/05/1991, Fallos: 314:424).

Más específicamente en la relación proveedor-usuario, el art. 37 último párrafo de la LDC refiere como parámetro general para juzgar la conducta de los proveedores, al “deber de buena fe en la etapa previa a la conclusión del contrato o en su celebración” (ver Rusconi, Dante, “Manual de Derecho del Consumidor”, p. 91, ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., 2009).

Por los argumentos hasta aquí desarrollados, y teniendo especialmente en cuenta que el art. 8 bis de la ley 24.240 refiere específicamente que la violación del trato digno es pasible de la sanción que aquí se persigue, juzgo que en el caso de autos debe imponerse una multa en concepto de daño punitivo.

En orden a su monto (extremo cuestionado por ambas partes), se recuerda que éste debe ser suficiente para cumplir con su finalidad disuasoria, sancionatoria y preventiva, pero que no signifique poner en situación de quebranto a la defendida.

Por otra parte, creo conveniente mencionar que conforme la información suministrada por la Secretaría de Comercio Interior, dependiente del Ministerio de Desarrollo Productivo, en el período comprendido desde el 01/01/2018 hasta el 30/06/2019, la aquí demandada lideró el ranking de empresas con más reclamos ingresados en la Ventanilla Única de Defensa del Consumidor, alcanzando las casi 11000 denuncias recibidas, sin que se contabilicen en dicha estadística aquellas que fueron oportunamente desestimadas (ver <https://www.argentina.gob.ar/produccion/defensadelconsumidor/estadisticas-de-reclamos>).

En esta misma orientación, con carácter ilustrativo, obsérvese que, de acuerdo a lo publicado por la Subsecretaría de Acciones para la Defensa de las y los Consumidores (SSADC), en el mes de mayo de 2020 se detectó que el 22% de las denuncias en las relaciones de consumo fueron relativas a problemas con servicios de telecomunicaciones, convirtiéndose, una vez más, en el rubro que más quejas recibió.

Entre otras cuestiones, ellas habrían apuntado a incumplimientos administrativos “...ya que no realizarían el procesamiento de la baja del servicio o el cambio de plan en tiempo y forma y le generan al usuario deudas impropias” (<https://www.argentina.gob.ar/noticias/imputacion-empresas-de-telecomunicaciones-por-incumplimientos-en-el-servicio>).

De lo expuesto puede colegirse que el obrar que la demandada mantuvo en el caso de autos, no parece haber sido un hecho aislado, sino más bien una práctica sostenida a través del tiempo con cantidad de usuarios; y resulta indiscutible —tal como postuló la Sra. Fiscal General ante esta Cámara— el eventual alcance colectivo de los daños que pueden derivar de una política comercial implementada de modo deficiente por parte de una empresa de servicios de telecomunicaciones.

En síntesis, tomando en consideración el carácter de la accionada y su participación dentro del mercado donde se desempeña, la presunta reiteración y habitualidad de la práctica que aquí es objeto de reproche y que sin duda alguna ésta —a la luz de lo expuesto— no puede catalogarse como aislada, estimo que la multa debe fijarse prudencialmente en la suma de cien mil pesos (\$100.000) a la fecha de este pronunciamiento (art. 165 CPr. y art. 49 de la Ley 24.240).

En estos términos, se admite el agravio del actor y se rechazan los de la accionada.

VII. Por último, la parte demandada se agravó por la imposición de las costas a su parte.

Estimo que, por aplicación del principio genérico de la derrota objetiva, los gastos causídicos de ambas

instancias deben ser a cargo exclusivo de la defendida por haber resultado sustancialmente vencida. El hecho de que algún pedido indemnizatorio no fuese admitido no obsta a dicha conclusión, toda vez que, en los reclamos por daños y perjuicios —como se da el caso en el *sub lite*—, las costas deben imponerse a la parte que con su proceder dio motivo al pedido resarcitorio, de acuerdo con una apreciación global de la controversia y con independencia que las reclamaciones del perjudicado hayan progresado parcialmente, sin que quepa sujetarse en esta materia a rigurosos cálculos aritméticos (conf. CNCom., esta Sala, *in re* “Enrique R. Zenni y Cía. SA c. Madefor SRL y otro s/ ordinario” del 14/02/1991; ídem, *in re* “Pérez, Esther E. c. Empresa Ciudad de San Fernando SA y otro s/ sumario” del 02/02/1999, entre otros).

Además, en el caso concreto no corresponde el apartamiento de este principio por cuanto la demandada no cumplió con el recaudo del art. 72 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación; y en consecuencia, no resultó procedente la pluspetición inexcusable solicitada. Reitérese que, si bien aquélla reconoció al contestar la demanda que el actor tenía derecho a percibir una suma de dinero de \$20.647 (fs. 33), no ofreció abonarla, sino que —contrariamente— requirió lisa y llanamente que se rechace la demanda (fs. 35 vta./36).

Como corolario de todo lo expuesto, si mi criterio es compartido, propongo al Acuerdo: i) Rechazar el recurso de Telecentro SA de fs. 248; ii) admitir parcialmente la apelación interpuesta por el Sr. Elli a fs. 246; iii) en consecuencia, confirmar en lo principal que decide la sentencia dictada a fs. 235/243, modificándola exclusivamente en cuanto al importe de condena, el cual se eleva a ciento cincuenta y un mil seis pesos (\$151.006) con más los intereses reconocidos en la anterior instancia; y iv) imponer las costas de ambas instancias a cargo de la demandada sustancialmente vencida.

He concluido.

Disidencia parcial de la doctora *Díaz Cordero*:

Adhiero en lo sustancial a la solución propiciada en su voto por la doctora Ballerini, pero discrepo en el otorgamiento de una indemnización por daño punitivo en el caso concreto.

Respecto de este tema, entiendo que el concepto de daño punitivo, así como su origen y finalidad se encuentran descriptos con claridad en el voto de mi colega preopinante.

Como se ha señalado, la indemnización únicamente procede en supuestos de “particular gravedad” —cuando existe dolo directo o eventual, culpa grave o una negligencia “grosera” conformada por una con-

ducta completamente desaprensiva—, en tanto no resulta suficiente el mero incumplimiento de las obligaciones; de modo tal que la aplicación de esta multa civil es de carácter excepcional.

Entonces, la norma concede al Juez una potestad que el magistrado podrá o no utilizar según entienda que la conducta antijurídica demostrada presenta características de excepción; pues de lo contrario, si cualquier incumplimiento contractual pudiera dar lugar a la imposición de una multa civil de estas características, las contingencias de las empresas resultarían de imposible previsión y al multiplicarse su potencial alcance podría poner en riesgo el equilibrio económico de sus contrataciones, todo lo cual podría afectar a la comunidad entera cuando su objeto se refiere a servicios esenciales.

En el casus luce claro que existió un objetivo incumplimiento por parte de la demandada, pero no encuentro acreditado el mencionado dolo eventual. En ese sentido, la jurisprudencia del fuero ha señalado: "...se aprecia que en el presente caso no se encuentran configurados los recaudos de admisibilidad necesarios para otorgar la multa civil pretendida, pues no concurren los requisitos referenciados supra...En efecto: los incumplimientos de (la demandada) han existido y... se ha otorgado indemnización al actor por los diferentes rubros reclamados y comprobados, sin que se aprecie la gravedad y excepcionalidad de la inconducta a disuadir respecto de aquella..." (CNCom., Sala D, 03/03/2020, "Hernández Montilla, Jesús A. c. Garbarino SAIC E I. y otro s/ sumarisimo", La Ley Online, AR/JUR/11095/2020).

En el *sub lite*, la prueba colectada impide considerar que el obrar de la demandada, en los términos que calificó la doctrina especializada, pueda justificar la imposición de la multa referida.

En ese contexto no resulta razonable considerar que en el caso —y a partir de las pruebas producidas y la trama fáctica que se verificó— se encuentren reunidos los extremos mencionados precedentemente necesarios para la procedencia del rubro reclamado.

En cambio, entiendo que en el caso los daños producidos por la inadecuada conducta de la demandada deben ser reparados mediante la condena por el daño moral.

Así lo decidó.

La doctora *Tevez* dijo:

1. Convocada para integrar la Sala B del Tribunal de conformidad con lo dispuesto por la Presidencia de esta Cámara el 12 de noviembre del corriente año, debo expedirme para formar mayoría en relación al

cuestionamiento de la demandada contra la imposición de una multa por daño punitivo.

2. Comparto en lo sustancial la solución propiciada por la distinguida colega preopinante —Dra. Matilde E. Ballerini— en el voto que abrió este Acuerdo.

Considero necesario, empero, incorporar ciertas reflexiones que seguidamente expondré en punto a la procedencia en el caso de la multa civil.

2. No hay dudas de que se configuró, en el caso, una relación de consumo y que tal situación impone la aplicación de las disposiciones de la LDC para dirimir el conflicto.

Recuérdese que la relación de consumo alude al vínculo que se establece con quién en forma profesional, aun ocasionalmente, produzca, importe, distribuya o comercialice cosas o preste servicios a consumidores o usuarios (LDC, arts. 2 y 3).

El objeto de esa relación puede referirse a: (i) servicios, considerados como un hacer intangible que se agota con el quehacer inicial y desaparece e involucra una obligación de hacer y un derecho creditorio; y (ii) bienes, en tanto cosas elaboradas y con destino al uso final que son en realidad productos, cosas sin elaboración materiales e inmateriales, durables o no e inmuebles (conf. Lorenzetti, Ricardo Luis, "Consumidores", pp. 101 y 105, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003; esta Sala, "Lento, Erica V. y otro c. Banco de Servicios Financieros SA y otro s/ ordinario", del 20/11/2012; íd., "López, Dolores G. c. Telecom Personal SA s/ ordinario" del 19/11/2015).

Y la aplicación de LDC, en tanto normativa específica que protege los derechos de los consumidores y usuarios, no puede soslayarse, en función de lo previsto por su art. 65 (cfr. esta Sala, "Kirchner, Gustavo G. c. Hernández, Pablo D. s/ secuestro prendario", del 22/12/2009; "Molina, Cristina I. y otro c. BBVA Consolidar Compañía de Seguros SA s/ ordinario", del 18/10/2012).

Ahora bien.

Sabido es que el art. 52 bis de la LDC modificada por la ley 26.361 —BO: 07/04/2008—, incorporó a nuestro derecho positivo la figura del "daño punitivo". Dispone la norma textualmente: "Al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan. Cuando más de un proveedor sea responsable del incumplimiento responderán todos solidariamente ante el consumidor,

sin perjuicio de las acciones de regreso que les correspondan. La multa civil que se imponga no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el artículo 47, inciso b) de esta ley”.

Tal como precisé en otras oportunidades (v. mis votos en autos “Dubourg, Marcelo A. c. La Caja de Seguros SA s/ ordinario”, del 18/02/2014; “Santarelli, Héctor L. y otro c. Mapfre SA de Seguros s/ ordinario”, del 08/05/2014; “García, Guillermo E. c. Bankboston NA y otros s/ sumarísimo”, del 24/09/2015; y “Díaz, Víctor A. c. Fiat Auto SA de Ahorro para Fines Determinados y otros s/ ordinario”, del 20/10/2015), la reforma legislativa conllevó una modificación en la concepción de la responsabilidad civil de nuestro sistema codificado, que posee como presupuesto la idea de la reparación integral y plena del perjuicio causado (arg. CCiv. 1083). Los daños punitivos son, según Pizarro, “sumas de dinero que los tribunales mandan a pagar a la víctima de ciertos ilícitos, que se suman a las indemnizaciones por daños realmente experimentados por el damnificado, y están destinadas a punir graves inconductas del demandado y a prevenir hechos similares en el futuro” (Pizarro, Ramón, “Daños punitivos”, en Derecho de Daños, segunda parte, Libro homenaje al Prof. Félix Trigo Represas, La Rocca, 1993, p. 291/2).

En esa línea, todas o la mayoría de las definiciones de los daños punitivos incluyen los siguientes elementos: (i) suma de dinero otorgada a favor del damnificado por sobre el daño efectivamente sufrido; (ii) se lo aplica con la finalidad de castigar al incumplidor y para disuadir al sancionado de continuar con esa conducta o conductas similares; (iii) también son aplicados con la finalidad de prevención general, es decir, para disuadir a otros proveedores que practiquen conductas análogas a la sancionada.

Concordantemente, enseñan Gómez Leo y Aicega que “los daños punitivos —traducción literal del inglés ‘punitive damages’— son las sumas de dinero que los tribunales mandan a pagar a la víctima de ciertos ilícitos, que se suman a las indemnizaciones por daños realmente experimentados por el damnificado, que están destinados a punir hechos similares en el futuro” (Gómez Leo, Osvaldo R. y Aicega, María V., Las reformas a la Ley de Defensa del Consumidor, JA, 2008-III-1353 - SJA, 20/08/2008).

De acuerdo con la norma antes transcripta, en nuestro derecho la concesión de daños punitivos presupone: (i) el incumplimiento por parte del proveedor de sus obligaciones legales o contractuales; (ii) la petición del damnificado; (iii) la atribución del magistrado para decidir su otorgamiento; (iv) la concesión en beneficio del consumidor; y (v) el límite cuantitativo determinado por el art. 47 de la ley 24.240.

Sin perjuicio de destacar que el incumplimiento de una obligación legal o contractual es una condición necesaria pero no suficiente para imponer la condena punitiva —ya que, además—, debe mediar culpa grave o dolo del sancionado, la obtención de enriquecimientos indebidos derivados del ilícito o evidenciarse un grave menosprecio por los derechos individuales del consumidor o de incidencia colectiva; cfr. López Herrera, Edgardo, “Daños punitivos en el derecho argentino. Art. 52 bis”, Ley de Defensa del Consumidor, JA, 2008-II-1198; Pizarro - Stiglitz, Reformas a la ley de defensa del consumidor, LA LEY, 2009-B, 949, la norma aludida indica que a los fines de la sanción deberá tomarse en cuenta “la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso”.

De allí que para establecer no sólo la graduación de la sanción sino también su procedencia, resulta de aplicación analógica lo establecido por el artículo 49 de la ley (cfr. Tevez, Alejandra N. y Souto, María Virginia, “Algunas reflexiones sobre la naturaleza y las funciones del daño punitivo en la ley de defensa del consumidor”, RDCO 2013-B-668). Véase que, en efecto, no obstante aludir puntualmente a las sanciones administrativas, se fija un principio de valoración de la sanción prevista por la norma (López Herrera, Edgardo, “Daños punitivos en el derecho argentino. Art. 52 bis”, Ley de Defensa del Consumidor, JA, 2008-II-1198; Falco, Guillermo, “Cuantificación del daño punitivo”, LA LEY, 23/11/2011, 1).

Establece aquella disposición que: “En la aplicación y graduación de las sanciones previstas en el artículo 47 de la presente ley se tendrá en cuenta el perjuicio resultante de la infracción para el consumidor o usuario, la posición en el mercado del infractor, la cuantía del beneficio obtenido, el grado de intencionalidad, la gravedad de los riesgos o de los perjuicios sociales derivados de la infracción y su generalización, la reincidencia y las demás circunstancias relevantes del hecho”.

Resáltese que la conducta reprochada es la del fabricante o proveedor que realiza un cálculo previo, a sabiendas de que el producto o servicio ofrecido puede ocasionar un daño; y mediante el cual se asegura que, descontando las indemnizaciones, tendrá aún un beneficio que redundará en ganancia (López Herrera, Edgardo, ob. cit.).

Se trata, en definitiva, de supuestos en los que fabricantes o proveedores utilizan esa técnica —y este dato es muy importante— de modo permanente y como una forma de financiarse mediante sus consumidores (Colombres, Fernando M., “Daño punitivo. Presupuestos de procedencia y destino de la multa”, LA LEY, DJ 19/10/2011, 1). Ello así, a través de una conducta objetivamente descalificable desde el punto de vista social,

esto es, disvaliosa por indiferencia hacia el prójimo, desidia o abuso de una posición de privilegio (Zavala de González, Matilde, “Actuaciones por daños”, Buenos Aires, Hammurabi, 2004, p. 332).

Como señalara la Sala III de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Rosario, al sentenciar en la causa “Rueda, Daniela c. Claro Amx Argentina SA”, “Si bien es cierto que ha sido criticado el alcance amplio con el que ha sido legislada la multa civil, en cuanto alude a cualquier incumplimiento legal o contractual, existe consenso dominante en el derecho comparado en el sentido de que las indemnizaciones o daños punitivos solo proceden en supuestos de particular gravedad, calificados por el dolo o la culpa grave del sancionado o por la obtención de enriquecimientos indebidos derivados del ilícito o, en casos excepcionales por un abuso de posición de poder, particularmente cuando ella evidencia menosprecio grave por los derechos individuales o de incidencia colectiva”.

Mas, en rigor —y esto es decisivo, en el caso que se trata aquí—, el análisis no debe concluir sólo en el art. 52 bis.

Es que el art. 8 bis, como señalara la Dra. Ballerini, refiere al trato digno hacia el consumidor y a prácticas abusivas de los proveedores. La norma en su última parte dice: “Tales conductas, además de las sanciones previstas en la presente ley, podrán ser pasibles de la multa civil establecida en el art. 52 bis de la presente norma...” (Ferrer, Germán Luis, “La responsabilidad de administradores societarios y los daños punitivos”, Diario LA LEY del 24/10/2011).

La previsión legal del art. 8 bis LDC resulta plausible. Ello así, tanto desde el punto de vista de los consumidores que han sido víctimas de un daño, cuanto desde la perspectiva de los jueces que deben decidir si cabe responsabilizar al proveedor frente a supuestos no tipificados —como la demora excesiva o el maltrato en la atención al usuario, por citar algunos ejemplos—. Es que la lesión al interés del consumidor puede surgir, en los hechos, no sólo por el contenido de una cláusula contractual o por el modo en que ella sea aplicada, sino también de comportamientos no descriptos en el contrato, que constituyen una derivación de la imposición abusiva de ciertas prácticas reprobables.

Se trata, en definitiva, de garantizar una directriz de trato adecuado al consumidor, como modo de evitar la utilización de prácticas comerciales que restrinjan o nieguen sus derechos. El cartabón de conducta exigible al proveedor tiende a resguardar la moral y la salud psíquica y física del consumidor. Así porque la ausencia de un trato digno y equitativo agravia el honor de la persona. De allí que la norma

deba ser vista como una concreción del principio general de buena fe y como desarrollo de la exigencia del art. 42 CN. Así, el proveedor está obligado no solamente a ajustarse a un concreto y exacto contenido normativo, sino además está constreñido a observar cierta conducta en todas las etapas del iter negocial, incluso aún antes de la contratación. Y no podrá vulnerar, en los hechos, aquellos sensibles intereses (cfr. Tevez, Alejandra N. y Souto María Virginia, “Trato “indigno” y daño punitivo. Aplicación del art. 8 bis de la Ley de Defensa del Consumidor”, del 26/04/2016, LA LEY, 2016-C, 638).

Juzgo que es desde dicha perspectiva conceptual que corresponde evaluar en el caso la procedencia del daño punitivo.

De los antecedentes colectados en la causa, puede inferirse con suficiente grado de certidumbre, la configuración de este daño con arreglo al marco de aprehensión de los arts. 8 bis y 52 bis de la LDC. Ello así, aún juzgada la cuestión con el criterio restrictivo que debe primar en la materia.

Como ya fue señalado, este específico daño requiere la existencia de una manifiesta o grosera inconducta por parte del proveedor en el trato comercial con el consumidor. Claro que es tarea del juzgador discernir con prudencia en qué circunstancias de modo, tiempo y lugar se verifica tal conducta antifuncional en la relación de consumo (cfr. mis votos en esta Sala F, en autos “Rodríguez, Silvana A. c. Compañía Financiera Argentina SA s/ sumarisimo”, del 10/05/2012 y “Rojas Sáez, Naxon F. c. Banco Comafi SA s/ ordinario”, del 19/08/2014).

En el caso, resulta claro que frente a la solicitud de baja del servicio efectuada por el accionante, la proveedora adoptó una conducta por demás cuestionable y reñida con la buena fe con la que debe desarrollarse la relación de consumo.

Véase, en efecto, que Telecentro SA no solo desatendió el pedido de interrupción del servicio cursado el 07/06/2015 sino que mantuvo su conducta omisiva frente a los sucesivos y reiterados reclamos los días: 07/07/2015; 10/07/2015; 01/08/2016; 19/08/2016; 24/08/2016; 29/08/2016; 01/09/2016; 30/09/2016; 07/08/2017; 02/09/2017 y 20/09/2017.

Añádase a lo anterior que, lejos de procesar y realizar la baja, ofrecía mayores servicios, haciendo de esta manera oídos sordos a las súplicas del accionante, habiendo facturado y percibido injustificadamente a través del débito en tarjeta de crédito por tales períodos un total de \$20.647.

La actitud desaprensiva de la demandada colocó a la accionante en un derrotero de múltiples y agotadores

reclamos administrativos ante la propia prestadora del servicio, y la llevó incluso a promover la acción judicial; todo lo cual vino a dilatar de modo injustificado el reconocimiento de sus derechos.

En esta directriz se tiene dicho que constituye un hecho grave susceptible de “multa civil” por trasgresión de la LDC 8 bis que exige un trato digno al consumidor, el colocarlo en un derrotero de reclamos, en el que se haga caso omiso a la petición (Guillermo E., Falco, “Cuantificación del daño punitivo”, LA LEY, 23/11/2011, y fallo allí cit.).

De allí que la conducta de la demandada observada en esta causa justifica a mi modo de ver la imposición de la aludida sanción ejemplificadora.

Finalmente, cabe decir que a los efectos de determinar el “quantum” de la multa no puede perderse de vista la función de este instituto: sancionatoria y disuasoria. Entonces, no corresponde evaluar el daño punitivo como una compensación extra hacia el consumidor afectado o como una especie de daño moral agravado. Antes bien, debe ponderarse muy especialmente la conducta del proveedor, su particular situación, la malignidad de su comportamiento, el impacto social que la conducta sancionada tenga o pueda tener, el riesgo o amenaza para otros potenciales consumidores, el grado de inmoralidad de la conducta reprochada y el de desprecio por los derechos del consumidor afectado, como antes se señaló.

Bajo tales parámetros, y ponderando asimismo el límite cuantitativo que determina la LDC 52 bis y la prudente discrecionalidad que ha de orientar la labor judicial en estos casos (Cpr: 165), estimo adecuado el monto postulado por la distinguida vocal preopinante.

3. Por todo lo expuesto adhiero, como señalé, a la solución propiciada en el voto que abrió este acuerdo.

Así voto.

Por los fundamentos del acuerdo que precede, se resuelve: i) Rechazar el recurso de Telecentro SA de fs. 248; ii) admitir parcialmente la apelación interpuesta por el Sr. Elli a fs. 246; iii) en consecuencia, confirmar en lo principal que decide la sentencia dictada a fs. 235/243, modificándola exclusivamente en cuanto al importe de condena, el cual se eleva a ciento cincuenta y un mil seis pesos (\$151.006) con más los intereses reconocidos en la anterior instancia; y iv) imponer las costas de ambas instancias a cargo de la demandada sustancialmente vencida. Regístrese y notifíquese por Secretaría, en su caso, conforme Acordadas N° 31/11 y 38/13 CSJN y devuélvase. Oportunamente, cúmplase con la publicación a la Dirección de Comunicación Pública de la CSJN, según lo dispuesto en el art. 4 de la Acordada N° 15/13 CSJN. — *Matilde E. Ballerini*. — *María L. Gómez Alonso De Díaz Cordero* (en disidencia parcial). — *Alejandra N. Tévez*.

SOCIEDADES

Julio César Rivera • Graciela Medina
Directores



2021



1 Tomo
Disponible en
papel y eBook.

Esta obra se suma a la colección de **“Derecho Civil y Comercial”**. En esta oportunidad, y bajo la dirección de Julio Rivera y Graciela Medina, los doctores Iván Di Chiazza y José Ignacio Pastore presentan Sociedades.

La publicación se lleva adelante con el mismo tratamiento y profundidad que el resto de los tomos de la colección, en el que los autores abordan el tema de forma clara y práctica y la convierten en una obra de consulta para jueces, abogados y estudiantes.

Se abordan **todos los temas que integran sociedades**, las regulaciones generales y las sociedades en particular, partiendo en todos los casos de los artículos de la Ley General de Sociedades y el Código Civil y Comercial, analizando cada uno de los artículos de la ley.

Adquirí la obra llamando al
0810-266-4444 o ingresando en
www.tienda.thomsonreuters.com.ar



Seguí nuestra página
de  **LinkedIn** con contenido
específico para abogados.

ThomsonReutersLaLey 
@TRLaLey 
ThomsonReutersLatam 
ThomsonReutersLatam 

EL CONTRATO DE FIANZA

Límites de la responsabilidad del fiador



2021

2.^a edición actualizada y ampliada

Alejandro Borda



1 Tomo
Disponible en
papel y eBook.

El autor tiene en cuenta la **legislación, jurisprudencia y doctrina** que acompañan los cambios más significativos del tema. Afirma que el contrato de fianza debe ser interpretado de manera estricta: el fiador no garantiza más de lo que dijo garantizar y su obligación no puede extenderse más allá de los límites en que él ha querido obligarse.

Las garantías personales gozan de buena salud y la fianza tiene un lugar preponderante entre ellas. Su importancia radica en que evita una disminución inmediata del patrimonio del deudor, genera calma en el acreedor, es sencilla de constituir —y con bajo costo—, tiene gran adaptabilidad al crédito y no inmoviliza bienes del deudor, lo cual permite que no disminuya su propia capacidad de endeudamiento.

Adquirí la obra llamando al
0810-266-4444 o ingresando en
www.tienda.thomsonreuters.com.ar



Seguí nuestra página
de **LinkedIn** con contenido
específico para abogados.

ThomsonReutersLaLey
@TRLaLey
ThomsonReutersLatam
ThomsonReutersLatam

MANUAL DE PAGARÉ CAMBIARIO

Oswaldo R. Gómez Leo



2021



1 Tomo
Disponible en
papel y eBook.

Presentamos una obra que contiene las ideas y los elementos esenciales para el estudio y el ejercicio profesional del pagaré cambiario. El libro resume lo esencial de la materia cambiaria, con el objetivo de que sea de gran utilidad para aprender y ejercer la profesión de abogado. Se brinda al lector un manual sobre la materia que abarca los antecedentes históricos y legislativos específicos, con especial referencia a las normas consagradas en el nuevo Código Civil y Comercial.

Se lo aborda desde un punto de vista histórico y genérico y se persiste en reivindicar la primacía en el tiempo del pagaré sobre la letra de cambio; se describen las causales de su declinación hasta su casi desaparición, considerando los antecedentes y las referencias actuales de los ordenamientos cambiarios español, francés y alemán. Se ha tenido en cuenta la doctrina nacional y el derecho comparado de excelencia, así como también la jurisprudencia dictada sobre la materia en las cuestiones básicas del derecho cambiario, que ha sido enriquecida mediante la exposición temática y sistemática de los fallos reseñados.

Adquirí la obra llamando al
0810-266-4444 o ingresando en
www.tienda.thomsonreuters.com.ar



Seguí nuestra página
de **LinkedIn** con contenido
específico para abogados.

ThomsonReutersLaLey
@TRLaLey
ThomsonReutersLatam
ThomsonReutersLatam

