

RD CO

REVISTA DE DERECHO COMERCIAL Y DE LAS OBLIGACIONES

Fundada por ISAAC HALPERIN en 1968

Julio - Agosto 2021 | 309

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 1ra. quincena de julio de 2021, en los talleres gráficos de La Ley S.A.E. e I.,
Bernardino Rivadavia 130, Avellaneda - Provincia de Buenos Aires, República Argentina

RD CO

REVISTA DE DERECHO COMERCIAL Y DE LAS OBLIGACIONES

Fundada por ISAAC HALPERIN en 1968

DIRECTORES:

HÉCTOR ALEGRIA

RAÚL A. ETCHEVERRY

Julio - Agosto 2021 | 309

ÁREA DE DERECHO COMERCIAL:

Rafael M. Manóvil

Oswaldo 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 Wierzb
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

A propósito del proyecto para regular el ecosistema cripto en Argentina <i>María Victoria Funes - Cristian Mario Fera - Emir Faita</i>	3
Criptomonedas: tratamiento en la ley argentina. Una primera aproximación <i>María Mercedes Brandone - Florencia Rosas</i>	21
La ignorancia de la tecnología no sirve de excusa: <i>blockchain</i> y <i>smart contracts</i> desde una óptica jurídica <i>Emma Goyenola Ripoll</i>	25
Aporte de fondos de <i>venture capital</i> en <i>start-ups</i> en la Argentina y los Estados Unidos (SAFE KISS) <i>Nicolás Malumión</i>	39
Las prácticas comerciales agresivas <i>José Ignacio Ondarcuhu</i>	51

CONTRATOS

DOCTRINA

La producción de seguros y el <i>Insurtech</i> <i>Carlos A. Schiavo</i>	63
Inteligencia artificial y seguros: aplicaciones en la actividad aseguradora. Ventajas y desafíos <i>Martín Zapiola Guerrico</i>	73
Inteligencia artificial y seguros: aplicaciones en la actividad aseguradora. El contrato de seguro digital <i>Carlos A. Estebenet</i>	93

SOCIEDADES

DOCTRINA

Uruguay: seguridad jurídica en materia societaria en contexto de pandemia <i>Flavia Mazzucco</i>	111
Planificación de la sucesión en las empresas familiares: el pacto de herencia futura como herramienta para prevenir y solucionar conflictos <i>Facundo J. San Lorenzo</i>	115

COMENTARIOS JURISPRUDENCIALES

DERECHO DE RECESO Reembolso de acciones. Determinación del valor. Facultad del accionista que recede para impugnar los estados contables. Equidad.	133
DERECHO DE RECESO Reembolso de acciones. Determinación del valor.	143
El derecho de receso: su actualidad <i>Luis Alberto Miguel - Jaime Roig</i>	145

CONCURSOS Y QUIEBRAS

DOCTRINA

La responsabilidad de los administradores en los concursos preventivos <i>Alexis Matías Marega</i>	163
Dinámica cooperativa, colaborativa y composicional del proceso concursal <i>Jorge A. Rojas - Raúl Calvo Soler</i>	175

COMENTARIOS JURISPRUDENCIALES

CONCURSO PREVENTIVO Empresa gastronómica. Rechazo de la homologación. Propuesta que aparece abusiva y fraudulenta. Espera de un año exigida a los trabajadores. Plazo de diez días para mejorar la propuesta o brindar explicaciones. Consideración de las dificultades económicas derivadas de la pandemia.	187
El control sustancial del acuerdo preventivo frente a la pandemia y los sujetos vulnerables <i>Juan Andrés Gasparini</i>	190

JURISPRUDENCIA

CONVERSIÓN DE LA QUIEBRA EN CONCURSO PREVENTIVO Improcedencia respecto de fallidos por extensión.	197
--	-----

PEDIDO DE QUIEBRA	
Citación del deudor. Notificación bajo responsabilidad. Procedencia.	198

DERECHO DE LOS CONSUMIDORES

JURISPRUDENCIA

BENEFICIO DE JUSTICIA GRATUITA	
Consumidor. Personas jurídicas. Servicio de seguridad privada tendientes al aseguramiento de la actividad comercial. Rechazo.	205

CIBERDELITOS	
Medida cautelar destinada a ordenar a un banco que se abstenga de efectuar descuentos en la cuenta bancaria del actor. Préstamo que habría sido obtenido por terceros mediante la obtención de las claves de acceso. Consumidor hipervulnerable. Mayor exposición de los adultos mayores a los riesgos cibernéticos. Procedencia.	207

RESPONSABILIDADDE LAS ADMINISTRADORASDE PLANES DE AHORRO	
Destrucción del vehículo. Falta de información sobre las modalidades del seguro. Falta de actualización de la suma asegurada. Daño punitivo. Desprecio por el consumidor ahorrista.	212

PHISHING	
Contratos bancarios. Relación de consumo. Vulneración de la seguridad. Responsabilidad de la entidad bancaria. Restitución de los fondos transferidos. Daño moral.	218

PHISHING	
Préstamo obtenido mediante una estafa. Medida cautelar. Suspensión de débitos. Protección del consumidor. Verosimilitud del derecho. Peligro en la demora. Procedencia.	241

DEFENSA DEL CONSUMIDOR	
Compraventa por internet. Error en la entrega. Reintegro de la suma abonada. Daño moral. Daño punitivo. Trato indigno. Disidencia parcial.	246

DOCTRINA

A propósito del proyecto para regular el ecosistema cripto en Argentina

María Victoria Funes

Cristian Mario Fera

Emir Faita

Sumario: I. El estado regulatorio actual en la Argentina.— II. Nuestro análisis sobre el Proyecto.— III. Conclusiones.

I. El estado regulatorio actual en la Argentina

Los *criptoactivos* (1) no se encuentran regulados por un único plexo normativo en la Argentina, sino que se encuentran receptados de manera dispersa por varias normas de distintos organismos, tales como la Unidad de Información Financiera (“UIF”), el Banco Central de la República Argentina (el “BCRA”) y la Administración Federal de Ingresos Públicos (“AFIP”).

En materia de prevención de lavado de activos y financiación del terrorismo, la res. UIF 300/2014 (2) constituye el único cuerpo normativo que provee una definición de *monedas virtuales* (3), una especie de *criptoactivo*, cali-

ficándolas como “la representación digital de valor que puede ser objeto de comercio digital y cuyas funciones son la de constituir un medio de intercambio, y/o una unidad de cuenta, y/o una reserva de valor, pero que no tienen curso legal, ni se emiten, ni se encuentran garantizadas por ningún país o jurisdicción”. En la órbita obligacional, establece que ciertos sujetos obligados en materia de lavado de activos (4) debe-

dicha, ya que son creadas por personas distintas de un Estado, argentino o extranjero. Tampoco tienen curso forzoso en el país y, por lo tanto, nadie está obligado a recibir criptomonedas si no se comprometió a ello expresamente a través de un contrato. Sin embargo, cabe destacar que en la Argentina es lícito que el acreedor acepte criptomonedas en reemplazo de lo que le fue prometido en pago. Ahora bien, descartada la naturaleza jurídica de “moneda”, surge la discusión sobre si las criptomonedas pueden ser consideradas como “cosas” en los términos del art. 16 del Cód. Civ. y Com. de la Nación, aunque la subsunción en dicho concepto no encajaría en razón del carácter intangible o inmaterial de las criptomonedas, o bien si constituyen “derechos”. Respecto a los *tokens* de valores (*security tokens*), si bien no existe un amplio desarrollo doctrinario, existe consenso en calificarlos como tales cuando se encuentran alcanzados por la regulación de valores negociables de la jurisdicción aplicable.

(4) Aquellos enumerados en los incs. 1º, 2º, 3º, 4º, 5º, 7º, 8º, 9º, 11, 12, 13, 18, 19, 20, 21, 22 y 23 del art. 20 de la ley 25.246 (y sus modificatorias y complementarias), a saber: (i) las entidades financieras y las administradoras de fondos de jubilaciones y pensiones; (ii) las entidades sujetas al régimen de la ley 18.924 y modificatorias y las personas físicas o jurídicas autorizadas por el Banco Central para operar en la compraventa de divisas bajo forma de dinero

(1) Hay un consenso significativo en definir a los *criptoactivos* como representaciones digitales de valor estructuradas a partir de criptografía, que usan algún tipo de tecnología de registro distribuido (*distributed ledger technology*, o DLT) y pueden ser transferidas, almacenadas o negociadas electrónicamente. Para mayor información, ver https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/752070/cryptoassets_taskforce_final_report_final_web.pdf.

(2) De fecha 04/07/2014.

(3) La falta de una calificación expresa de las criptomonedas (*payment tokens* o “monedas virtuales”) respecto a su naturaleza jurídica ha generado discusiones en torno a ella. Es relevante la doctrina que entiende que no pueden ser consideradas una “moneda” propiamente

rán prestar especial atención al riesgo que implican las operaciones efectuadas con monedas virtuales y que deberán establecer un régimen de seguimiento reforzado respecto de dichos clientes a fin de evaluar que se ajusten al perfil asignado (5). Asimismo, los sujetos obligados

o de cheques extendidos en divisas o mediante el uso de tarjetas de crédito o pago, o en la transmisión de fondos dentro y fuera del territorio nacional; (iii) las personas físicas o jurídicas que como actividad habitual exploten juegos de azar; (iv) personas humanas y/o jurídicas registradas ante la Comisión Nacional de Valores para actuar como intermediarios en mercados autorizados por la citada Comisión y aquellos que actúen en la colocación de fondos comunes de inversión o de otros productos de inversión colectiva autorizados por dicho organismo; (v) personas jurídicas autorizadas por la Comisión Nacional de Valores para actuar en el marco de sistemas de financiamiento colectivo a través del uso de portales web u otros medios análogos y demás personas jurídicas registradas en el citado organismo a cargo de la apertura del legajo e identificación del perfil del cliente para invertir en el ámbito del mercado de capitales; (vi) las personas físicas o jurídicas dedicadas a la compraventa de obras de arte, antigüedades u otros bienes suntuarios, inversión filatélica o numismática, o a la exportación, importación, elaboración o industrialización de joyas o bienes con metales o piedras preciosas; (vii) las empresas aseguradoras; (viii) las empresas emisoras de cheques de viajero u operadoras de tarjetas de crédito o de compra; (ix) las empresas prestatarias o concesionarias de servicios postales que realicen operaciones de giros de divisas o de traslado de distintos tipos de moneda o billete; (x) los escribanos públicos; (xi) las entidades comprendidas en el art. 9º de la ley 22.315; (xii) todas las personas jurídicas que reciben donaciones o aportes de terceros; (xiii) los agentes o corredores inmobiliarios matriculados y las sociedades de cualquier tipo que tengan por objeto el corretaje inmobiliario, integradas y/o administradas exclusivamente por agentes o corredores inmobiliarios matriculados; (xiv) las asociaciones mutuales y cooperativas reguladas por las leyes 20.321 y 20.337, respectivamente; (xv) las personas humanas o jurídicas cuya actividad habitual sea la compraventa de automóviles, camiones, motos, ómnibus y microómnibus, tractores, maquinaria agrícola y vial, naves, yates y similares, aeronaves y aerodinos; (xvi) las personas humanas o jurídicas que actúen como fiduciarios, en cualquier tipo de fideicomiso, y las personas humanas o jurídicas titulares de o vinculadas, directa o indirectamente, con cuentas de fideicomisos, fiduciarios y fiduciarios en virtud de contratos de fideicomiso; (xvii) las personas jurídicas que cumplen funciones de organización y regulación de los deportes profesionales.

(5) Estas medidas se vinculan con la debida diligencia de clientes de “alto riesgo”, que incluye no solo identificar al cliente, sino obtener documentación respaldatoria que acredite el origen de los fondos de las operaciones subyacentes.

deberán reportar mensualmente a la UIF todas las operaciones efectuadas con monedas virtuales. A la fecha, las entidades dedicadas a la venta e intercambio de criptoactivos (*exchanges*) no son calificadas como sujetos obligados conforme a la normativa vigente (6).

Por otra parte, el BCRA en 2014, a través de un comunicado de prensa (7), estableció expresamente que las monedas virtuales no tienen curso legal en nuestro país. En materia cambiaria, a través de la com. “A” 6823 (8), el BCRA limitó la adquisición de criptoactivos en moneda extranjera a través de tarjetas de crédito, débito o prepagas emitidas en el país. Asimismo, a través de la com. “A” 7042, consideró a los criptoactivos como “activos externos líquidos” y, por lo tanto, su tenencia por encima de ciertos montos, una limitación para el acceso al mercado de cambios (9).

El BCRA no se ha expedido respecto a si la compra y venta de criptoactivos, cuando implica un medio para hacerse de moneda extranjera en el país o en el exterior (a través de la compra con liquidación en pesos y la venta en moneda extranjera) o una alternativa para obtener un tipo de cambio más favorable en la venta de moneda extranjera por pesos (a través de la compra en moneda extranjera y la venta por pesos), podría ser considerada una operación de cambio y estar, por lo tanto, sujeta al Régimen Penal Cambiario (10).

En este sentido, a nuestro entender, son aplicables *mutatis mutandis* las mismas consideraciones relativas a las operaciones de compra y venta de valores negociables y, por lo tanto, los criterios jurisprudenciales en esta materia (11)

(6) Conf. art. 20 de la ley 25.246.

(7) Comunicado disponible en <https://www.infotechnology.com/internet/El-Banco-Central-argentino-considera-riesgoso-operar-con-bitcoins-20140528-0003.html>.

(8) De fecha 31/10/2019.

(9) Conf. com. “A” 7030 del BCRA (y sus modificatorias y complementarias), el acceso al mercado de cambios para realizar prácticamente todo tipo de pago requiere, entre otros requisitos, no tener “activos externos líquidos disponibles” por un monto equivalente a US\$ 100.000.

(10) Ley 19.350 y sus modificatorias y reglamentarias.

(11) CS, 23/10/1994, “Esterlina SA y otro”, LA LEY 1995-D, 507; JN Penal Econ. N° 5, Secretaría N° 10, 11/08/2004,

que ponen el foco no en el objetivo o realidad económica de la transacción, sino en el tipo de activos que se intercambian. En efecto, nuestra jurisprudencia ha considerado que no son operaciones de cambio en sentido estricto (es decir, intercambio o permuta de moneda o divisa extranjera por moneda nacional), pues en materia penal rige el principio de legalidad y, como consecuencia de ello, la prohibición de interpretaciones analógicas o extensivas de la ley.

Por otra parte, no nos resulta claro si la normativa del BCRA aplicable a los proveedores de servicios de pago (12) ("PSP") se aplica también a los proveedores de servicios de compra o intercambio (*exchanges*) de criptoactivos. En efecto, se define a los PSP como las personas jurídicas que, sin ser entidades financieras, cumplan al menos una función dentro de un esquema de pago minorista, en el marco global del sistema de pagos, tal como ofrecer cuentas de pago (es decir, cuentas de libre disponibilidad ofrecidas por un PSP a sus clientes para ordenar y/o recibir pagos). Sin embargo, si los PSP son aquellos que ofrecen cuentas de pago, la norma no aclara si comprende a los pagos en dinero o si también incluye otros activos, como los criptoactivos (13). Estimamos que sería conveniente una

aclaración en este aspecto.

En materia impositiva, se dispuso la creación de un régimen informativo a fin de que los sujetos que administran, gestionan, controlan o procesan movimientos de activos a través de plataformas de gestión electrónicas o digitales informen el saldo mensual de las cuentas de sus usuarios en pesos argentinos, en moneda extranjera y/o en moneda digital o criptomonedas (14). Asimismo, la Ley de Impuesto a las Ganancias (15) establece que los resultados derivados de la enajenación de criptoactivos se encuentran sujetos al pago del tributo (16).

La Comisión Nacional de Valores ("CNV") se ha expedido respecto a los criptoactivos en un informe en el que estableció que las ofertas iniciales de monedas virtuales o *tokens* [denominadas "ICO" (17)] podrían ser consideradas, según el caso, como de valores negociables, y, por lo tanto, estar sujetas al régimen de oferta públi-

en todo momento, con carácter inmediato ante su requerimiento por parte del cliente, por un monto al menos equivalente al que fue acreditado en la cuenta de pago. Asimismo, el 100% de los fondos de los clientes deberá encontrarse depositado, en todo momento, en cuentas a la vista en pesos en entidades financieras del país. Ante solicitud expresa del cliente, los saldos acreditados en cuentas de pago podrán ser transferidos para su aplicación a la realización de operaciones con "fondos comunes de dinero" en el país, debiéndose debitar la cuenta de pago. En este caso, se requerirá que los saldos invertidos sean informados de manera separada del resto. Para la realización de operaciones por cuenta propia (pago de proveedores, pago de sueldos, etc.), los PSP deberán utilizar una cuenta a la vista "operativa" (de libre disponibilidad) distinta a la cuenta donde se encuentren depositados los fondos de los clientes. Esto, para reducir el riesgo de insolvencia y aislar los fondos de los usuarios de los activos propios a fin de que los primeros no puedan ser embargados por los acreedores del PSP.

(14) Res. gral. AFIP 4614.

(15) Ley 27.430 y sus modificatorias y complementarias.

(16) Conf. inc. 4º del art. 2º de la ley 27.430 de Impuesto a las Ganancias.

(17) La CNV las definió como "la forma digital de recaudar fondos del público a través de la oferta inicial de monedas virtuales o *tokens*, implementada sobre una cadena de bloques o *blockchain*".

"Banco Privado de Inversiones SA y otros s/ infracción ley 19.539"; JNPenal Econ. N° 2, Secretaría N° 4, 25/04/2005, "Bank of América s/ inf. ley 19.359"; y JNPenal Econ. N° 8, Secretaría N° 16, 16/05/2012, "BBVA Banco Francés SA y otros s/ infracción ley 24.144". Este último fue anulado por la CNPenal Econ., sala B, 21/12/2012, por mayoría, por considerar que la sentencia carecía de fundamentos (el tercer juez votó por la revocación de la sentencia en el entendimiento de que las transacciones no importaban una violación del Régimen Penal Cambiario). El 16/05/2014, el JNPenal Econ. N° 3 emitió una nueva sentencia, absolutoria, por considerar que las transacciones no importaban una violación del Régimen Penal Cambiario. Dicha sentencia fue confirmada por un fallo unánime de la sala B de la CNPenal Econ., 14/03/2015. La Corte Suprema de Justicia de la Nación declaró inadmisibles el recurso presentado contra dicha sentencia de Cámara, la cual quedó firme.

(12) Com. "A" 6859 y sus modificatorias y complementarias.

(13) Como principal obligación, los PSP deben inscribirse en el "Registro de Proveedores de Servicios de Pago que ofrecen cuentas de pago" a cargo de la Superintendencia de Entidades Financieras y Cambiarias. En particular, y para mitigar el riesgo de liquidez, se establece que los fondos de los clientes acreditados en cuentas de pago ofrecidas por PSP deberán encontrarse disponibles

ca establecido por la CNV (18), lo que implica que el emisor deba cumplir con determinados requisitos informativos y financieros, reflejado en mayores costos. Es decir, la CNV adoptó un criterio casuístico que deja abierta la puerta para su intervención como autoridad de aplicación si las circunstancias así lo exigieren (19).

En conclusión, la tendencia hasta la fecha en nuestro país ha sido regular a los criptoactivos en la medida estrictamente necesaria, sin proveer un ámbito regulatorio específico que estimule o restrinja su desarrollo. Ante la falta de normativa expresa que prohíba la realización de operaciones con criptoactivos, se colige que se encuentra permitido actualmente mantener, transar o actuar como intermediario de estos instrumentos. Sin embargo, tratándose de ofertas iniciales de criptoactivos, tanto en la forma de *utility* como de *securities tokens*, la CNV ya ha adelantado que podrían calificar como valores negociables y, por lo tanto, estar sujetos a su regulación.

II. Nuestro análisis sobre el Proyecto

El 11 de noviembre de 2020, la diputada nacional por el Frente de Todos María Liliana Schwindt presentó ante la Cámara de Diputados un Proyecto de Ley a fin de establecer un marco regulatorio integral aplicable a las transacciones con criptoactivos (el “Proyecto”).

Los términos del Proyecto son sustancialmente similares al proyecto aprobado bajo la mecánica de “cambio de roles” organizado en la Cámara de Diputados con estudiantes de cinco universidades nacionales. El Proyecto actualmente se encuentra bajo análisis por parte de las Comisiones de Finanzas, Legislación General y Presupuesto, y Hacienda, y perderá su estado parlamentario si no es aprobado durante el año en curso por cualquiera de las dos Cámaras.

(18) Informe de la CNV sobre “Advertencias sobre los riesgos asociados a la oferta inicial de monedas virtuales o *tokens* (ICOs)”, del 04/12/2017, disponible en <https://www.iosco.org/library/ico-statements/Argentina%20-%20CNV%20-%20Oferta%20Inicial%20de%20Monedas%20 Virtuales%20o%20Tokens.pdf>.

(19) FERNÁNDEZ Madero, Nicolás — RECONDO, María — MINERVA, Diego N. — KRÜGER, Cristian, “Oferta pública de activos digitales”, LA LEY del 15/07/2019.

Adelantamos que, lamentablemente, el Proyecto contiene una técnica legislativa defectuosa (20) y comete varios errores propios del desconocimiento no solo de la materia que se intenta regular, sino también de aspectos de fondo de la legislación argentina, incluyendo la órbita de competencias de los organismos regulatorios involucrados.

Destacamos que no nos detendremos en todo el articulado del Proyecto, sino que pondremos de relieve algunos aspectos que nos parece relevante analizar o destacar.

II.1. Ámbito de aplicación

El Proyecto intenta presentar un marco regulatorio integral aplicable a los criptoactivos. En este sentido, los define como “la representación digital de valor en tanto activo financiero encriptado, definido por un protocolo computacional que puede ser objeto de comercio digital y cuyas funciones son las de constituir un medio de intercambio y/o pago, y/o una unidad de cuenta, y/o una reserva de valor, y/o herramienta de inversión financiera, y/o medio de financiación, que no posee curso legal y es de carácter descentralizado, estando su valor sujeto a la variación de precios dependiendo de la oferta y demanda en los mercados”.

Consideramos acertada la referencia a constituir “una representación digital de valor”, pero no vemos atinada la referencia a constituir un activo financiero, dado que no todo criptoactivo califica como un activo financiero (21).

Por otra parte, si bien no hay una definición unívoca para los criptoactivos, en general hay

(20) Por ejemplo, se definen conceptos que luego no son utilizados en el texto del Proyecto, v.gr., *fork* o “bifurcación”, *softfork*, *hardfork* y “granja de criptoactivos”. Asimismo, se definen conceptos como las *exchanges* y luego se utilizan en su lugar otros términos para referirlas, como ser operadores de criptoactivos o prestador de servicio de intercambio.

(21) Son aquellos títulos valores —emitidos por entidades públicas o privadas— con la finalidad de obtener financiamiento del público para la realización de sus actividades (p. ej., las acciones, títulos valores de renta fija, etc.). Ver el *Diccionario Financiero del BCRA*, disponible en http://www.bcra.gob.ar/BCRAyVos/diccionario_financiero_tabla.asp.

consenso en considerarlos como un término inclusivo (género) de los *tokens* de pago (o *payment tokens*), de uso (o *utility tokens*) o de valores (*securities tokens*). Por un lado, los *tokens* de pago (p. ej., las criptomonedas) se definen como unidades de valor que se utilizan como medio de pago o como medio de transferencia de dinero o valor. Por otro lado, los *tokens* de utilidad son aquellos que brindan acceso digital a una aplicación o servicio mediante una infraestructura basada en *blockchain*. Por último, los *tokens* de valores (también definidos como *tokens* de activos por la FINMA) representan activos, como por ejemplo participaciones en sociedades o proyectos, o deuda de cierto emisor (22).

En particular, el Reporte Final preparado en el Reino Unido por la *Cryptoassets Taskforce* (23) define a los criptoactivos como “una representación digital de valor o un derecho contractual asegurado criptográficamente a través de algún tipo de tecnología de contabilidad distribuida y que puede ser transferida, almacenada o intercambiada electrónicamente”.

Como ya fuera mencionado, nuestro ordenamiento jurídico definió a las “criptomonedas” o “monedas virtuales” en la res. UIF 300/2014, concepto que encontramos atinado.

Por otra parte, el Proyecto menciona que el marco regulatorio será aplicable a cualquier transacción u operación civil y comercial con criptoactivos. Aquí hay otra confusión del Proyecto, ya que, al estar inspirado en otro proyecto de ley presentado en Colombia en 2018, no reparó en que en nuestra legislación el derecho civil y el comercial se encuentran unificados en un único cuerpo normativo y, por lo tanto, se eliminó la categoría de actos de comercio, por lo que dicha distinción no resultaría aplicable bajo nuestro ordenamiento.

(22) Ver FINMA, “Guidelines for enquiries regarding the regulatory framework for initial coin offerings (FINMA ICO Guidelines)”, del 16/02/2018, recuperado de <http://perma.cc/PV9L-5AEK>.

(23) “Cryptoassets Taskforce: final report”, octubre de 2018, recuperado de https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/752070/cryptoassets_taskforce_final_report_final_web.pdf.

El Proyecto menciona que también quedaría comprendido dentro del ámbito de aplicación el “ecosistema *fintech*” (24), sin definir dicho concepto ni reparar en el hecho de que parte de las actividades que lo comprenden ya se encuentran reguladas en nuestro país. En efecto, el *equity-based crowdfunding* (25) fue regulado en 2017 a través de la Ley de Apoyo al Capital Emprendedor (26), por la CNV (27) y por la UIF en su ámbito de competencia (28). También los PSP se encuentran regulados por el BCRA conforme fuera mencionado en el acáp. I precedente.

El Proyecto también peca de ser demasiado impreciso y vago. En primer lugar, especifica que se aplicará a todas las transacciones de criptoactivos llevadas a cabo entre personas humanas y jurídicas, privadas o públicas, sean residentes en el país o en el exterior. Si el objetivo de la norma fuera regular las operaciones realizadas en el exterior, ni la CNV ni la UIF tendrían jurisdicción para ello; solo la tendrían respecto de las operaciones concertadas en el país.

En segundo lugar, el Proyecto pretende capturar en su ámbito de aplicación a “todos los que participan en procesos de tecnología *blockchain*, y los sujetos considerados por la presente ley

(24) El término *fintech* se refiere a las innovaciones tecnológicas en servicios financieros que podrían dar lugar a nuevos modelos de negocios, aplicaciones, procesos o productos con un efecto asociado en los mercados financieros, en las instituciones financieras y en la provisión de servicios financieros. Ver <https://www.fsb.org/work-of-the-fsb/policy-development/additional-policy-areas/monitoring-of-fintech/>.

(25) El llamado *equity-based crowdfunding* supone la solicitud de fondos por parte de los emprendedores, mediante la publicación de su proyecto empresarial en la página web de la plataforma y, a cambio de su aporte dinerario, los inversores reciben una participación en el capital del vehículo del emprendedor.

(26) Ley 27.349 y sus modificatorias y complementarias.

(27) A través de la res. gral. 717-E/2017.

(28) Mediante la ley 27.440 de Financiamiento Productivo se modificaron los incs. 4º y 5º del art. 20 de la ley 25.246 de Prevención del Lavado de Activos y Financiación del Terrorismo y se incluyó como “sujeto obligado” a las plataformas de financiamiento productivo. Asimismo, la UIF, órgano de aplicación del régimen de lavado de activos y financiación del terrorismo, emitió la res. 21/2018, aplicable, entre otros sujetos, a dichas plataformas.

como entes operadores, dentro del territorio nacional”. Su redacción no es nada clara, y en esa vaguedad podrían quedar capturadas las personas que realizan actividades de minería, las casas de cambio o *exchanges*, aquellos que prestan servicios de custodia, las billeteras o *wallets*, los que poseen criptoactivos o realizan actividades de *trading* con criptomonedas, las empresas que reciben pagos con criptoactivos, entre otros.

II.2. Autoridad de aplicación en materia de criptoactivos

II.2.a. El Proyecto

El Proyecto considera a la CNV como autoridad de aplicación “con actividades supletorias de la UIF en el marco de lo dispuesto en la ley 25.246”, sin distinguir con claridad qué funciones corresponden a esta última. Entre las atribuciones que le confiere el Proyecto específicamente a la CNV se encuentran: (i) elaborar políticas tendientes a la regulación, protección, vigilancia, inspección y control de las operaciones con criptoactivos conforme a la legislación vigente; (ii) elaborar y mantener un registro nacional de las operaciones realizadas con criptoactivos; (iii) disponer la realización de auditorías, inspecciones y pericias vinculadas a la actividad normada por el Proyecto; (iv) solicitar informes y opiniones a entidades públicas o privadas especializadas en criptoactivos; (v) llevar a cabo políticas de fomento tendientes a propiciar la utilización de criptoactivos; y (vi) autorizar a los *traders* de criptoactivos que administren fondos de terceros.

Según la Ley de Mercado de Capitales (29), la CNV tiene como principales atribuciones supervisar, regular, inspeccionar, fiscalizar y sancionar a todas las personas físicas y/o jurídicas que desarrollen actividades relacionadas con la oferta pública de valores negociables, llevar el registro, otorgar, suspender y revocar la autorización de oferta pública de valores negociables y de los sujetos autorizados para ofertar y negociar públicamente valores negociables (30).

En este aspecto, consideramos que el Pro-

yecto se equivoca, porque desea regular lo que ya está regulado por la Ley de Mercado de Capitales y es de competencia de la CNV, es decir, los criptoactivos que calificarían como valores negociables. Por otra parte, no todos los criptoactivos califican como valores negociables, por ejemplo, las criptomonedas. En este último caso, y para el supuesto de que fuera necesario regularlas, necesidad que no vemos en forma patente, quien tendría potencialmente competencia para hacerlo sería en principio el BCRA.

El Proyecto establece, además, que será competencia de la autoridad de aplicación (es decir, la CNV) el estudio y la consecuente elaboración de informes sobre la factibilidad de la creación de un criptoactivo nacional. En este aspecto, nos preguntamos si la norma se refiere a la creación de un nuevo criptoactivo que califique como valor negociable, por ejemplo, un *security token*, en cuyo caso la CNV tendría sin dudas facultades regulatorias en virtud de la Ley de Mercado de Capitales. Por el contrario, si lo que intenta referir es a la creación de una criptomoneda nacional, la competencia sin lugar a dudas le correspondería al BCRA como organismo encargado de regular la cantidad de dinero y administrar las reservas en función del art. 4º de su Carta Orgánica (31).

El Proyecto, por último, instruye al BCRA monitorear la información sobre las transacciones con criptoactivos en el mercado local y por residentes nacionales en mercados extranjeros. No es claro lo que quiere capturarse con esta previsión, pues monitorear todas las transacciones con criptoactivos no resulta razonable, a nuestro entender, dado el enorme volumen transaccionado. En este sentido, consideramos que debería clarificarse este punto.

II.2.b. La experiencia en otras jurisdicciones

Las principales jurisdicciones del mundo en materia de criptoactivos no tienen una autoridad específica; por el contrario, en varias de las jurisdicciones la regulación y el control se encuentra bajo la órbita de las autoridades financieras tradicionales, entre ellas los Bancos Centrales, los Ministerios de Finanzas y las autoridades de mercado, quienes, a su vez, pueden

(29) Ley 26.831 y sus modificatorias y complementarias.

(30) Conf. art. 19 de la Ley de Mercado de Capitales.

(31) Ley 24.144 y sus modificatorias y reglamentarias.

actuar conjunta o alternadamente, dependiendo de la actividad que se regule.

Tal es el caso de Alemania, donde interactúan la Autoridad Federal de Supervisión Financiera (*Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht*, o “BAFIN”), encargada de otorgar licencias y controlar su cumplimiento, el Banco Central Alemán (*Deutsche Bundesbank*), encargado de supervisar las actividades financieras con criptoactivos, y el Ministerio Federal de Finanzas (*Bundesministerium der Finanzen*), encargado de legislar en la materia (32).

En Canadá, por su parte, las autoridades de aplicación son provinciales, y existe una autoridad nacional, los Administradores de Valores Canadienses (*Canadian Securities Administrators*, o “CSA”), la cual nuclea representantes de las autoridades provinciales a los efectos de armonizar la regulación entre ellas (33).

Los Emiratos Árabes Unidos presentan una particularidad frente a otras jurisdicciones: si bien a nivel federal existen dos autoridades que regulan el mercado financiero y, en consecuencia, a los criptoactivos, que son el Banco Central de los Emiratos Árabes Unidos (*Central Bank of UAE*) y la Autoridad de Valores y *Commodities* (*Securities and Commodities Authority*), existen dos zonas francas dentro de su territorio, ambas con sus propias autoridades y normas: el Centro Financiero Internacional de Dubái, donde la autoridad reguladora es la Autoridad de Servicios Financieros de Dubái (*Dubai Financial Services Authority*), y el Mercado Global de Abu Dabi (“ADGM”), supervisado por la Autoridad Reguladora de Servicios Financieros (*ADGM Financial Services Regulatory Authority*, o “FSRA”). Esta última jurisdicción, la ADGM, ha mostrado una posición más proactiva en cuanto a la regulación de los criptoactivos, con el objeto de

fomentar el desarrollo de estas tecnologías (34).

En el caso de los Estados Unidos, una serie de agencias federales se encargan de regular y controlar el universo cripto, dependiendo de la actividad que se realice; de esta forma, conviven la Unidad de Control de Crímenes Financieros (*Financial Crimes Enforcement Network*), la Comisión de Valores y Mercados (*Securities and Exchange Commission*), la Comisión de Negociación de Futuros de *Commodities* (*Commodities Futures Trading Commission*), la Comisión Federal de Comercio (*Federal Trade Commission*), el Servicio Interno de Ingresos (*Internal Revenue Service*) y la Oficina de Control de la Moneda (*Office of the Comptroller of the Currency*) (35).

Por su parte, en Francia, los criptoactivos, se encuentran regulados por la Autoridad de Mercados Financieros (*Autorité des Marchés Financiers*) y la Autoridad de Supervisión y Resolución Prudencial (*Autorité de Contrôle Prudentiel et de Résolution*, o “ACPR”) (36).

No obstante, en las tres jurisdicciones más relevantes en términos de regulación de criptoactivos, se ha designado como autoridad de aplicación de la normativa sobre activos financieros virtuales a los organismos encargados de regular los mercados financieros, con funciones similares a las de la CNV. Tal es el caso de Malta, a través de su Autoridad de Servicios Financieros (*Malta Financial Services Authority*, o “MFSA”) (37), del Reino Unido a través de la Autoridad de Conducta Financiera (*Financial*

(32) Ver https://www.bafin.de/EN/Aufsicht/BankenFinanzdienstleister/Zulassung/Kryptoverwahrgeschaeft/kryptoverwahrgeschaeft_node_en.html, <https://www.loc.gov/law/help/cryptocurrencies/germany.php> y <https://www.nortonrosefulbright.com/en/knowledge/publications/5ee1e37e/new-regulatory-regime-for-crypto-assets-in-germany>.

(33) Ver <https://www.loc.gov/law/help/cryptocurrencies/canada.php>.

(34) Ver <https://thelawreviews.co.uk/title/the-virtual-currency-regulation-review/united-arab-emirates> y <https://www.hg.org/legal-articles/cryptocurrency-in-uae-an-overview-by-a-dubai-corporate-lawyer-53176>.

(35) Ver <https://www.globallegalinsights.com/practice-areas/blockchain-laws-and-regulations/usa> y <https://www.forbes.com/sites/haileylennon/2021/01/04/occ-regulator-implements-groundbreaking-cryptocurrency-guidance-for-banks-and-the-future-of-payments/?sh=491cdf27e9>.

(36) Ver <https://www.amf-france.org/en/news-publications/news/towards-new-regime-crypto-assets-france>.

(37) Ver <https://www.loc.gov/law/help/cryptocurrencies/malta.php>.

Conduct Authority, o “FCA”) (38), y de Suiza, a través de la Autoridad de Supervisión del Mercado Financiero (*Financial Market Supervisory Authority*, o “FINMA”) (39).

También resulta interesante destacar que, en ciertas jurisdicciones, las entidades que realizan actividades vinculadas con criptoactivos optaron por autorregularse, creando asociaciones privadas para tal fin, como el caso de Australia, con su organización llamada *Blockchain Australia* (40), o de Brasil, con su organización *ABCripto*, quien ha dictado su propio Código de Conducta y Autorregulación (41).

II.3. Las ofertas iniciales de criptoactivos

II.3.a. El Proyecto y su regulación respecto a los contratos de financiamiento colectivo

Respecto a la oferta inicial de criptoactivos, el Proyecto establece que funcionan como “un método de financiación de proyectos” y hace referencia, sin más, a que debe detallarse en un documento técnico denominado *white paper*, en donde se establecerá cómo funciona el respectivo criptoactivo.

En particular, el Proyecto somete los contratos de financiamiento colectivo a la autoridad de la CNV cuando un emisor de *tokens* los transfiere como forma de financiar un proyecto determinado y la otra parte, denominada inversor, paga un precio en moneda de curso legal, moneda extranjera o criptoactivos de otra especie.

El Proyecto establece que los *tokens* pueden otorgar a su titular: “a) un derecho a expectativa de participación potencial en la revalorización, rentabilidad o la obtención de un beneficio

del proyecto de inversión, el cual se denomina *token* de utilidad; b) un derecho representativo de una cuota parte del capital empleado para el desarrollo del proyecto, el cual se denomina *token* de seguridad...”

Como ya hemos mencionado, una figura similar al mencionado *token* de seguridad —que ya se encuentra regulado por la CNV— es la *equity-based crowdfunding*, que supone la solicitud de fondos por parte de los emprendedores, mediante la publicación de su proyecto empresarial en la página web de la plataforma y, a cambio de su aporte dinerario, los inversores reciben una participación en el capital del vehículo del emprendedor. Sin embargo, las únicas formas de participación de los inversores en un proyecto deben ser a través de: (i) acciones de sociedades anónimas (SA) o sociedades por acciones simplificadas (SAS); (ii) préstamos convertibles en acciones de una SA o SAS; o (iii) certificados de participación en un fideicomiso.

El Proyecto establece la obligación de confeccionar un *white paper* (similar a un prospecto) que detalle los datos del emisor y los aspectos técnicos y comerciales del proyecto a financiar. Asimismo, establece que, previo a la oferta inicial, deberá remitirse una copia de este documento a la UIF, la cual constatará el cumplimiento de los presupuestos legales y, en su caso, emitirá la autorización para la ejecución de la oferta inicial. Acá el Proyecto contiene una imprecisión significativa, dado que no sería a la UIF, sino, en todo caso, a la CNV a quien le correspondería aprobar este documento. A renglón seguido, el Proyecto establece que la CNV podría ordenar que se ponga fin a cualquier nueva suscripción o emisión, así como a cualquier comunicación de carácter promocional en relación con la oferta y retirar su autorización.

II.3.b. La oferta pública de valores negociables en nuestro país

Como hemos mencionado anteriormente, la oferta pública de valores en la Argentina requiere, conforme a la legislación vigente, contar con la autorización previa de la CNV. Asimismo, el emisor y cualquier persona que intervenga o participe en la oferta pública de valores negociables deberá estar registrado ante la CNV.

(38) Ver <https://www.coinfirm.com/blog/uk-cryptocurrency-regulations/#:-:text=What%20is%20the%20FCA%3F,economy%20in%20the%20United%20Kingdom%E2%80%9D>.

(39) Ver <https://www.globallegalinsights.com/practice-areas/blockchain-laws-and-regulations/switzerland> y <https://www.coinfirm.com/blog/switzerland-crypto-regulations/#:-:text=In%202019%20Switzerland's%20FINMA%20granted,the%20wider%20blockchain%20economy%20infrastructure>.

(40) Ver <https://blockchainaustralia.org/>.

(41) Ver <https://www.abcripto.com.br/>.

En razón de lo expuesto, resulta relevante determinar los requisitos bajo nuestro ordenamiento jurídico para calificar a un criptoactivo como valor negociable, y su oferta y negociación, dentro de la esfera del concepto de “oferta pública”.

La Ley de Mercado de Capitales provee una definición amplia de los “valores negociables” y bien casuística, incluyendo títulos valores en forma cartular como escritural, los valores de crédito o representativos de derechos creditorios, las acciones, las cuotapartes de fondos comunes de inversión, los títulos de deuda o certificados de participación de fideicomisos financieros o de otros vehículos de inversión colectiva y, en general, “cualquier valor o contrato de inversión o derechos de crédito homogéneos y fungibles, emitidos o agrupados en serie y negociables en igual forma y con efectos similares a los títulos valores; que por su configuración y régimen de transmisión sean susceptibles de tráfico generalizado e impersonal en los mercados financieros...” Esta definición se basa en el principio de libre creación de valores negociables, de acuerdo con el cual cualquier tipo de valor negociable, aun aquellos no regulados expresamente por la Ley de Mercado de Capitales o cualquier otra ley o regulación, podría ser libremente creado, ofrecido y comercializado al público (42).

(42) Conf. art. 3º de la Ley de Mercado de Capitales: “Cualquier persona jurídica puede crear y emitir valores negociables para su negociación en mercados de los tipos y en las condiciones que elija, incluyendo los derechos conferidos a sus titulares y los demás términos y condiciones que se establezcan en el acto de emisión, siempre que no exista confusión con el tipo, denominación y condiciones de los valores negociables previstos especialmente en la legislación vigente. A los efectos de determinar el alcance de los derechos emergentes del valor negociable así creado, debe estarse al instrumento de creación, acto de emisión e inscripciones registrales ante las autoridades de contralor competentes.” En sentido coincidente, el art. 1820 del Cód. Civ. y Com. establece: “Cualquier persona puede crear y emitir títulos valores en los tipos y condiciones que elija. Se comprende en esta facultad la denominación del tipo o clase de título, su forma de circulación con arreglo a las leyes generales, sus garantías, rescates, plazos, su calidad de convertible o no en otra clase de título, derechos de los terceros titulares y demás regulaciones que hacen a la configuración de los derechos de las partes interesadas, que deben expresarse con claridad y no prestarse a confusión con el tipo, denominación y condiciones de los títulos valores espe-

El aspecto clave a considerar lo suministra el art. 1815 del Cód. Civ. y Com., que establece que los títulos valores incorporan una obligación incondicional e irrevocable de una prestación y otorgan a cada titular un derecho autónomo; ese es el caso de las acciones, las obligaciones negociables, los certificados de participación y títulos de deuda, cheques de pago diferido, los *warrants*, etc. La definición provista por la Ley de Mercado de Capitales no indica que los títulos valores otorgan el derecho a una prestación del tenedor, pero en los ejemplos provistos todos contienen implícitamente el derecho a una prestación en tanto títulos valores, tal como lo indica la definición del Código Civil y Comercial (43).

En razón de lo expuesto, entendemos que, en principio, tanto los *utilities* como los *securities tokens* podrían calificar como valores negociables bajo nuestra legalización, pero no así las criptomonedas (o *payment tokens*), dado que estas últimas no incorporan por sí mismas una obligación incondicional e irrevocable de una prestación determinada.

Respecto al concepto de oferta pública, el art. 2º de la Ley de Mercado de Capitales también provee una definición amplia, que consiste en la “invitación que se hace a personas en general o a sectores o a grupos determinados para realizar cualquier acto jurídico con valores negociables, efectuada por los emisores, por sus tenedores o por organizaciones unipersonales o sociedades dedicadas en forma exclusiva o parcial al comercio de aquellos (...) por cualquier procedimiento de difusión”, la cual cubre la oferta tanto primaria como secundaria de valores negociables.

Nótese la amplitud del concepto de oferta pública que provee nuestra ley, por lo que será

cialmente previstos en la legislación vigente. Solo pueden emitirse títulos valores abstractos no regulados por la ley cuando se destinan a ofertas públicas, con el cumplimiento de los recaudos de la legislación específica; y también cuando los emisores son entidades financieras, de seguros o fiduciarios financieros registrados ante el organismo de contralor de los mercados de valores.”

(43) Ver FERNÁNDEZ MADERO, Nicolás — RECONDO, María — MINERVA, Diego N. — KRÜGER, Cristian, “Oferta pública de activos digitales”, ob. cit.

muy difícil ofrecer un criptoactivo sin que quede capturado por el concepto de “oferta pública”, dado que en general son ofrecidos por internet a personas indeterminadas.

La Ley de Mercados de Capitales establece que cualquier persona que intervenga o participe de alguna manera en una oferta pública de valores sin la autorización pertinente de la CNV estará sujeta a sanciones administrativas (44). Además, el Código Penal argentino impone sanciones a cualquier persona que captare fondos del público en el mercado de valores o prestare servicios de intermediación para la adquisición de valores sin la correspondiente autorización de la CNV (45).

Aunque no existe una definición legal de “oferta pública irregular”, nuestros tribunales y la CNV han considerado “irregulares” ciertas ofertas de valores en las que, por ejemplo, el emisor no autorizado no tenía conocimiento personal de los inversores (46), cuando un intermediario no autorizado anunció públicamente valores a través de medios gráficos (47), cuando un emisor no autorizado ofreció una cierta cantidad de

dinero a cambio de la cesión de los derechos de pago derivados de ciertos bonos (48), o cuando el emisor no autorizado no era una empresa u organización dedicada exclusivamente a la negociación de valores negociables (49).

Considerando la definición amplia de “valores negociables” y de “oferta pública” que contiene nuestra ley vigente, cualquier oferta pública en la Argentina de criptoactivos que califiquen como “valores negociables” deberá necesariamente contar con la autorización previa de la CNV. Asimismo, cualquier persona que intervenga o participe en la oferta pública de criptoactivos que califiquen como valores negociables deberá estar registrada ante la CNV.

II.3.c. La experiencia en otras legislaciones

La *Securities and Exchange Commission* de los Estados Unidos utiliza el *Howey Test* desarrollado por la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos para determinar si la emisión de criptoactivos constituye un valor negociable o no. En efecto, los criterios determinantes son los siguientes: (i) una inversión de dinero; (ii) en una empresa común; y (iii) con una expectativa razonable de ganancias derivadas del esfuerzo de un tercero. Los tres elementos deben darse para que

(44) Conf. art. 117, inc. c), de la Ley de Mercado de Capitales: “*Prohibición de intervenir u ofrecer en la oferta pública en forma no autorizada.* Toda persona humana o jurídica que intervenga, se ofrezca u ofrezca servicios en la oferta pública de valores negociables sin contar con la autorización pertinente de la Comisión Nacional de Valores, será pasible de sanciones administrativas sin perjuicio de las sanciones penales que correspondan”.

(45) Conf. art. 310 del Cód. Penal: “Será reprimido con prisión de uno [1] a cuatro [4] años, multa de dos [2] a ocho [8] veces el valor de las operaciones realizadas e inhabilitación especial hasta seis [6] años, el que (...) captare ahorros del público en el mercado de valores o prestare servicios de intermediación para la adquisición de valores negociables, cuando no contare con la correspondiente autorización emitida por la autoridad competente. El monto mínimo de la pena se elevará a dos [2] años cuando se hubieran utilizado publicaciones periódicas, transmisiones radiales o de televisión, internet, proyecciones cinematográficas, colocación de afiches, letreros o carteles, programas, circulares y comunicaciones impresas o cualquier otro procedimiento de difusión masiva”.

(46) CNCom., sala A, 23/10/2012, *in re* “Comisión Nacional de Valores c. Moreno, Germán”.

(47) CNCom., sala D, 22/09/2011, *in re* “Comisión Nacional de Valores s/ publicación Ámbito Financiero” En

un sentido similar, CNV, 06/02/2009, *in re* “Michel, Oscar A.”.

(48) CNCom., sala A, 01/09/2011, *in re* “Comisión Nacional de Valores c. Palmares Sociedad de Bolsa SA”.

(49) CNV, 30/10/2008, *in re* “Tell, Pablo”. Además, cabe señalar que en una decisión judicial emitida en noviembre de 2013, un tribunal argentino confirmó una decisión de la CNV que denegó la autorización a una empresa argentina de *trading* en línea para realizar una oferta pública de “contratos por diferencia” (que estaba dentro del alcance de la definición legal de “valores negociables”) basada en el hecho de que el emisor solicitó no negociar los contratos por diferencia en un mercado autorizado sino en una plataforma privada no autorizada por la CNV para operar como un mercado [CNCom., sala A, 05/11/2013, *in re* “Admiral Markets Argentina SA s / solicitud de autorización de oferta pública s/ organismos externos (Comisión Nacional de Valores)”]. Teniendo en cuenta este precedente, la oferta pública de criptoactivos solo podría actualmente realizarse en los mercados autorizados por la CNV. Alternativamente, podría ser posible ofrecer este tipo de productos exclusivamente en mercados OTC, a través de ofertas privadas.

pueda considerarse un valor negociable (50).

Por otra parte, resulta interesante destacar que Malta (51) dio a las ofertas iniciales de activos financieros virtuales (*initial virtual financial assets offering*, o “IVFAO”) un tratamiento similar a aquel dado a los fondos comunes de inversión, para así poder garantizar la protección de los inversionistas, la estabilidad financiera y regulatoria, y la existencia de un marco regulatorio simple pero eficiente. Lo primero que todo emisor debe hacer es llevar adelante una evaluación del producto que desea ofrecer a través de la IVFAO, según los lineamientos previstos por la MFSA, para determinar si se trata de un activo financiero virtual (*virtual financial asset*) (52), regulado bajo la Ley de Activos Financieros Virtuales (*Virtual Financial Assets Act*).

Asimismo, el emisor deberá contar con el respaldo de un agente de activos financieros virtuales (“agente VFA”), quien tendrá a su cargo, entre otras funciones, preparar junto con él el memorándum de ofrecimiento (*white paper*) (53) y verificar que durante todo el proceso se respeten los requerimientos legales aplicables. Una vez preparado el *white paper*, se debe-

(50) “SEC vs. W. J. Howey Co.”, 328 US 293 (1946), disponible en <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/328/293>.

(51) Malta fue una de las jurisdicciones pioneras en regular la oferta inicial de monedas virtuales y criptoactivos (*initial coin offering* y *security token offering*), las cuales se denominan ofertas iniciales de activos financieros virtuales (*initial virtual financial assets offering*), mediante la sanción de la Ley de Activos Financieros Virtuales en noviembre de 2018, continuándose perfilando en la actualidad como una jurisdicción proactiva para proyectos vinculados con monedas virtuales.

(52) La Ley de Activos Financieros Virtuales maltesa define a los activos financieros virtuales como cualquier forma de registro virtual que sea utilizado como una unidad digital de intercambio, de cuenta o de resguardo de valor, que no sea una moneda virtual, un instrumento financiero tradicional o un *utility token*. Para mayor información, ver <https://legislation.mt/eli/cap/590/eng/pdf>.

(53) De igual forma que para la emisión de activos financieros tradicionales, como por ejemplo obligaciones negociables, el emisor debe preparar un instrumento en el cual se detallen las principales características del emisor y del instrumento a emitir, y los riesgos que conlleva tal inversión, a los efectos de permitir el consentimiento informado de los inversores.

rá presentar previamente a su lanzamiento ante la MFSA, junto con otra información requerida por el regulador (como, p. ej., los estados financieros de los tres ejercicios anteriores), cuyo registro es autorización suficiente para realizar la IVFAO (54).

La FINMA (55) define a las ICO como una forma de financiación de fondos del público basada en *tecnología blockchain* (56). Constituyen una forma disruptiva de financiación a través de la cual los interesados pueden invertir en un proyecto a cambio de *tokens* y el proyecto recauda fondos para desarrollarlo. En este sentido, la FINMA indicó que la determinación sobre si una ICO está sujeta a las regulaciones financieras debe decidirse caso por caso, ya que cada ICO está diseñada de una manera diferente.

Al evaluar las ICO, la FINMA se centra en la función económica y el propósito de los *tokens* (es decir, las unidades de valor basadas en *blockchain*) emitidos por el organizador de la ICO. Los factores clave son el propósito subyacente de los *tokens* y si ya son negociables o transferibles. En efecto, hay consenso en clasificar a los *tokens* en tres tipos, pero por supuesto podrían existir otras formas híbridas: (i) los *payment tokens*; (ii) los *utility tokens*; y (iii) los *securities tokens* (57).

(54) Ver <https://thelawreviews.co.uk/title/the-virtual-currency-regulation-review/malta>, <https://www.mondaq.com/fin-tech/800132/icos-and-ico-regulations-in-malta>, <https://www.ccmalta.com/initial-coin-offering-ico>.

(55) En Suiza, el 16/02/2018, la FINMA publicó lineamientos sobre el tratamiento regulatorio de las ICO (ver FINMA, “Guidelines for enquiries...”, ob. cit.), que complementaron sus anteriores lineamientos publicados en septiembre de 2017. Sin embargo, no existe una regulación específica respecto de las ICO, ni jurisprudencia o doctrina jurídica pertinente.

(56) *Blockchain* es una tecnología basada en el registro virtual descentralizado de transacciones, las cuales se van incorporando a cada registro de cada participante en la red. Para mayor información, ver <https://www.euromoney.com/learning/blockchain-explained/what-is-blockchain#:~:text=Blockchain%20is%20a%20system%20of,computer%20systems%20on%20the%20blockchain>.

(57) Para una definición de dichos *tokens* ver <https://www.finma.ch/en/news/2018/02/20180216-mm-ico-wegleitung/> y https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/

Los operadores del mercado financiero están sujetos a la autorización de la FINMA (58). Si los *tokens* recibidos en una ICO califican como valores negociables, la negociación secundaria requerirá autorización. Los “valores negociables” se definen como “valores negociables certificados o no certificados, derivados y valores negociables intermediados que son adecuados para el intercambio masivo” (59), lo que significa que se “ofrecen públicamente para la venta en la misma estructura y denominación o se colocan con más de 20 clientes, en la medida en que no hayan sido creados especialmente para contrapartes individuales” (60). La FINMA no trata a los *tokens* de pago o *tokens* de utilidad (cuyo único propósito es conferir derechos de acceso digital) como valores negociables. Sin embargo, los *tokens* de utilidad que tienen un propósito de inversión adicional o un único propósito de inversión en el momento de la emisión, así como los *tokens* de activos que están estandarizados y son adecuados para el comercio estandarizado masivo, se clasifican como valores negociables (61).

II.4. Las licencias necesarias bajo el Proyecto

En primer lugar, el Proyecto establece que las casas de cambio o *exchanges*, definidas como “plataformas que permiten operar entre distintos criptoactivos, bajo el libre juego de oferta y demanda” —concepto que merece sus reparos, porque no incluye a las plataformas que permiten el intercambio entre criptomonedas y dinero de curso legal—, serán consideradas como sujetos obligados a informar a la UIF de acuerdo

file/752070/cryptoassets_taskforce_final_report_final_web.pdf.

(58) Ver *Financial Market Infrastructure Act* (FMIA), publicada el 19/07/2015, recuperada de <https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/20141779/201708010000/958.1.pdf> (trad. al inglés no oficial disponible en <http://perma.cc/WT73-EMWN>).

(59) FMIA, art. 2º, let. b).

(60) *Financial Market Infrastructure Ordinance*, publicada el 25/11/2015, recuperada de <https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/20152105/201708010000/958.11.pdf> (trad. al inglés no oficial disponible en <http://perma.cc/2423-R4HG>).

(61) FINMA, “Guidelines for enquiries...”, ob. cit., nota 1, at 4, nros. 3.2.1-3.2.3.

con los arts. 20, 20 bis, 21, 21 bis y 22 de la Ley PLA/FT (62).

Los sujetos obligados bajo la normativa de prevención de lavado de activos (en particular, las resoluciones emitidas por la UIF, autoridad de aplicación en la materia) están sujetos a las siguientes obligaciones, entre otras: (i) la registración ante la UIF como sujeto obligado; (ii) designación de un oficial de cumplimiento; (iii) autoevaluación de la exposición al riesgo de lavado de activos y financiación del terrorismo; (iv) evaluación del sistema de prevención del sujeto obligado mediante procesos de auditoría interna y de revisión independiente; (v) elaboración de un manual que deberá contener los mecanismos y procedimientos para la prevención de operaciones que encubran delitos de lavado de activos; (vi) elaboración de políticas de identificación y conocimiento de los clientes del sujeto obligado, mediante la confección de legajos de identificación de cada cliente; (vii) reportar a la UIF aquellas operaciones inusuales que los sujetos obligados consideren sospechosas de lavado de activos o financiación del terrorismo; y (viii) cumplir en general con reportes sistemáticos de operaciones de acuerdo con los criterios establecidos por la UIF.

En este sentido, consideramos apropiada la calificación de las casas de cambio o *exchanges* como sujetos obligados, disposición que se encuentra alineada con otras jurisdicciones y también con nuestro ordenamiento jurídico (63). En efecto, bajo la Ley PLA/FT se prevé como sujetos obligados a las entidades financieras, agentes de compensación y liquidación, agentes de negociación, plataformas de financiamiento colectivo, entre otros, por lo cual no vemos razones de fondo para no incluir a las plataformas donde se operen criptoactivos como sujetos obligados frente a la UIF.

(62) Ley 25.246 de Prevención del Lavado de Activos y Financiamiento del Terrorismo y sus modificatorias y complementarias.

(63) El GAFI ya ha advertido sobre los riesgos frente al lavado de activos y la financiación del terrorismo que estos activos representan (pueden ser canjeados por dinero fiduciario y/o por otras monedas virtuales y ser utilizados para transferencias internacionales bajo un casi completo anonimato).

El Proyecto, por otra parte, obliga a los *traders* de criptoactivos (64) a contar con autorización expedida por autoridad competente que lo habilite a realizar asesorías o transacciones mediante un contrato de mandato cuando tenga en su poder fondos de terceros. El Proyecto también establece que los operadores o *exchanges* se registrarán por los términos que surjan de la reglamentación de la ley, teniendo en cuenta como referencia la Ley de Mercado de Capitales. Aquí, de nuevo, si el criptoactivo califica como valor negociable, la CNV ya tiene competencia para regular a estos agentes y/o mercados y para crear nuevos tipos de agentes que a su criterio determine.

Se establece que el incumplimiento de la normativa aplicable podrá ser sancionado con el retiro de la matrícula, licencia o autorización o con penas de multas, conforme se estipule en la reglamentación correspondiente.

La práctica internacional con respecto a las licencias es variada. Una de las jurisdicciones pioneras fue Francia, que estableció en 2014 el registro obligatorio ante la ACPR para toda aquella entidad que provea servicios vinculados con criptoactivos y recibiera depósitos de moneda de curso legal en nombre de sus usuarios (65). A finales de 2019, Francia sancionó un nuevo régimen para los criptoactivos, en el que se estableció el registro obligatorio para aquellas entidades que actúen como *exchange* o custodio de criptoactivos. Opcionalmente, dichas entidades pueden aplicar para obtener una licencia (66).

En Alemania, aquella persona o entidad que ofrezca algún servicio vinculado con criptoacti-

vos de forma profesional, en especial de depósito, custodia y administración, deberá contar con una licencia para operar como proveedor de servicios financieros bajo la Ley Bancaria Alemana (*Kreditwesengesetz*) (67).

En Australia, por su parte, toda entidad que actúe como emisor, intermediario, minero, *exchange*, medio de pago y/o custodio de criptoactivos debe estar registrada ante el Centro de Reportes y Análisis de Transacciones (*Australian Transaction Reports and Analysis Centre*) y obtener una licencia de prestador de servicios financieros ante la Comisión de Valores e Inversiones (*Australian Securities and Investments Commission*, o "ASIC"), a quienes se les imponen obligaciones de identificación de sus clientes, de llevar registros de las operaciones y de presentar informes periódicamente (68); quienes no cumplan con el registro serán pasibles de sanciones financieras y penales. Sin embargo, existe la posibilidad de que las entidades puedan demostrar ante la ASIC que sus activos y/o actividad no son de naturaleza financiera (como, p. ej., *exchanges* de criptomonedas), pudiendo quedar exentos de requerir dicha licencia para operar (69).

Para poder operar con criptomonedas en Canadá es necesario estar registrado ante la Comisión de Análisis de Operaciones y Reportes Financieros canadiense (*Financial Transactions and Reports Analysis Centre of Canada*), debiendo la entidad operadora de criptoactivos presentar regularmente informes sobre las operaciones, cumplir ciertos protocolos y realizar reportes ante actividades sospechosas (70). Actualmente, hay un proyecto de la CSA de establecer licencias obligatorias para aquellas entidades que ofrezcan servicios de custodia de los

(64) A los que define como "las personas naturales o jurídicas que realizan en nombre propio, o por mandato, o administración, *trading* con criptoactivos, con fines de incrementar los capitales que se reflejan en los valores de cada criptoactivo usada en las plataformas correspondientes, a través operaciones de compra y venta; poniendo a disposición sus conocimientos previos adquiridos, así como los estudios técnicos de mercado que se tengan a su disposición".

(65) Ver <https://thelawreviews.co.uk/title/the-virtual-currency-regulation-review/france>.

(66) Ver <https://www.amf-france.org/en/news-publications/news/towards-new-regime-crypto-assets-france>.

(67) Ver <https://www.nortonrosefulbright.com/en/knowledge/publications/5ee1e37e/new-regulatory-regime-for-crypto-assets-in-germany>.

(68) Ver <https://asic.gov.au/regulatory-resources/digital-transformation/initial-coin-offerings-and-crypto-assets/>.

(69) Ver <https://www.loc.gov/law/help/cryptoassets/australia.php#III>.

(70) Ver <https://www.nortonrosefulbright.com/en-ca/knowledge/publications/e383ade6/cryptocurrency-exchanges-and-custody-providers-international-regulatory-developments>.

fondos de los clientes (71).

No existe una licencia específica para los *exchanges* en Corea del Sur; sin embargo, a diferencia de otras jurisdicciones, cuando estos ofrecen servicios de depósito de monedas o criptoactivos, o algún tipo de servicio financiero, deberán contar con el respaldo de un banco surcoreano (72).

En la ADGM de los Emiratos Árabes Unidos, como regla general, es requisito que todas las entidades que deseen ofrecer algún servicio vinculado con criptoactivos cuenten con una licencia otorgada por la FSRA, excepto que se haya exceptuado tal actividad en los Lineamientos de Actividades con Activos Virtuales (*Virtual Asset Activities Guidance*) (73).

En los Estados Unidos, por su parte, no hay un registro único de proveedores de criptoactivos a nivel federal; sin embargo, la Conferencia Estatal de Supervisores de Bancos (*Conference of State Bank Supervisors*), que nuclea a las autoridades bancarias de los 50 Estados de Estados Unidos y sus territorios dependientes, tiene proyectado implementar durante 2021 un sistema único para que las entidades que ofrezcan ciertos servicios financieros en más de 40 Estados, incluidos los *exchanges*, obtengan una autorización única para operar en todos los Estados que adhieran, mientras que hoy en día deben obtener una licencia individual por cada Estado (74).

En Japón, todo *exchange* se debe inscribir como proveedor de servicios de *exchange* de criptoactivos (*cryptoasset exchange service providers*) ante la Agencia de Servicios Financieros (*Financial Services Agency*), siendo requisito que sea una sociedad por acciones constituida en Japón, o un *exchange* extranjero con domi-

cilio u oficinas de representación en Japón, que acredite cierta capacidad financiera y cumpla con ciertos estándares organizacionales, operativos y de ciberseguridad (75).

En Luxemburgo, toda entidad que desea prestar servicios financieros vinculados con criptoactivos debe obtener una licencia ante la Comisión de Supervisión del Sector Financiero (*Commission de Surveillance du Secteur Financier*) y cumplir con directivas de gobierno corporativo (76).

Malta, por su parte, requiere que todo aquel que desee proveer algún servicio vinculado con activos financieros virtuales obtenga una licencia ante la MFSA, la cual debe ser solicitada a través de un agente VFA, debiendo cumplir con ciertos estándares de control interno, publicidad e información a los inversores (77).

En el Reino Unido es requisito que todas aquellas entidades que decidan ofrecer servicios vinculados con criptoactivos se registren ante la FCA, organismo a cargo de la prevención del lavado de dinero y el financiamiento del terrorismo (78), o bien obtengan una licencia específica ante dicha autoridad cuando se trate de monedas virtuales (*e-money license* o *electronic money and payment institutions license*) (79).

En Suiza se pueden identificar dos tipos de licencias requeridas para ofrecer servicios vinculados con activos virtuales. Por un lado, la denominada licencia de empresa de valores (*security firm license*), la cual es requerida para toda aquella entidad que ofrezca la venta y/o servicios de *exchange* de *tokens* calificados

(71) Ver <https://coingeek.com/canada-issues-new-guidance-for-digital-currency-exchange-regulation/>.

(72) Ver <https://fintrail.com/news/2020/6/15/why-virtual-asset-service-providers-in-korea-must-act-now>.

(73) Ver <https://www.adgm.com/setting-up/virtual-asset-activities/overview>.

(74) Ver <https://cointelegraph.com/news/state-by-state-licensing-for-crypto-and-payments-firms-in-the-us-just-got-much-easier>.

(75) Ver <https://www.sygnia.io/blog/japan-crypto-asset-regulation-guide/> y <https://www.globallegalinsights.com/practice-areas/blockchain-laws-and-regulations/japan>.

(76) Ver <https://www.globallegalinsights.com/practice-areas/blockchain-laws-and-regulations/luxembourg#chaptercontent7>.

(77) Ver <https://www.mfsa.mt/fintech/virtual-financial-assets/>.

(78) Ver <https://www.fca.org.uk/cryptoassets-aml-ctf-regime/register>.

(79) Ver <https://www.fca.org.uk/firms/electronic-money-payment-institutions>.

como activos financieros bajo la ley suiza, que debe ser obtenida ante la FINMA; sin embargo, se exige del requisito de obtener licencias a ciertas actividades reguladas para fomentar la innovación **(80)**. Por otro lado, aquellas entidades que acepten depósitos de fondos necesitarán de una licencia bancaria (*banking license*), excepto que (i) el monto total de depósitos no supere los CHF 1.000.000 (aproximadamente, US\$ 1.100.000); (ii) los depósitos no se inviertan ni generen interés; y (iii) se informe a los clientes que la entidad no se encuentra regulada por la FINMA. A diferencia de la licencia bancaria requerida para las entidades financieras tradicionales, la cual acarrea una extensa serie de requisitos, a partir de enero de 2019 se introdujo un régimen simplificado para entidades que ofrezcan servicios vinculados con activos financieros virtuales, y cuyo monto total de depósitos no supere los CHF 100.000.000 (aproximadamente, US\$ 110.000.000) **(81)**.

Por último, en ciertas jurisdicciones como Austria **(82)** o Nueva Zelandia **(83)**, dependiendo de la actividad que realice cada entidad que negocie o intermedie con criptoactivos, se define el tipo de licencia o registro necesario.

A nivel latinoamericano, Colombia tampoco tiene un registro, pero en septiembre de 2020 se presentó un proyecto de ley para la implementación de un Registro Único de Plataformas de Intercambio de Criptoactivos (RUPIC) **(84)**. Vale resaltar que, al momento, Brasil, Uruguay y Chile no establecieron licencias o registros para aquellas personas o entidades que deseen realizar alguna actividad vinculada con criptoactivos.

II.5. Sandbox regulatorio

(80) Ver <https://www.globallegalinsights.com/practice-areas/blockchain-laws-and-regulations/switzerland>.

(81) Ver <https://www.loc.gov/law/help/cryptoassets/switzerland.php>.

(82) Ver <https://www.globallegalinsights.com/practice-areas/blockchain-laws-and-regulations/austria>.

(83) Ver <https://www.loc.gov/law/help/cryptoassets/newzealand.php>.

(84) Ver <https://www.colombiafintech.co/novedades/colombia-da-el-primer-paso-para-regular-bitcoin>.

Los *sandboxes* regulatorios actualmente son tendencia en algunas jurisdicciones, y tienen por objeto ofrecer espacios de prueba que permiten testear nuevas tecnologías y modelos de negocios en un contexto controlado en el que el regulador puede mensurar los riesgos potenciales de las innovaciones, sin frenar su surgimiento. Por su parte, los actores en estos espacios a menudo están obligados a operar su modelo de negocio de manera restringida, por ejemplo, estando limitados a ofrecerlo a un número determinado de clientes o dentro de un rango determinado de exposición al riesgo, y bajo una estrecha supervisión regulatoria.

El Proyecto faculta a la autoridad de aplicación a establecer entornos de prueba *software* para incentivar la innovación financiera en *fintech*, promoviendo un espacio de desarrollo que conjugue la seguridad, competencia y eficiencia con la innovación. Estos espacios de prueba *estarán* abiertos a *exchanges*, desarrolladores de software o cualquier entidad que realice actividades comerciales con criptoactivos u otra aplicación de *blockchain*. El Proyecto establece, además, que “los participantes de *sandbox* deberán seguir las regulaciones hechas a la medida, establecidas dentro de este marco con una cantidad de tiempo y usuarios limitada, compartiendo toda la información necesaria y ofreciendo un trato justo a clientes basado en el consentimiento informado”.

La metodología del *sandbox* está bastante aceptada a nivel internacional; además del exitoso modelo inglés, lo utilizaron o utilizan actualmente los reguladores de Austria, Australia, Brasil, Canadá, España, algunos Estados de los Estados Unidos, Japón, Malta, México, entre otros. La experiencia muestra que pueden ser estrictos para servicios criptoactivos o flexibles para abarcar productos de innovación financiera en general.

II.6. Consentimiento informado y protección al consumidor

El Proyecto establece respecto al consentimiento informado que se trata del deber que tienen los *traders* y operadores de criptoactivos (entendemos, en este último supuesto, que apunta a dirigirse a las casas de cambio o *exchanges*) para con el adquirente, de “informar

las especificaciones de la comercialización con monedas virtuales, las formas en que pueden adquirir las criptoactivos y toda información que sea necesaria para el cabal entendimiento del uso de las monedas digitales”.

En particular, establece que se deberá informar en todos los casos lo siguiente: (i) que los criptoactivos no son monedas de curso legal, y por tal razón no tienen respaldo del gobierno nacional ni del Banco Central; (ii) que las operaciones realizadas no son reversibles después de ejecutadas; (iii) que las monedas digitales y el mercado donde estas operan son volátiles, y su control está sometido a las reglas propias de ese mercado; (iv) que existen riesgos tecnológicos, cibernéticos y de fraude inherentes a las operaciones con criptoactivos; (v) que no existen días inhábiles ni horarios de cierre para hacer operaciones. Aclara, además, que dicha información deberá ser actualizada a medida que surjan nuevos riesgos.

Más allá de que no vemos la razón de usar indistintamente las expresiones “moneda virtual”, “criptoactivos” y “monedas digitales”, como si fueran sinónimas, cuando en realidad no lo son, vemos atinada esta disposición, que se alinea con nuestra normativa en materia de defensa del consumidor prevista por el Código Civil y Comercial y la Ley de Defensa del Consumidor (85)(86).

El objetivo es brindar seguridad jurídica a los actores del ecosistema, garantizando que, en la medida en que los proveedores informen estas cuestiones, se considerará satisfecho el recaudo previsto por la normativa del consumidor. De este modo, se brinda un “paraguas” normativo que permite mitigar el riesgo de cuestionamientos por la actividad y al mismo tiempo se otorga al usuario el derecho a demandar la nulidad del contrato o de alguna de sus cláusulas en caso de que el proveedor del servicio de intercambio —menciona el Proyecto— omita su deber de información.

(85) Ley 24.240 y sus modificatorias y complementarias.

(86) Art. 1100 del Cód. Civ. y Com. y art. 4º de la Ley de Defensa del Consumidor, ambos referidos al deber de información que tiene el proveedor de bienes y servicios para con el consumidor.

A nivel internacional es un aspecto que también encuentra recepción. En Alemania, el ministro federal de Finanzas (*Bundesminister der Finanzen*, o “BMF”) y el ministro federal de Justicia y Defensa del Consumidor (*Bundesminister der Justiz und für Verbraucherschutz*) elaboraron en 2018 un *paper* (87) sobre los principales lineamientos que debería contener un proyecto de ley para actualizar la Ley de Valores alemana (*Wertpapierhandelsgesetz*), incorporando a los valores virtuales. En este sentido, en agosto de 2020 el BMF presentó el proyecto de ley (88), el cual busca dar a los *security tokens* un trato regulatorio similar al de los valores negociables tradicionales, implicando, por un lado, sujetar a los emisores de criptoactivos a las normas de información hacia los inversores, y, por otro, someter bajo la jurisdicción de la BAFIN a los registros descentralizados de depósitos de valores virtuales. Finalmente, una introducción novedosa de este proyecto es categorizar a los valores virtuales como “cosas”, al igual que sucede con los valores tradicionales; de esta forma, se encontrarían alcanzados por los derechos de protección de la propiedad de las normas alemanas.

En Australia, además de establecerse un régimen informativo similar al alemán, los usuarios de servicios vinculados con criptoactivos se encuentran protegidos bajo la Ley Australiana del Consumidor (*Australian Consumer Law*) (89).

Por su parte, en Brasil, los consumidores se encuentran amparados tanto bajo el Código de Protección al Consumidor (90) como bajo las

(87) Recuperado de https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/EN/Standardartikel/Topics/Financial_markets/Articles/2019-03-25-electronic-securities-and-crypto-tokens.html.

(88) Ver https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Gesetzestexte/Gesetze_Gesetzesvorhaben/Abteilungen/Abteilung_VII/19_Legislaturperiode/2020-08-11-einfuehrung-elektronische-wertpapiere/0-Gesetz.html.

(89) Contenida en el anexo II a la Ley de Competencia y del Consumidor (*Competition and Consumer Law*). Asimismo, ver <https://www.globallegalinsights.com/practice-areas/blockchain-laws-and-regulations/australia#chaptercontent3>.

(90) Disponible en http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm.

previsiones del Código de Autorregulación ABC Cripto (91).

En ciertas jurisdicciones, como Canadá, Dinamarca o Suiza, en el supuesto de que se clasifique como un activo financiero a un determinado criptoactivo, este deberá contar con un prospecto (o instrumento similar), que no solo informe de sus características a los inversores, sino también que detalle los riesgos a los cuales se enfrentan.

Uno de los pilares fundamentales del Marco Normativo sobre Activos Financieros Virtuales (*Virtual Financial Assets Framework*) de Malta es la protección al consumidor. En este sentido, el Marco Normativo cubre tres ejes: primero, asegurarse de que todos los proveedores que presen servicios vinculados con activos financieros virtuales cumplan determinados requisitos de información y financieros, siendo necesario que apliquen a una licencia para operar, garantizando de esta forma que sean instituciones con fines lícitos y solventes. En segundo lugar, establecer un régimen informativo hacia los consumidores, por ejemplo, estableciendo como requisito para la emisión de criptoactivos la presentación de un *white paper* (similar a un prospecto), en el que se detallen tanto las características del criptoactivo y del emisor como los riesgos de operar con estos. Finalmente, a través de la MFSA, ejercer control sobre los proveedores de servicios vinculados a activos financieros virtuales, y emitiendo circulares respecto de aquellos operadores que no cumplen con los estándares de seguridad, o efectuando recomendaciones.

III. Conclusiones

El Proyecto, como hemos visto, contiene una técnica legislativa poco eficiente y se equivoca al tratar de regular “todo”, trayendo más confusión que certezas y capturando aun aquello que

ya se encuentra bajo la competencia de organismos con atribuciones específicas en la materia.

Las leyes tienen vocación de permanencia, pero la tecnología tiene la de avanzar. De este modo, vale preguntarnos si no pueden lograrse ambos objetivos con regulaciones de rango inferior a la ley (y, por lo tanto, más flexibles y permeables a los avances tecnológicos) emitidas por autoridades especializadas en la materia.

Lo fundamental para crear una regulación eficiente es tener el conocimiento de lo que se está regulando. El ecosistema cripto es muy técnico, y tiene la particularidad de que muta, avanza y se perfecciona constantemente. Intentar regularlo mediante leyes no solo implica tener una regulación rígida, que quedará desactualizada al momento de su sanción, sino que también implica que esa regulación sea elaborada por personas, en general, que no son expertas en la materia.

Por otro lado, si la regulación recayera en las mismas autoridades de aplicación, es decir, en la CNV, el BCRA y la UIF, y, aún más, si estas crearan comisiones especializadas en criptoactivos, sería mucho más eficiente para poder afrontar los distintos desafíos y adaptarse a su evolución, permitiendo posicionar a la Argentina como una jurisdicción promotora de los proyectos vinculados con criptoactivos.

Creemos, sin embargo, que el Proyecto contiene algunos aspectos atinados, como ser considerar a las casas de cambio o *exchanges* como sujetos obligados en materia de prevención de lavado de activos y financiación del terrorismo. En este aspecto —y sin considerar la temática desde la patología y, por lo tanto, necesariamente asociar cualquier actividad con criptoactivos con actividades *non sanctas*—, no vemos razones de fondo para que no lo sean cuando otros agentes del mercado que realizan actividades similares (aunque con otros activos subyacentes, pero que comparten una naturaleza jurídica similar) sí lo son.

Nos parece sumamente importante que exista regulación que proteja a los consumidores frente a los servicios que proveen las casas de cambio y proveedores de servicios de custodia de criptoactivos, más allá de la regulación vigente de defensa del consumidor, que será por supuesto aplicable.

(91) Ver el art. 4º del Código de Autorregulación ABC Cripto: “III. *Respeto al usuario*: Los asociados velarán por un trato justo, transparente y cortés al usuario, con el objetivo de garantizar su libertad de elección y toma de decisiones consciente, así como la satisfacción de sus necesidades y posibles convergencias de intereses; IV. *Transparencia*: Los asociados deben brindar información clara, precisa y suficiente en todas las relaciones y decisiones que se tomen, siempre de acuerdo con las leyes y regulaciones aplicables...”

El consentimiento informado es un aspecto positivo del Proyecto en este sentido.

Sin embargo, sería conveniente explorar otras medidas que protejan al consumidor en los siguientes aspectos:

- (i) ciberseguridad;
- (ii) fijar estándares de seguridad y de infraestructura de los proveedores de servicios vinculados con criptoactivos;

(iii) establecer la separación patrimonial entre los fondos de los operadores de criptoactivos y los fondos de sus clientes, los que deberán estar a disposición de aquel en todo momento, para mitigar el riesgo de liquidez e insolvencia producto del ataque de los acreedores de los proveedores; y

(iv) la obligatoriedad de llevar un registro de operaciones por parte de las propias *exchanges* para permitir su trazabilidad en caso de hechos delictivos.

Criptomonedas: tratamiento en la ley argentina

Una primera aproximación

María Mercedes Brandone

Florencia Rosas

Sumario: I. Introducción.— II. Desarrollo.— III. Conclusión.

I. Introducción

El 31 de octubre de 2009, Satoshi Nakamoto publica el *paper* “Bitcoin”. Un sistema de efectivo electrónico usuario-usuario” (1). Estaba dando a luz a la primera criptomoneda de la historia de la humanidad.

En dicho *paper*, se define la “moneda electrónica” como una cadena de firmas digitales. Cada dueño transfiere la moneda al próximo al firmar digitalmente un *hash* de la transacción previa y la clave pública del próximo dueño y agregando estos al final de la moneda. Un beneficiario puede verificar las firmas para verificar la cadena de propiedad.

Se ha entendido que las criptomonedas (criptodivisas o criptoactivos) son una representación digital de un valor. Estas pueden ser comercializadas digitalmente y tienen las características de unidad de cuenta, unidad de intercambio y unidad de uso, pero no cuentan con la característica de uso legal forzoso en ningún Estado (2).

Muy resumidamente, decimos que este sistema está pensado con una tecnología denominada *blockchain*, en la cual los CPC procesadores de las transacciones “usuario-usuario” están descentralizados en nodos y trabajan honesta-

mente en conjunto, aportando espacio en disco y permitiendo la circulación irrevocable, inmodificable, de acciones de compraventa de moneda.

En la Argentina, la Unidad de Información Financiera (UIF) dictó la res. 300/2014 en el marco de la prevención del lavado de activos y de la financiación del terrorismo.

Allí define, en su art. 2º: “A los efectos de la presente resolución se entenderá por ‘monedas virtuales’ a la representación digital de valor que puede ser objeto de comercio digital y cuyas funciones son la de constituir un medio de intercambio, y/o una unidad de cuenta, y/o una reserva de valor, pero que no tienen curso legal, ni se emiten, ni se encuentran garantizadas por ningún país o jurisdicción”.

La definición de la UIF, más acorde con un enfoque jurídico, especifica que se trata de una “representación digital” de valor que “puede” ser objeto de comercio digital, sin curso legal y sin respaldo oficial.

Creemos que la definición que da la UIF es acertada, pues define a la criptomoneda por lo que es en realidad, por su funcionalidad.

En el art. 4º de la resolución citada, se dispone como obligación de los sujetos enumerados en la ley 25.246 (Ley de Entidades Financieras) el deber de informar, a través del sitio www.uif.gob.ar todas las operaciones efectuadas con monedas virtuales, evidenciando que las operaciones con monedas virtuales atraviesan los sistemas financieros contemplados en la Ley de Entidades Financieras. En el peor de los casos, no ne-

(1) Titulado “Un sistema de dinero electrónico *peer-to-peer*”, cuyo objetivo es “permitir que pagos *online* puedan ser enviados directamente entre partes sin pasar por una institución financiera”.

(2) FINANCIAL ACTION TASK FORCE, 2015, p. 26.

cesariamente las criptomonedas se utilizan “al margen” de los sistemas financieros oficiales.

II. Desarrollo

II.1. La situación actual

La primera criptomoneda que empezó a ser utilizada fue el *bitcoin* en 2009, aunque en los últimos años han aparecido otras; de hecho, hay más de mil alternativas distintas, como el *litecoin*, *ethereum*, *ripple*, *peercoin*, *namecoin*, *monero*, *dash*, *freicoin*, *petro* o *dogecoin*, entre otras. Todas tienen diferentes características y protocolos. Las criptomonedas hacen posible el llamado Internet del valor (3).

Nos encontramos, a nivel mundial —no solo en nuestro país—, ante una escasez de regulación. Vemos cómo la tecnología influye de manera directa sobre la economía y el derecho. Si bien ello puede implicar avances, nuevos descubrimientos y nuevas formas de ejercer el comercio, también, como cada vez que algo nuevo irrumpe en un sistema dado, comienzan las dudas, las inseguridades y los temores. Más cuando, directamente, esto interpela el propio poder de los distintos Estados.

En este sentido —y tampoco es que sea solo por resistencia, sino por prevención—, la UIF antes citada expone en los considerandos de la resolución: “Que las monedas virtuales representan un negocio en expansión en el mundo entero, que ha cobrado relevancia económica en los últimos tiempos (...). Que, adicionalmente, las monedas virtuales son muchas veces comercializadas mediante transacciones a distancia realizadas a través de internet; permiten el movimiento transfronterizo de activos, involucrando a entidades de diferentes países, pudiendo participar de las mismas jurisdicciones que no tienen controles de prevención de lavado de activos y de la financiación del terrorismo adecuados; todo lo cual dificulta a los sujetos obligados la detección operaciones sospechosas”.

Así, dice Gerscovich: “En esto coincidimos con Sebrel: La globalización no es, como con frecuencia se cree, una tendencia política iden-

tificada con el neoliberalismo; se trata de un cambio más profundo e irreversible, una nueva etapa histórica ineludible; el regreso al pasado es imposible, aunque puede haber retrocesos parciales y momentáneos. Es de lamentar que muchos intelectuales y políticos, incluidos gobernantes, sigan aferrados a las categorías de un mundo ya desaparecido y sean incapaces de afrontar lo nuevo. Se impone un giro copernicano: la mirada que veía al mundo moviéndose alrededor del propio” (4).

En el mismo sentido, Castillejo Arias señala que el *boom* de las monedas digitales “ha abierto las puertas a innovaciones en el ámbito del comercio electrónico y ha ayudado a señalar debilidades en la industria bancaria” (5).

II.2. Naturaleza jurídica. Distintas posturas teóricas

Consagrada la existencia de las criptomonedas, al menos en lo que respecta a nuestra reglamentación administrativa “antilavado”, nos preguntamos, como operadoras jurídicas, cuál sería su naturaleza jurídica y qué contratos (típicos o atípicos) se despliegan cuando un usuario en la Argentina adquiere criptomonedas para atesorar o para luego adquirir bienes y servicios.

Algunos autores que han escrito sobre el tópico han optado por las siguientes hipótesis:— *Como valor negociable no cartular*: toma esta postura Guido Demarco, luego de citar esta definición de la ley 26.831 de Mercado de Capitales. Así, dice, los valores negociables son “títulos valores emitidos tanto en forma cartular así como a todos aquellos valores incorporados a un registro de anotaciones en cuenta incluyendo, en particular, los valores de crédito o representativos de derechos creditorios, las acciones (...) y, en general, cualquier valor o contrato de

(4) GERSCOVICH, Carlos G., “Consumidores bancarios en el ciberespacio”, *Microjuris* MJ-DOC-6680-AR, MJJD6680, citando a SEBRELI, Juan, “El malestar de la política”, Ed. Sudamericana, Buenos Aires, 2012, reseña textual en *La Nación*, “Enfoques” del 28/10/2012, p. 5, con el título “El mundo en transición hacia un futuro global irreversible”, disponible en <http://www.lanacion.com.ar/1520954-el-mundo-en-transicion-hacia-un-futuro-global-irreversible>.

(5) CASTILLEJO ARIAS, Víctor A., “Bitcoin y el derecho de propiedad: ¿cosa o bien inmaterial?”, *RCCyC* 2020 (febrero), 245; LLAR/DOC/4056/2019.

(3) KEES, Milton H. — KAMERBEEK, Tomás A., “Sobre la naturaleza jurídica de las operaciones con criptomonedas”, *SJA* del 13/06/2018, 12; *JA* 2018-II, 1382; *AP AR/DOC/3016/2018*.

inversión o derechos de crédito homogéneos y fungibles, emitidos o agrupados en serie y negociables en igual forma y con efectos similares a los títulos valores; que por su configuración y régimen de transmisión sean susceptibles de tráfico generalizado e impersonal en los mercados financieros...” (6).

— *Como moneda*: esta postura no es sostenida por la doctrina, máxime al decir Eraso: “es posible afirmar que para encuadrar un bien —sea o no cosa— dentro de la calificación económica de moneda es preciso que sea aceptado como una medida de valor, unidad de cuenta y medio de pago (o de cambio); no obstante, en el plano jurídico solo será dinero lo que el Estado diga que es dinero. Por ende, y en atención a la redacción actual del art. 765 del Cód. Civ. y Com., parecería que solo podría considerarse como dinero la moneda de curso legal en la República Argentina” (7).

— *Como bien inmaterial susceptible de valor*: estos autores basan su postura en su ausencia de corporeidad (8). Entre ellos se encuentran Eraso, Lomaquiz y Rybnik.

Así, el primero de los nombrados dice: “el objeto sobre el cual recae el derecho de propiedad para aquellos que utilizan los *bitcoins* como moneda es la representación digital de valor (...). Las personas que incorporan *bitcoins* a su

patrimonio no lo hacen como licenciatarios de una obra protegida por derechos de autor, sino como titulares de un derecho de propiedad sobre una cantidad determinada de valores representados en el registro público” (9).

— *Como una cosa* (10). *Derecho real sobre el bitcoin*: quienes sostienen esta postura entienden que, pese a su condición digital, no dejan de ser un objeto.

Castillejo expone su postura claramente: “A mi entender, la relación jurídica entre un individuo y un *bitcoin* es propia de los derechos reales (11). Efectivamente, dicha relación es directa e inmediata. Asimismo, quien posee un *bitcoin* no posee un derecho a exigir de un tercero ninguna prestación. Esto se deriva de la característica de emisión descentralizada que posee el mismo protocolo que da existencia matemática al *bitcoin* (...). En mi opinión, toda relación jurídica que se derive de la posesión, uso, goce, transmisión, o cualquier acto de disposición y/o administración de *bitcoins* implicará necesariamente hacer referencia a la llave privada que le permite al usuario disponer de esos *bitcoins*. Asimismo, todo derecho real o de propiedad que haga referencia a este activo digital recaerá necesariamente en esta llave privada (...). La llave privada es lo esencial ya que es la que permite disponer de ese ‘saldo’. Sin esa llave privada que permite disponer de los *bitcoins*, dicho ‘saldo’ jamás podría ser utilizado” (12).

El mismo autor más adelante agrega: “Es decir, para la postura pragmática la materialidad

(6) DEMARCO, Guido, “Criptoactivos y oferta pública de valores: caso Block.one”, SJA del 21/10/2020, 15; JA 2020-IV; AP AR/DOC/2426/2020.

(7) ERASO LOMAQUIZ, Santiago, “Las monedas virtuales en el derecho argentino. Los *bitcoins*”, LA LEY del 31/12/2015, 1; LA LEY 2016-A, 727; LL AR/DOC/4070/2015.

(8) El sistema *bitcoin* se basa en dos procedimientos de verificación de transacciones: (i) la cadena de bloques, y (ii) la criptografía de clave pública. El último de estos procedimientos consiste en la utilización de dos claves por cada usuario. La clave pública, también conocida como dirección *bitcoin*, es un identificador que funciona como una “cuenta” en la cual se reciben los *bitcoins*. La clave privada es un código que funciona como una contraseña y permite al usuario firmar transacciones con *bitcoins* y transferirlos a otras direcciones. La utilización de las claves privadas permite probar la “titularidad” sobre los *bitcoins*. Cada clave pública, o dirección *bitcoin*, deriva de una clave privada a través de un procedimiento matemático unidireccional. ERAZO LOMAQUIZ, Santiago, “Las monedas virtuales...”, ob. cit.

(9) ERAZO LOMAQUIZ, Santiago, “Las monedas virtuales...”, ob. cit.

(10) En su art. 16, el Código establece: “Los derechos referidos en el primer párrafo del art. 15 —titularidad de los derechos sobre bienes— pueden recaer sobre bienes susceptibles de valor económico. Los bienes materiales se llaman cosas. Las disposiciones referentes a las cosas son aplicables a la energía y a las fuerzas naturales susceptibles de ser puestas al servicio del hombre”.

(11) A su vez, el art. 1883 del Cód. Civ. y Com. establece expresamente: “El derecho real se ejerce sobre la totalidad o una parte material de la cosa que constituye su objeto, por el todo o por una parte indivisa. El objeto también puede consistir en un bien taxativamente señalado por la ley”.

(12) CASTILLEJO ARIAS, Víctor A., “*Bitcoin* y el derecho de propiedad: ¿cosa o bien inmaterial?”, ob. cit.

hace no tanto ya, a la existencia atómica en el espacio físico de un objeto determinado sino a la posibilidad de percibir la existencia de dicho objeto de una manera más acorde a los tiempos que corren (...). No obstante, y para ser justos, creo que la dificultad para entender la postura pragmática radica en que es difícil aplicar el concepto de ‘propiedad’ a la información (...). Precisamente por esta razón, el *bitcoin*, si bien es ‘información’ también actúa como cosa y tiene un grado de perceptibilidad mucho mayor. En virtud de cómo está estructurado el protocolo, por primera vez podemos estar ante un pedazo de información que es único y que le otorga al propietario la capacidad de excluir a los demás de su uso. Si la clave privada del *bitcoin* está en mi posesión, no hay nadie en este mundo que pueda disponer de ella (...). Mi opinión es que el derecho de propiedad (o cualquier otro derecho real) recaería finalmente sobre la clave privada (*scriptSig*). La misma es el elemento único y necesario para realizar cualquier acto de disposición o administración de *bitcoins*. Sobre esta llave se tiene la relación directa e inmediata y sobre la misma se ejerce el dominio. Sin la clave privada no hay manera de acceder a ellos, y si la misma se pierde, los *bitcoins* quedarán no solo ‘fuera del comercio’, sino que serán permanentemente inaccesibles” (13).

En el mismo sentido, aunque ya habla de “cosa” en el sentido de bien mueble, Diego Nunes expone: “el art. 764 aplica las normas de dar cosas a ‘los casos en que la prestación debida consiste en transmitir, o poner a disposición del acreedor, un bien que no es cosa’. Siguiendo con este ejercicio podríamos definirlos como bienes muebles (art. 227), divisibles (art. 228), principales (art. 229), consumibles (art. 231), fungibles (art. 232), capaces de generar frutos (art. 233), dentro del comercio (por contraposición) (art. 234) y de los particulares (art. 238). Estas definiciones son de especial relevancia a la hora de celebrar contratos en donde aparecen estos activos” (14).

(13) CASTILLEJO ARIAS, Víctor A., “*Bitcoin* y el derecho de propiedad: ¿cosa o bien inmaterial?”, ob. cit.

(14) NUNES, Diego J., “Naturaleza jurídica del BTC —*bitcoin*—”, *Microjuris* del 16/09/2020, MJ-DOC-15530-AR, MJD15530.

III. Conclusión

La situación jurídica actual es que las criptomonedas no son emitidas ni garantizadas por un Banco Central o una autoridad pública, ni a nivel mundial ni tampoco en nuestro país. Esto genera “facilidad de transporte, transferencia a cualquier lugar del mundo” (15).

El gran problema al que nos enfrenta este enmarañado sistema es pretender entenderlo con ideas vetustas y anquilosadas, que se rompen al estirarlas para cubrir el nuevo modelo. El Estado no puede ignorar la existencia de las criptomonedas, sino que debe, sin sofocar la innovación, esforzarse por entender su funcionamiento y adoptar medidas orientadas a mitigar los riesgos asociados a su uso. Las criptomonedas exigen inevitablemente una regulación que, en todo caso, resulta crucial para su supervivencia (16).

Igualmente, considerando el art. 19 de la CN y nuestro Código Civil y Comercial vigente, podríamos decir que podría considerarse un medio de pago si así se pacta. Recordemos que nuestra legislación define el pago de una manera amplia, como “el cumplimiento de la prestación que constituye el objeto de la obligación” (17), lo que nos permitiría afirmar que, si la obligación está pactada en criptomonedas, el pago podría ser considerado como medio de pago válido, siempre que cumpla, obviamente, con sus caracteres generales: ser idéntico, íntegro, puntual y en el lugar pactado.

(15) Pero hay algo muy importante. A diferencia de las “monedas *fiat*”, no es inflacionaria, sino que es deflacionaria. Tiene limitada su emisión. Mientras que las monedas convencionales, al menos desde que se abandonó el patrón oro, se emiten muchas veces como forma de financiamiento del Estado —debilitando su poder adquisitivo—, el *bitcoin* ya tiene un cálculo de emisión que es deflacionario. Aunque los Bancos Centrales fijan objetivos inflacionarios, Bitcoin es una tecnología con objetivos deflacionarios. DÍAZ CISNEROS, Adriano P., “*Bitcoin*: El poder del consumidor”, *Microjuris* MJ-DOC-10611-AR, MJD10611.

(16) LINARES, María Belén, “Criptomonedas y lavado de activos”, *DPyC* 2020 (febrero), 213; LL AR/DOC/3049/2019.

(17) Art. 865, Cód. Civ. y Com.

La ignorancia de la tecnología no sirve de excusa: *blockchain* y *smart contracts* desde una óptica jurídica

Emma Goyenola Ripoll (*)

Sumario: I. Introducción.— II. *Blockchain* en forma sumaria.— III. Contratos inteligentes: todo menos inteligentes.— IV. Particularidades de los contratos inteligentes: algunas reflexiones.— V. Conclusiones.

I. Introducción

En el día a día, en casi cualquier lugar del mundo, es moneda corriente escuchar hablar de las criptomonedas, la primera generación de la tecnología *blockchain* (en español, *blockchain* significa “cadena de bloques”), una de las tecnologías emergentes y más disruptivas de la presente Revolución 4.0 que estamos viviendo, también llamada “Cuarta Revolución Industrial” o “Revolución de Cuarta Generación”.

A pesar de que la tecnología *blockchain* está íntimamente relacionada con la creación de las criptomonedas —es decir, moneda virtual como alternativa al dinero tradicional—, ya que en la actualidad este es el uso más popular de dicha tecnología, *blockchain* es mucho más que una plataforma tecnológica que posibilita la registración y transacción de monedas virtuales.

En efecto, la tecnología *blockchain* funciona, además, como plataforma o soporte tecnológico de los llamados contratos inteligentes (en inglés, *smart contracts*), los cuales representan lo que se llama la segunda generación de la tecnología *blockchain*.

(*) Abogada egresada de la Universidad de Montevideo. Integrante de la práctica de Derecho Corporativo de Mitrani, Caballero & Ruiz Moreno. Aspirante a Profesora Adscripta de Derecho Procesal II y Litigación en el Proceso por Audiencia, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo.

El presente trabajo pretende hacer una reflexión acerca de los contratos inteligentes como forma de registro de toda clase de operaciones y de ejecución de contratos. Para ello, con el objeto de lograr un mejor entendimiento por parte del lector, considero de primordial importancia hacer una muy breve referencia —ya que abordarlo en forma exhaustiva excede este trabajo— al concepto y funcionamiento de *blockchain*.

II. *Blockchain* en forma sumaria

II.1. Introducción

La información es un elemento crucial en nuestros trabajos. El acceso y la difusión de todo tipo de información ha sido un elemento fundamental en el desarrollo económico y social de la humanidad. La aparición y posterior evolución de internet a finales de los años 80 no ha hecho más que acelerar este proceso de desarrollo, posibilitando en una primera instancia el acceso a documentos almacenados en otros dispositivos, luego conectando personas, permitiendo un intercambio fluido de información, hasta llegar a la conexión del mundo virtual con el analógico o “no digital” [el llamado internet de las cosas o “IoT” (1), por sus siglas en inglés] que conocemos hoy en día.

Sin embargo, internet aún presenta ciertas limitaciones, sobre todo relacionadas a la falta de

(1) Sigla que en inglés significa *internet of things*.

seguridad, privacidad y veracidad en el intercambio de la información. Lo innovador que presenta la tecnología *blockchain* es que es óptima para el intercambio de valor y no solo de información (como lo han permitido hasta el presente las distintas generaciones de internet). En otras palabras, *blockchain* va un paso más allá que internet, viéndose como una tecnología que puede ayudar a superar las mentadas limitaciones del internet, proporcionando un método más seguro para el intercambio de información (registro de operaciones, transacciones, montos, fechas), así como de valor (tal es el caso del dinero, acciones, entre otras).

Es así que la *blockchain* representa una nueva generación de tecnología, que ofrece propiedades únicas. Por ello ha repercutido en múltiples sectores empresariales y es aplicada al desarrollo de nuevos productos y servicios en diversas empresas e industrias, tanto en el sector público como en el sector privado.

II.2. Concepto

Ahora bien, ¿qué es una *blockchain*? *Blockchain* significa en español “cadena de bloques”. Se trata de una gran base de datos que representa un gran libro contable virtual, y está conformada, como su nombre lo indica, por una cadena de bloques (2), que:

(i) están asegurados criptográficamente e interconectados entre sí, donde cada bloque registra y almacena en orden cronológico las transacciones realizadas entre dos o más partes;

(ii) se encuentran distribuidos. Esto significa que se ejecuta una copia idéntica de todos los bloques que conforman la cadena en forma simultánea en cada uno de los ordenadores que ofrecen voluntariamente personas en todo el mundo (a estos se los llama “nodos”) (3), en lugar de estar sujetos y controlados por una única autoridad central;

(iii) quedan registrados en la *blockchain* en forma permanente (no se pueden eliminar ni

modificar) (4). Todo ello genera seguridad, confianza y privacidad (aun en *blockchains* privadas, las transacciones son visibles por todos los participantes, aunque no se visualizan las identidades de quienes realizan esas transacciones).

El hecho de que la base de datos se encuentre distribuida hace innecesaria la participación de un tercero confiable o intermediario, como tradicionalmente lo han sido un banco, una autoridad central o una institución gubernamental.

Se reemplaza así la dependencia de estos terceros intermediarios —y sus costos asociados—; se reemplaza también el almacenamiento de la base de datos centralizada en dicho intermediario por tecnología y código (5), lo cual permite que la *blockchain* sea una base de datos con un registro descentralizado. Para ejemplificar, digamos que si dos partes quieren hacer una transacción con *bitcoins* (la criptomoneda de la red Bitcoin), no es necesario que una entidad financiera o un banco intermedien para verificar y realizar esa transacción; es por este motivo que la tecnología permite hacer transacciones entre iguales, lo cual en inglés se denomina *peer-to-peer*.

II.3. Funcionamiento de la blockchain en lenguaje no computacional

Sin perjuicio de que hay distintos tipos de *blockchains* que se diferencian en su arquitectura

(4) La inmutabilidad como característica de esta tecnología no deriva de una falencia computacional, ya que desde este punto de vista nada lo imposibilita, sino de que deriva del hecho de que para modificar los datos de una operación que ya fue validada por la red se tendrán que modificar también todos los bloques que se fueron generando con posterioridad al que se quiere modificar. Lo cual hace que modificar una transacción o intercambio luego de que ha sido validado sea prácticamente imposible, ya que, al estar la información distribuida, se requiere el consenso de la mayoría de los ordenadores de la red, además de requerir un gran consumo eléctrico. Ciertamente, cuanto más antiguo sea el bloque, más difícil será lograr un consenso para modificarlo, más aún teniendo en cuenta que quienes almacenan las copias no se conocen entre sí. Esta particular característica de la *blockchain* hace que sea muy difícil una defraudación o falsificación de los datos.

(5) UBALDI, B. *et al.*, “State of the art in the use of emerging technologies in the public sector”, OECD Working Papers on Public Governance, nro. 31, Ed. OECD Publishing, París, 2019, <https://doi.org/10.1787/932780bc-en>.

(2) BITTENCOURT, D. - MACHADO, J., “Digital inclusion and blockchain as instruments for economic development”, 2020, DOI: 10.47975/10.47975/digital-law112020, *International Journal of Digital Law*, DOI: 10.47975/10.47975/nupedjournal112020, ps. 96-115.

(3) DABAH, A., “Contratos inteligentes y su legalidad en el derecho argentino”, LL AR/DOC/2979/2020.

ra y armado, y se clasifican según el acceso para participar en las transacciones o para validarlas,

debemos hacer una breve referencia al funcionamiento de una *blockchain* en forma general, que, como ya hemos mencionado, y reiteramos, es la tecnología en la que se basan los contratos inteligentes.

A fin de facilitar la comprensión del lector sobre qué se entiende por contratos inteligentes, intentaremos explicar el funcionamiento de la *blockchain* ejemplificando cómo se realiza una transacción en ella.

Imaginemos que Alicia le quiere enviar a Bob dos criptomonedas que tiene en su billetera dentro de la *blockchain*. Alicia debe enviar una petición de transacción a la cadena de la red de la *blockchain* en la que tiene sus criptomonedas. De esta forma, personas identificadas con el nombre de “mineros” verifican la transacción (comprueban que Alicia efectivamente tenga el saldo de criptomonedas que quiere transferir) y compiten entre ellos para añadir esa transacción en un bloque con otras transacciones.

Para ello, los mineros resuelven una operación matemática compleja (una suerte de lotería). Una vez que uno de los mineros resuelve esta operación es necesario que la mayoría de los mineros de la red la verifique. Logrado el consenso de la mayoría de los mineros de la red, la transacción entre Alicia y Bob se agrega a la *blockchain*, por lo que Bob recibe los cryptoactivos en su billetera.

Cabe resaltar que estos mineros no son empleados de la *blockchain*. Por ejemplo, si en el caso planteado Alicia está operando en la *blockchain* Bitcoin y le transfiere a Bob dos *bitcoins*, los mineros que validarán la transacción no son empleados de Bitcoin, sino que son personas que están ubicadas al azar y en cualquier parte del mundo. Los mineros se dedican a crear los bloques mediante la acción de minería, y reciben una contrapartida por esta labor: crear bloques y transmitirlos a cada uno de los ordenadores en los que se encuentra distribuida la *blockchain*. Dado que el minero no es un empleado, como acabamos de puntualizar, probablemente el lector se cuestione cómo se lo retribuye. Es el sistema el que premia al minero que gana la lo-

tería con criptomonedas. Esta es la forma en la que “nuevas” monedas entran al sistema.

Una vez realizada la transacción, esta se registra en cada una de las copias de la *blockchain* que hay en los ordenadores que están dispersos en varias personas en todo el mundo (carácter de descentralización de la *blockchain*).

El lector se podrá preguntar: ¿cómo nos aseguramos de que todas las copias se guardan al mismo tiempo y en el mismo orden en cada uno de los ordenadores? La respuesta está dada por lo que se llama *hash* criptográfico.

La función del *hash* criptográfico implica que para cualquier transacción hay una gran cantidad de números 0 y 1 que se identifican con ella. De este modo, y si se verifica que el mensaje cambia, la cantidad numérica de 0 y 1 que la identifican también cambia.

La transacción se considerará válida únicamente si es firmada por el emisor, y un bloque se considerará válido únicamente si tiene lo que se llama prueba de trabajo (o *proof of work*, en inglés). Además, para ser incorporado en la cadena, el bloque deberá contener el *hash* del bloque anterior, y así sucesivamente. Por esta razón se dice que los bloques están interconectados criptográficamente.

Como regla general, siempre hay que confiar en la cadena de bloques más larga, porque es en la que todos los demás mineros están trabajando, es decir, es la que tiene más trabajo acumulado. Cada vez que hacemos una transacción, podemos optar por incluir una tarifa para el minero a los efectos de incentivarlo a que incluya mi transacción en el próximo bloque, ya que en definitiva son los mineros los que deciden qué transacción incluir en el nuevo bloque.

Un tema muy importante en las *blockchains* públicas es que cualquier persona puede acceder a la red y hacer una transacción.

En este escenario, ¿cómo hacemos para evitar que Alicia pague a Bob sin que este último apruebe dicha transacción? ¿Cómo confiamos en que las transacciones hechas en la *blockchain* son como el emisor quería que fueran? Acá entra en juego la firma digital, la cual nadie puede fraguar.

En la *blockchain*, cada uno genera lo que se llama una clave pública y una clave privada. La firma digital dentro de la *blockchain* se genera teniendo en cuenta tanto la transacción como la clave privada (6). Para verificar que la firma digital sea efectivamente de quien dice ser, debemos acudir a la clave pública. En otras palabras, la llave pública es la que permite verificar que esa firma haya sido creada por la llave privada que está asociada a la llave pública. De esta forma, y utilizando una clave pública y privada, los poseedores de una cartera pueden recibir y enviar criptomonedas.

Cada transacción realizada dentro de la *blockchain* requiere una nueva firma. Entonces, en el ejemplo que venimos exponiendo, decimos que si Alicia le quiere volver a transferir a Bob criptomonedas, la firma digital de Alicia en la segunda transacción será diferente de la primera.

II.4. Aclaraciones pertinentes: evitemos errores comunes

(i) Bitcoin y blockchain no son lo mismo.

Blockchain es la tecnología que hemos explicado brevemente en el apartado anterior, la cual posibilita, entre otras cosas, hacer transacciones con criptomonedas, como, por ejemplo, *bitcoin*.

En cambio, las *bitcoins*: (a) son un tipo de moneda virtual; más específicamente, son las primeras criptomonedas que se crearon, y (b) son las criptomonedas que se usan en la red Bitcoin (la primera aplicación de la tecnología *blockchain*) (7).

(ii) Si bien fueron las primeras, las *bitcoins* no son el único tipo de moneda virtual que existe, pero son las únicas en las que se puede operar en la *blockchain* denominada Bitcoin. Cada red de *blockchain* tiene su propia moneda. Por ejemplo, en la *blockchain* llamada Ethereum se opera con su valor nativo, que es el *ether*, así como también se puede operar con varias otras criptomonedas, como por ejemplo el DAI (que

es una moneda del tipo ERC20). En otras palabras, la criptomoneda DAI no puede operar en la tecnología *blockchain* de Bitcoin, pues en esta solamente se opera con las criptomonedas denominadas *bitcoins*. Contrariamente, en Ethereum, además del *ether* se puede operar con otras criptomonedas (8).

(iii) Los llamados contratos inteligentes no funcionan en la *blockchain* de Bitcoin, sino que la plataforma más utilizada para ello es Ethereum.

(iv) Una característica importante de la *blockchain* es que preserva el anonimato de las personas que están detrás de cada una de las transacciones realizadas en la *blockchain*, por más que dichas transacciones puedan ser auditadas en tiempo real.

III. Contratos inteligentes: todo menos inteligentes

III.1. Introducción

Hoy en día hay muchas aplicaciones que son relativamente fáciles de usar y que nos permiten intercambiar criptoactivos sin que nos demos cuenta qué o cómo sucede ese intercambio desde el punto de vista técnico. Desde ya, no es necesario visibilizar la complejidad de la *blockchain* para que las personas podamos operar en ella.

III.2. ¿Qué son los contratos inteligentes?

No se trata de contratos que tienen la capacidad de pensar y razonar por sí mismos o de autorredactar sus cláusulas, o por lo menos no por el momento.

Los llamados “contratos inteligentes” son pequeños programas informáticos que se almacenan y desarrollan en una plataforma basada en la tecnología *blockchain* y ejecutan automáticamente todo o parte de un acuerdo preestablecido una vez que se cumplen las condiciones pactadas por las partes en dicho contrato (9).

(6) La llave privada asegura que solamente sea el emisor quien puede producir la firma, y el hecho de que ella dependa del mensaje o transacción implica que nadie puede simplemente copiar mi firma para usarla en otra transacción.

(7) UBALDI, B. et al., “State of the art...”, ob. cit.

(8) Para profundizar sobre las criptomonedas de la red Ethereum, véase <https://medium.com/linum-labs/ethereum-tokens-explained-ffe9df918008>.

(9) UBALDI, B. et al., “State of the art...”, ob. cit.

Probablemente, la analogía que hizo Nick Szabo (10) de los contratos inteligentes con la máquina expendedora de alimentos sea la más conocida para explicar estos programas computacionales. Para obtener un alimento de una máquina expendedora, lo único que debemos hacer es colocar en ella la cantidad de dinero requerida según el alimento deseado y luego seleccionar el número con el que está identificado ese alimento. La máquina, ante el ingreso de dinero, verifica que la cantidad introducida coincida con la requerida para el alimento seleccionado y, ante ello, dispensará el alimento. Es decir, ante una correcta entrada (dinero), una determinada salida (alimento) será garantizada (11).

Esquemáticamente, la lógica utilizada para programar la máquina expendedora de alimentos es la siguiente: dinero + alimento seleccionado = alimento dispensado.

Al igual que la máquina expendedora de alimentos, el contrato inteligente también tiene una lógica programada.

Desde el punto de vista computacional, se programa un código con las condiciones acordadas que se sube a la *blockchain* a una dirección (12) específica. Una vez que las condiciones preestablecidas o preprogramadas se verifican, el contrato inteligente ejecuta en forma automática la cláusula o cláusulas del contrato, según corresponda.

Pareciera entonces que el carácter “inteligente” del contrato está dado por su autoejecutabilidad, haciendo innecesaria la participación de un tercero intermediario para que exija su cumplimiento, como usualmente sucede en nuestra disciplina jurídica con la participación de un juez o un árbitro ante el incumplimiento de las obligaciones asumidas por una de las partes contratantes. Así como vimos que no es nece-

saria la participación de una institución de intermediación financiera para que se transfieran las criptomonedas de Alicia a Bob en el ejemplo dado anteriormente, acá tampoco es necesaria la participación de un intermediario para hacer cumplir el contrato inteligente.

Además de la mencionada autoejecutabilidad y, por ende, desintermediación en este aspecto, los contratos inteligentes heredan de la plataforma en la cual se desarrollan la característica de inmodificabilidad. Esto es, al operar en una *blockchain*, el código de programación de los contratos inteligentes no se puede modificar una vez que son subidos a la plataforma tecnológica. Por ende, los errores de codificación en los contratos inteligentes no pueden corregirse.

III.3. ¿Cómo verifica el contrato inteligente el cumplimiento de las condiciones?

Dado que el contrato inteligente está subido en la *blockchain*, al igual que su código, el cual es inmodificable, ¿cómo hace el contrato para verificar el cumplimiento de las condiciones acordadas? Más específicamente, ¿cómo hace la tecnología *blockchain* para verificar una condición que ocurre fuera de la cadena de bloques? La *blockchain* no puede por sí misma acceder a información fuera de la cadena; a dicha información solo se accede mediante el oráculo.

Aparece así otro elemento fundamental para entender el funcionamiento de los contratos inteligentes.

Se entiende por “oráculo” la conexión entre la *blockchain* y el mundo real, es decir, entre el mundo analógico y el digital. Se trata de una herramienta informática (técnicamente, de una interfaz de programación de aplicaciones) que opera de forma independiente al código de un contrato inteligente, y que recopila o tiene acceso a información que se encuentra fuera de la *blockchain* a la que pertenece, poniéndola a disposición del contrato inteligente. La información a la que el contrato inteligente tiene acceso mediante el oráculo le permitirá confirmar si se han cumplido o no las condiciones preestablecidas a los efectos de autoejecutarse (13).

(10) SZABO, N., “The idea of smart contracts”, 1997, <https://perma.cc/YED2-ACVP>, recuperado el 01/05/2021.

(11) “Introduction to smart contracts”, *Ethereum*, <https://ethereum.org/en/developers/docs/smart-contracts/#a-digital-vending-machine>, recuperado el 11/04/2021.

(12) Una dirección en *blockchain* surge de la clave pública, la cual se genera de la clave privada.

(13) ARCARI, J., “Smart contract basics. A legal contract perspective”, *Medium*, 2018, <https://medium.com/fordham-business-law-association/smart-contract-ba->

Ahora bien, a medida que nos adentramos en el tema en análisis, empiezan a surgir interrogantes: ¿cómo confiamos en el oráculo?, ¿cómo nos aseguramos de que la información brindada por el oráculo sea correcta y fidedigna? Estas y otras interrogantes relacionadas parecen razonables, considerando que, si la información a la que tiene acceso el contrato inteligente no es verídica, el contrato inteligente probablemente no se ejecute acorde a la intención de las partes, frustrándose así su finalidad.

Además, el hecho de que el contrato inteligente deba recurrir a una fuente externa a la *blockchain* para acceder a la información que necesita pone en jaque la tan aclamada seguridad, confianza y desintermediación que caracteriza a la tecnología *blockchain*.

En definitiva, la verificación de la condición o las condiciones pactadas para la ejecución del contrato podría quedar en manos pura y exclusivamente del oráculo y la información contenida en él, la cual, además, de ser provista por un tercero externo a la red, puede ser falsificada e incluso su veracidad puede ser cuestionada.

La centralización de la información, la posibilidad de ser víctima de ataques cibernéticos, la dificultad de conseguir datos confiables de fuentes externas y el hecho de que muchas condiciones son hechos que ocurren fuera de la cadena y que no pueden representarse en formato legible por las máquinas (14), constituyen el gran problema del oráculo, que por definición debe ser confiable.

Ante este escenario, algunas empresas han comenzado a trabajar en oráculos descentralizados y otras han implementado un sistema de comparación de información de distintas fuentes a los efectos de obtener resultados confiables (15), como posibles soluciones al problema del oráculo.

sics-a-legal-contract-perspective-8da04b022973, recuperado el 26/04/2021.

(14) HEREDIA, S., “*Smart contracts*: qué son, para qué sirven y para qué no servirán”, 1ª ed., Ed. II, Buenos Aires, 2020.

(15) MIRASSOU, C. — HADAD, A., “Nuevo paradigma contractual: los *smart contracts*”, LA LEY, *Supl. Esp. Legal Tech II*, noviembre 2019, 49; LL AR/DOC/3578/2019.

Un oráculo descentralizado es el que utiliza otro contrato inteligente como oráculo, aunque aun en este caso el oráculo contrato inteligente estará estructurado sobre la base de dos componentes (16): uno dentro de la cadena (contrato inteligente) y otro fuera de la cadena, que tiene acceso a la información y eventos del mundo real (mediante una interfaz de programación de aplicaciones).

A pesar de que hacer oráculos descentralizados (como lo sería un contrato inteligente actuando como oráculo) eliminaría una de las contras que hoy está sobre la mesa de debate, no solucionaría por completo la problemática relacionada, ya que hay un componente que siempre estará fuera de la cadena. Adicionalmente, podrá ser una solución deseable para algún caso, pero no para otro, donde la mejor opción será usar un oráculo centralizado.

Asimismo, los contratos que otorgan a sus partes o titulares una participación sobre activos reales presentarán problemáticas adicionales, tales como: (i) la necesaria actuación de un intermediario (p. ej., el oráculo o un agente de este) que se constituya en propietario de los bienes, dado que en ciertos países, como la Argentina, no existe legislación que reconozca la propiedad sobre activos llevados en la *blockchain*. En este caso, para que la propiedad directa sobre activos por parte de los usuarios de la *blockchain* fuera reconocida, en el caso de bienes registrables (inmuebles, automotores, aeronaves, buques, valores negociables, etc.), los registros de la propiedad respectivos debieran de algún modo remitirse al padrón que figure en la *blockchain* correspondiente o participar de él, lo cual, por lo menos hasta el momento, no existe ni ocurre; (ii) por otro lado, y derivado del principio anterior, se planteará qué grado de protección tendrán los activos reales contra las acciones individuales o colectivas que pudieran iniciar los acreedores del oráculo, de sus agentes o de quien resulte propietario de los activos en beneficio del padrón de usuarios de la *blockchain*. En este último caso, se suele recurrir a la cobertura que

(16) COSTA, P., “Implementing a blockchain oracle on Ethereum”, *Medium*, 2019, <https://medium.com/@pedrodc.implementing-a-blockchain-oracle-on-ethereum-cedc7e26b49e>, recuperado el 28/04/2021.

brinda el fideicomiso ordinario y financiero de los arts. 1666 y ss. del Cód. Civ. y Com. argentino, como vehículo de los activos, en beneficio de los usuarios de la *blockchain*.

Probablemente sean estas algunas de las cuestiones más relevantes a considerar al elegir utilizar los contratos inteligentes como vehículos para determinados negocios, así como también entendemos que deben ser mejoradas en pos de mantener la seguridad y confianza, valores con los que se identifica a la *blockchain* como una de las plataformas tecnológicas más representativas de la presente revolución industrial.

IV. Particularidades de los contratos inteligentes: algunas reflexiones

Muchos autores (17) agrupan los caracteres diferenciales de los contratos inteligentes como ventajas o desventajas.

En mi visión, más que generalizar o señalar las “ventajas” o “desventajas” de los contratos inteligentes, creo que deberíamos estar al caso en concreto y analizar si las características esenciales de estos contratos inteligentes se considerarán o no beneficiosas para la operación que se quiere llevar a cabo. En otras palabras, lo conveniente sería hacer un análisis caso a caso, a los efectos de saber si es o no conveniente hacer la transacción que se quiere realizar a través de un contrato inteligente en la *blockchain*. Si, al ponderar, nos enfrentamos a más puntos débiles que fuertes, seguramente no consideraremos usar el contrato inteligente de la *blockchain*. Para que el lector tenga un mejor entendimiento de mi punto de vista, a continuación expondré en forma más detallada mis reflexiones en cuanto a las particularidades de estos contratos, a ser consideradas en el caso puntual.

IV.1. Autoejecución

Como mencionamos anteriormente, la característica distintiva por excelencia de los contratos inteligentes es la de autoejecución. En principio, verificadas ciertas condiciones, el contrato se ejecutará sin más.

(17) Autores como Mirassou y Hadad desarrollan ventajas y desventajas de este tipo de contratos. Para ampliar, referirse a su artículo “Nuevo paradigma contractual: los *smart contracts*”, ob. cit.

Resulta atractivo el hecho de que sea el propio contrato, y no un tercero (sea o no una de las partes contratantes), el que verifique el cumplimiento de lo acordado y que, al hacerlo, despliegue automáticamente los efectos deseados por las partes, generándoles un alto grado de certidumbre en cuanto a la ejecución. En este escenario, no participan terceros que hagan ejecutar el contrato.

Ahora bien, ¿qué sucede si el contrato se (mal) ejecuta porque las condiciones acordadas fueron erróneamente codificadas? Recordemos que es a través del código que el contrato inteligente conocerá cuáles son las condiciones acordadas. Imaginemos que se codificó erróneamente y las condiciones pactadas por las partes no son las mismas que las que se reflejaron en el código. El contrato inteligente, luego de verificar el cumplimiento de las condiciones, automáticamente ejecuta las cláusulas contenidas en él. Ante esta situación, ¿cómo hacen las partes para volver a la situación anterior a la de ejecución y que se vuelva a ejecutar el contrato según las condiciones pactadas?, ¿será posible?, ¿quién será competente desde el punto de vista jurídico para resolver este conflicto? En el caso planteado, las partes toman conocimiento del error en la codificación luego de la ejecución del contrato, ¿podrán ellas responsabilizar a los asesores —programadores y letrados— por el error humano en la codificación? Y, en su caso, ¿cómo se determinará la responsabilidad de dichos asesores en el evento de que no pueda probarse si el error fue del asesor letrado al comunicar las condiciones al programador o del programador al codificar? Y aun si las partes (p. ej., por aviso de sus asesores) tomaran conocimiento previo a la ejecución del contrato de que existe un error de codificación, el cual, como vimos, no puede remediarse (por la característica de la inmodificabilidad que adquiere de la *blockchain*), ¿cómo se resolverá? Ya que en la contratación tradicional (18) es posible realizar enmiendas al contrato firmado, podríamos por esta vía modificar la intención de las partes ya plasmada en el contrato, pero no es una opción que podamos barajar en el contrato inteligente basado en *blockchain*, dado que el código no puede modificarse y, por ende, los errores en los contratos inteligentes

(18) Por “contratación tradicional” nos referimos a la contratación no tecnológica, fuera de *blockchain*.

no pueden remediarse como sí se puede en los contratos no basados en *blockchain*.

Adicionalmente, por lo general se insiste en destacar como ventaja de los contratos inteligentes el ahorro, no solo de tiempo, sino de dinero. Ahorro de costos de asesores letrados, notarios o escribanos cuya participación es preceptiva en ciertos negocios, costos y gastos relacionados a eventuales procesos judiciales o arbitrales.

En el escenario hipotético mencionado anteriormente, ¿podemos afirmar que efectivamente se han reducido los costos de transacción (una de las principales características que se le adjudica a este tipo de contratos)? ¿O si ocurre lo comentado se terminará incurriendo en los mismos (o más elevados) costos que se quisieron evitar en primer lugar? Ya sean costos asociados a la contratación tradicional o a la forma de ejecución tradicional (jurisdiccional o arbitral) en caso de incumplimiento.

Tengamos en cuenta que realizar transacciones en *blockchain*, particularmente en Ethereum, tiene también sus costos, tanto de gas (la *blockchain* utiliza un gran consumo energético debido al elevado requerimiento computacional necesario para resolver los algoritmos matemáticos para añadir un bloque a la cadena anterior) como para los mineros, a los efectos de incentivarlos a que agreguen mi transacción antes que otra transacción en la cadena de bloques.

IV.2. Inmodificabilidad

Otro de los caracteres distintivos de los contratos inteligentes es la inmodificabilidad.

Si bien puede ser visto como un rasgo beneficioso, dado que el contrato no puede destruirse y la información contenida en él es inalterable, proporcionando seguridad, también la inmodificabilidad puede ser una gran desventaja en caso de la ocurrencia de circunstancias externas a las partes, inevitables e imprevisibles a la hora de celebrar el contrato, imposibilitando a las partes alegar la existencia de la fuerza mayor, caso fortuito o alguna otra teoría doctrinaria similar que ampare a las partes —dependiendo de la ley aplicable—, ya que lo pactado en el contrato inteligente es inmodificable. O, como mencionamos en el ejemplo anterior, incluso

cuando no exista un evento que califique como fuerza mayor, si las partes simplemente cambian de opinión y negocian otras condiciones diferentes a las ya reflejadas, la inmodificabilidad que caracteriza a estos contratos no permitirá realizar enmiendas contractuales, práctica usual en el área contractual tradicional que permite acompañar el dinamismo del mundo no digital.

Para ejemplificar, si una persona acuerda con otra que al primer día de cada mes calendario le transferirá una determinada cantidad de criptomonedas, si el contrato inteligente está correctamente codificado (esto es, el código está correctamente programado e incluye la condición pactada por las partes), el contrato verificará que sea el primero de cada mes para, consecuentemente, transferir la cantidad de criptomonedas acordadas a la dirección de la parte que corresponda.

En este caso vemos que las características de autoejecutabilidad e inmodificabilidad del código del contrato inteligente se pueden considerar beneficiosas en todo sentido. En primer lugar, las partes se aseguran que, cumplida la condición (llegado el primero de cada mes), la parte que recibe las criptomonedas las tendrá en su billetera sin necesidad de acudir a un tercero imparcial para que compela a la parte deudora a transferir la cantidad de criptomonedas debida. La plataforma realizará automáticamente la transacción llegado el primero de cada mes luego de haber verificado que el deudor tiene la cantidad de criptomonedas acordada en su billetera. Asimismo, el hecho de que el código sea inmodificable automatiza la operación, asegurando así que todos los meses el acreedor reciba el valor pactado en su dirección. El contrato inteligente genera así seguridad, ya que las partes tienen certeza de que se va a cumplir según lo acordado y pactado entre ellas, en tanto esté correctamente codificado.

Decimos “en tanto esté correctamente codificado”, porque, una vez ingresado a la *blockchain*, el código no puede ser modificado. Ello implica que queda bloqueado en la *blockchain* y, por tanto, si el código que introdujimos en la *blockchain* es erróneo no hay forma de modificarlo. En este sentido, el carácter de inmodificabilidad del código que caracteriza al contrato

inteligente es claramente una desventaja, ya que no podemos remediar el error de codificación.

Ahora bien, ¿qué sucede si llegado el primero de cada mes el deudor no posee los fondos necesarios para que el contrato inteligente transfiera los fondos a la dirección del acreedor? ¿Qué podría hacer el acreedor en este escenario? ¿Y si la dirección programada como destinataria de los fondos no es la correcta, por haber un error de codificación?

Las transacciones en *blockchain* son irreversibles; por ende, los fondos quedarán bloqueados una vez transferidos. ¿Tendrá derecho el acreedor de accionar en contra del deudor por no haberle transferido los fondos el primero del mes, como pactado? Si así fuera, ¿quién sería competente para resolver estas situaciones? ¿Y si los fondos fueron transferidos, pero a una dirección equivocada por un error de codificación? ¿Y si se trata de dos personas que se encuentran en distintas jurisdicciones? ¿Podrían ser aplicables las reglas del derecho internacional privado? ¿Y si no se puede conocer la jurisdicción de las personas que contrataron? Recordemos que, a nivel tecnológico, la *blockchain* garantiza el anonimato de las partes que operan en ella, lo cual es particularmente complejo desde un punto de vista jurídico, ya que, al parecer, no sería posible conocer la identidad de las partes que operan en *blockchain*. El anonimato es beneficioso, pero podría ser problemático desde la perspectiva legal.

IV.3. Conclusiones preliminares sobre las particularidades de los contratos inteligentes

A partir de las reflexiones expuestas anteriormente relacionadas a la autoejecutabilidad e inmodificabilidad caracterizantes de los contratos inteligentes, ¿se puede afirmar que estos contratos son realmente inteligentes? Según el *Diccionario* de la Real Academia Española (RAE) (19), se considera “inteligencia”, entre otras acepciones del término, a: (i) la capacidad de entender o comprender, (ii) la capacidad de resolver problemas, (iii) conocimiento, comprensión, acto de entender, (iv) la habilidad, destreza y experiencia. El mismo *Diccionario* define a la “inte-

ligencia artificial” como la “disciplina científica que se ocupa de crear programas informáticos que ejecutan operaciones comparables a las que realiza la mente humana, como el aprendizaje o el razonamiento lógico”.

De las citadas definiciones, y considerando la forma de funcionar de los contratos inteligentes, en opinión de quien escribe no se puede concluir que la inteligencia sea uno de los atributos de este tipo de contratos, en tanto no pareciera que tengan la capacidad de comprender, razonar y menos aún de resolver problemas. De lo contrario, serían capaces de resolver situaciones como las planteadas en los apartados anteriores. Por ejemplo, tendrían la capacidad de comprender que un determinado hecho del mundo exterior tendría impacto en lo pactado por las partes en ese contrato inteligente y, al comprender esta situación, el contrato inteligente, en lugar de proceder a la ejecución, la suspendería. Pero no es el caso; los contratos inteligentes, al verificar la condición pactada, proceden directamente a la ejecución, sin hacer ningún tipo de razonamiento lógico (aun frente al impacto negativo de un hecho del mundo real, ya que no tienen la capacidad de calificar como negativo el impacto de los hechos exteriores en estas condiciones prefijadas).

Por tanto, en su estado actual de evolución, no vacilo en afirmar que los contratos inteligentes no son verdaderamente inteligentes, al menos no en los términos que la RAE considera como inteligencia.

En mi modesta opinión, se puede tranquilamente inferir que los contratos inteligentes sirven para automatizar ciertas funciones, pero no sirven para muchas otras, con lo cual presentan importantes limitaciones por el simple hecho de ser programas informáticos. Su inflexibilidad (consecuencia de la inmodificabilidad) no les permite acompasar las realidades dinámicas del mundo no digital. Tampoco tienen la capacidad de reaccionar autónomamente a los acontecimientos del mundo exterior o consultar servidores de internet (como sí pueden hacerlo los asesores letrados al preparar contratos tradicionales, por ejemplo). Ni siquiera pueden reaccionar a eventos que suceden dentro de la propia *blockchain* diferentes a los programados en su código.

(19) REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, “Diccionario de la Lengua Española”, voz “Inteligencia”, <https://dle.rae.es/inteligencia>, recuperado el 03/05/2021.

No obstante lo anterior, así como el contrato inteligente tiene sus particularidades, también las tiene la contratación tradicional o no basada en *blockchain*, con lo cual habrá que estar al caso en concreto para analizar cuáles son los beneficios y los posibles riesgos a asumir de utilizar uno u otro vehículo para plasmar el negocio o la operación que se quiere llevar a cabo. Para ello, es fundamental que el asesor jurídico tenga conocimiento de la existencia de esta forma de contratación en desarrollo creciente y evolución constante para poder dar un asesoramiento adecuado a las necesidades de nuestro cliente y en línea con la realidad del mundo actual, caracterizada por la incesante disrupción tecnológica.

Ya se ha percibido una mayor apertura a la utilización de estos contratos inteligentes para plasmar ciertas operaciones o transacciones que antes se instrumentaban fuera de una plataforma tecnológica como la *blockchain*. Sin perjuicio de ello, no visualizo en el corto plazo que la instrumentación jurídica tradicional de ciertas transacciones sea completamente reemplazada por la instrumentación en los contratos inteligentes de *blockchain*. Pero sí seguramente veamos un mayor uso de estos últimos. En efecto, resultaría sumamente práctico para las partes que en la misma plataforma tecnológica en la que acuerdan la venta de un servicio, por ejemplo, mediante la correcta codificación del contrato inteligente, la contraprestación correlativa de la contraparte que recibe el servicio se haga también en dicha plataforma mediante el pago de las criptomonedas correspondientes a esa plataforma.

Nada más que el tiempo demostrará el uso de los contratos inteligentes y la mejor forma de abordar las problemáticas relacionadas a ellos. Hoy en día todavía nos encontramos en tierra infértil. Las consultas legales relacionadas a la utilización de los contratos inteligentes como plataformas para realizar ciertas operaciones son escasas o casi nulas. Pero, al igual que sucedió con las criptomonedas, su uso cada vez más frecuente probablemente disparará una particular atención jurídica, ya sea en cuanto a la regulación o al asesoramiento vinculado a él.

Con relación a este último punto, desde ya se advierte al lector que esta tecnología trajo

consigo un cambio de paradigma en la forma de ejercer la profesión legal. El desafío que se nos impone a los aplicadores del derecho es doble: estratégico y cultural. Ya no podremos seguir utilizando el esquema tradicional para instrumentar ciertas operaciones cuando nuestro cliente quiera usar plataformas tecnológicas como la *blockchain*, así como tampoco podremos resolver por el camino tradicional los conflictos suscitados entre partes vinculadas mediante un contrato basado en *blockchain*. Con lo cual pareciera que debemos desaprender mucho de lo aprendido para volverlo a aprender de una manera diferente, repensar nuevas estrategias, formas de pensar y de prestar el servicio a nuestro cliente, empezando por adaptarnos a redactar documentos en forma concisa y no ambigua. Ahora no hay espacio para dobles interpretaciones ni para conceptos que requieran de la valoración humana (como lo son la “diligencia de un buen hombre de familia” o la “diligencia de un buen hombre de negocios”), ya que el contrato inteligente no tiene la capacidad de hacer valoraciones; tan solo procederá a autoejecutarse tras verificar el cumplimiento o no de las condiciones pactadas por las partes.

IV.4. Los contratos inteligentes: ¿son contratos tecnológicos o contratos legales? Algunas reflexiones desde el punto de vista legal

La denominación de estos programas computacionales que funcionan en *blockchain* razonablemente lleva a cuestionarnos si estos contratos inteligentes realmente constituyen actos jurídicos.

Es particularmente interesante la diversidad de opiniones doctrinarias existente a nivel mundial acerca de si estos llamados contratos inteligentes representan o no contratos desde un punto de vista jurídico.

Naturalmente, la diversidad de opiniones también está dada por las diferentes regulaciones existentes en cada uno de los ordenamientos jurídicos a nivel mundial. En efecto, deberá analizarse si, bajo cada ordenamiento jurídico, los contratos inteligentes (que son contratos en sentido tecnológico, desarrollados en una determinada plataforma tecnológica —*blockchain*—) reúnen o no los caracteres necesarios para configurar actos jurídicos y formar parte de la categoría jurídica “contrato” de la forma

consagrada en cada uno de los distintos ordenamientos jurídicos.

Así, hay quienes entienden que los populares contratos inteligentes no configuran un contrato desde el punto de vista legal y, por otro lado, hay quienes consideran que efectivamente lo son y que despliegan los correspondientes efectos jurídicos.

Dabah, luego de analizar el ordenamiento jurídico argentino, concluye que los contratos inteligentes efectivamente presentan los elementos característicos exigidos por el derecho argentino para la categoría acto jurídico contrato. En definitiva, el mentado autor considera que, desde el punto de vista técnico, los contratos inteligentes pueden considerarse “como verdaderos contratos”, y que lo que distingue a dicho acto es el soporte utilizado y los caracteres de autoejecutabilidad e inmutabilidad (20).

En una posición diametralmente opuesta, la Prof. Mik de la prestigiosa Singapore Management University sostiene que los contratos inteligentes no son en efecto contratos legales, afirmando que hay mucha confusión con relación a ellos, y que por ello es necesario distinguir entre contratos inteligentes en sentido tecnológico y contratos inteligentes en sentido legal, entendiéndose a estos últimos como una categoría más amplia que permite incluir a los primeros. Los contratos inteligentes en sentido tecnológico son los que permiten automatizar una transacción, o ciertas partes de ella. Sin embargo, en opinión de la mentada profesora, ello no implica que exista un contrato desde el punto de vista jurídico, así como tampoco ese mero hecho vuelve a la transacción *per se* inteligente (21).

En el mismo sentido se ha pronunciado la *Chamber of Digital Commerce* de los Estados Unidos. Dicha institución afirma que un contrato inteligente no tiene por qué necesariamente ser un contrato en el sentido legal, y entiende que el contrato inteligente es una forma avanzada de instrucciones condicionales del tipo “si ocurre X, entonces Y”, pero escrito en código de computadora, código que se almacena y

ejecuta en un registro distribuido (como lo es la *blockchain*). Es decir, dado el acaecimiento de una o varias de las condiciones especificadas, el contrato es capaz de autoejecutarse automáticamente según una serie de funciones predefinidas (22).

El intercambio doctrinario expuesto seguramente continúe a la par de la evolución tanto de la tecnología como de la vocación regulatoria de cada jurisdicción.

Habrà países que decidan darle un marco normativo a estos contratos en pos de solucionar eventuales conflictos suscitados con relación a ellos, y habrá otros que preferirán no darle un tratamiento específico. Solución esta última que podrá ser viable considerando el estado actual de desarrollo de los contratos inteligentes, pero que, a la larga, será inevitablemente una cuestión a abordar desde el punto de vista jurídico. Las regulaciones vigentes en cada ordenamiento podrán considerarse inaplicables a los contratos inteligentes por no haberlos tenido en cuenta —tal vez por todavía inexistentes— en el momento de su dictado y entrada en vigencia. Pero, a la vez, debemos tener presente que encorsetar esta forma de vinculación tecnológica en una determinada categoría jurídica o nueva regulación podría ser desventajoso, en tanto la realidad ha demostrado que el desarrollo y evolución de la tecnología en estudio va a pasos agigantados, corriéndose el riesgo de que una eventual regulación quede prontamente obsoleta. Y cuando finalmente se haya regulado esta tecnología, si aún no se ha hecho, probablemente ya haya otras nuevas tecnologías para discutir o incluso la actual ya esté en una etapa de desarrollo posterior. Por otro lado, si cada jurista y aplicador del derecho intenta aplicar las reglas de su propio ordenamiento jurídico para regularlo, dado que los contratos inteligentes tienen una vocación trascendental y pueden celebrarse entre partes en diferentes Estados, ¿no sería oportuno que la comunidad jurídica internacional dé lineamientos para abordar problemáticas relacionadas a estos contratos?

(20) DABAH, A. (2020), “Contratos inteligentes y su legalidad en el derecho argentino”, ob. cit.

(21) HEREDIA, S., “*Smart contracts...*”, ob. cit.

(22) CHAMBER OF DIGITAL COMMERCE, “Smart contracts: is the law ready?”, 2018, <https://digitalchamber.s3.amazonaws.com/Smart-Contracts-Whitepaper-WEB.pdf>, recuperado el 05/05/2021.

En definitiva, en opinión de quien suscribe, los llamados contratos inteligentes no son más que el nombre atractivo utilizado para identificar un código programado en lenguaje computacional que corre en *blockchain*. Más allá de la discusión doctrinaria existente en cuanto a la consideración o no de este tipo de programas computacionales como verdaderos contratos desde el punto de vista jurídico, de la cual no voy a participar en esta oportunidad, no podemos dejar de desconocer que hay una realidad que se impone, y con fuerza, y que nos exige, a todos los aplicadores del derecho, tener conocimiento sobre ello. Dependerá de cada uno de nosotros acompañar esta revolución tecnológica de la mejor manera, porque, al igual que sucede con la ley, la ignorancia de la tecnología no sirve de excusa.

Resulta imperativo en los días que corren tener una participación activa en la nueva Revolución Industrial, de la cual emergen tecnologías, como la *blockchain*, que avasallan a los terceros considerados como intermediarios de distintos esquemas tradicionales del mundo analógico. Por terceros no nos referimos únicamente a las instituciones centralizadas que son despojadas por el uso de la tecnología *blockchain* con el objetivo de lograr seguridad y confianza en las transacciones y la reducción de costos de intermediación. Esos terceros somos también nosotros, los aplicadores del derecho.

De hecho, muchas de las tareas que hoy en día como profesionales del derecho llevamos a cabo ya están siendo automatizadas. Si bien se trata de nuestras tareas más mecánicas, a medida que ellas van siendo automatizadas, la Cuarta Revolución Industrial va abriendo un nuevo campo para todos aquellos que estemos dispuestos a acompañar la mentada Revolución y no quedarnos afuera del mercado por ignorantes supinos. Debemos seguir formándonos para asesorar a nuestros clientes de la mejor manera posible en un mundo de incesante cambio.

Nótese que la tecnología en estudio ya existe desde hace más de 10 años y recién ahora nos estamos poniendo a tiro, al punto tal que cuando acabemos de adaptarnos seguramente haya no solo una gran evolución respecto a la tecnología en cuestión, sino también nuevas disrup-

ciones a nivel tecnológico que no debemos más que acompañar.

Con este panorama, es recurrente escuchar y leer que los abogados y muchos otros profesionales perderemos nuestros empleos, y que seremos remplazados por las tecnologías emergentes. Sin embargo, a partir de lo que hemos expuesto hasta ahora, pareciera que ello no puede afirmarse con determinación. En principio, y por el momento, una persona que quiera vincularse con otra mediante un contrato inteligente no podrá hacerlo por sí misma, salvo que sea un técnico, ingeniero, programador o un conocedor del lenguaje Solidity (el más utilizado para la programación de estos contratos, al menos en la *blockchain* Ethereum) u otro tipo de lenguaje criptográfico que le permita codificar el contrato inteligente.

Por lo tanto, podríamos decir que la tecnología *blockchain* logra desintermediación, pero hasta un cierto punto, ya que, al menos en la etapa actual de desarrollo de los contratos inteligentes, hay todavía un largo camino por recorrer, según algunos de los aspectos mencionados a lo largo del presente trabajo.

Indudablemente, los asesores legales de ahora en más debemos trabajar en forma multidisciplinaria. En mi visión, no creo que la totalidad de los contratos en un futuro cercano, por lo menos en el corto plazo, sean codificados en vez de redactados, pero sí una gran cantidad de negocios y operaciones que hasta el momento registrábamos en contratos no digitales empezarán cada vez con más frecuencia a programarse. Con lo cual no es recomendable, sino necesario tener al menos un entendimiento básico y conceptual del funcionamiento de las nuevas tecnologías disruptivas para poder trabajar codo a codo con los ingenieros o técnicos en programación. La idea es que siendo aplicadores del derecho seamos también conocedores de la tecnología, mas no expertos en tecnología ni programación, para que, al trabajar juntamente con los programadores, técnicos o especialistas en tecnología, podamos codificar el contrato inteligente adecuadamente al negocio o a la transacción particular, satisfaciendo las necesidades de nuestro cliente. Y en caso de que el vehículo más adecuado no sea el contrato inteligente, sea porque los caracteres particulares de la *block-*

chain (en especial la inmutabilidad) no la hacen la vía más adecuada, sea porque una gran cantidad de términos utilizados en el ámbito jurídico y contractual simplemente no pueden ser codificados —al menos por ahora—, sea por el estado primitivo de evolución de los oráculos, que no permiten, por ejemplo, obtener información confiable para el intercambio de valores (como propiedades u acciones) en los términos deseados por el cliente; que nuestro asesoramiento sea basado en ello y no fundamentado en el hecho de que, por ser una tecnología relativamente nueva, instrumentar una operación mediante ella genera incertidumbre —cuando la incertidumbre, en gran medida, es generada por nosotros como asesores, por no estar lo suficientemente preparados para ello—. Los detractores buscarán este tipo de argumentos para justificar su no uso desde la óptica jurídica, pero la realidad es que es una herramienta de utilización global que ha impactado en la forma de relacionamiento de los seres humanos, y ese mero hecho es argumento suficiente para conocer no solamente su existencia, sino también su funcionalidad.

En suma, y desde una visión optimista de la realidad digital a nivel mundial, es innegable que hay una gran cantidad de tareas de distintas profesiones que podrán ser reemplazadas por las tecnologías emergentes y cada vez más disruptivas, pero de la mano de dicho reemplazo aparecen a su vez oportunidades, y dependerá de cada uno de nosotros subirse al tren o dejarlo pasar.

V. Conclusiones

1. Los denominados “contratos inteligentes” son programas computacionales que se desarrollan en la tecnología *blockchain*.

2. Desde el punto de vista técnico, se programa un código con las condiciones acordadas por las partes. La programación del código es un aspecto fundamental de estos llamados contratos inteligentes, porque cualquier error en la codificación, por más mínimo que sea, no podrá corregirse. Habrá que cerciorarse de que el código esté correctamente programado (idealmente, por expertos en lenguaje de programación), ya que, si bien al verificarse las condiciones programadas el contrato inteligente se ejecutará, no lo hará conforme a la intención de las partes.

3. Pero, si codificamos correctamente el contrato inteligente, se habrá logrado no solo una rápida ejecución, sino que también se habrán evitado los costos de hacer ejecutar un contrato tradicional en caso de incumplimiento.

4. Los contratos inteligentes muchas veces necesitan información que se encuentra fuera de la cadena de bloques para verificar el cumplimiento o no de las condiciones pactadas. Para ello recurren al oráculo, poniendo en jaque la aclamada seguridad, confianza y desintermediación de la tecnología *blockchain*.

5. Sin perjuicio del problema del oráculo en forma genérica, habrá que analizar si en el caso en particular ello representa o no un riesgo.

6. Dado el terreno infértil sobre el que estamos actualmente caminando en materia de contratos inteligentes desde un punto de vista legal y contractual, habrá que ponderar caso a caso si será mejor que ciertos negocios, operaciones o transacciones se desarrollen por la vía tradicional o, en cambio, si sería más beneficioso utilizar la plataforma digital.

Aporte de fondos de *venture capital* en *start-ups* en la Argentina y los Estados Unidos (SAFE KISS)

Nicolás Malumián

Sumario: I. Introducción.— II. Deuda convertible (el KISS de deuda).— III. Aportes irrevocables (el SAFE y el KISS de capital).— IV. Comentario final.

I. Introducción

El objeto del presente es explicar las formas en que los fondos de *venture capital* instrumentan sus inversiones en las *start-ups* en las etapas más tempranas (*angel* y *seed*) (1). Si bien no se ha llegado a un nivel de estandarización como el obtenido en otras áreas del derecho comercial [p. ej., en materia de contratos derivados con los documentos ISDA (2)], sí se ha llegado al suficiente grado de estandarización como para que sea imprescindible conocer los documentos más usados en la industria si se quiere ser parte de una negociación de inversión de una *start-up* (3). Asimismo, el principal elemento que se

destaca en todos los instrumentos utilizados es su simplicidad (4), ya que se busca que sean instrumentos cortos y claros que reduzcan al mínimo los tiempos de negociación (5). Se busca que la estandarización permita rapidez (efectividad en tiempos), ahorros (efectividad en costos) y un mejor entendimiento (dado que el uso generalizado lleva a más gente analizando y con más oportunidades para hacerlo) (6). En

(1) De las etapas de inversión, esto es: la inicial, de amigos y familiares (generalmente llamada FFF, por *friends, family and fools*, que se traduciría como “amigos, familiares y tontos”), la de capital semilla (*pre-seed* o *seed*), y las series A en adelante, en todas intervienen *angel investors* o *venture capital funds* en etapas *seed* o *pre-seed*, y se usan los instrumentos descriptos en este trabajo. En general, cuando ya se llega a la serie A se ven aportes por acciones preferidas.

(2) Para un análisis actualizado de estos contratos remitimos a MALUMIÁN, Nicolás, “Los derivados ante la insolvencia (*close out netting*)”, RDCO 304-27.

(3) En el caso en que la inversión sea posterior a *seed* (esto es, al menos una serie A), muy probablemente no se usen estos instrumentos, pero se deba conocerlos, dado que la *start-up* los habrá usado y, tal como veremos, afectan las participaciones en el capital de la empresa.

(4) Este punto es destacado en el propio nombre de los instrumentos: KISS (en inglés, “beso”) es un acrónimo para *keep it simple securities* (y cabe destacar que hace recordar el KISS de *keep it simple stupid*, algo así como “no la compliques”, o “mantenelo simple, estúpido”); y SAFE (en inglés, “seguro”) es un acrónimo para *simple agreement for future equity*; si se me permite la traducción libre, que espero sea clara, sería algo así como acuerdo simple para participaciones futuras en el capital. Una ventaja extra de la estandarización es evitar que un inversor con mucha mayor experiencia que un emprendedor abuse de esta asimetría en la información.

(5) Para un desarrollo de cómo evolucionaron los contratos de *venture capital*, y en particular el cambio producido a partir de 2005, se puede ver COYLE, John F. - GREEN, Joseph, “Contractual innovation in venture capital”, *Hastings Law Journal*, vol. 66, 28/03/2014, p. 133, UNC Legal Studies Research Paper nro. 2417431.

(6) Para una crítica a los *cookie-cutter paragraph in a boilerplate form* (algo así como párrafos hechos con cortadores de galletitas y puestos en clichés) en la industria del *venture capital*, esto es, el cortar y pegar sin entender, se puede ver BRATTON, William W.,

otras palabras, bajo ningún concepto propiciamos el uso de contratos sin entenderlos; lo que buscamos es todo lo contrario: dado que existen prácticas en la industria, que las entendamos, así como sus modelos, y no perdamos tiempo en reinventar la rueda.

En lo que hace a las formas de hacer el aporte de fondos a una *start-up*, la primera gran división es entre deuda convertible, aportes irrevocables (o compras anticipadas de acciones) y aportes de capital (que generalmente para los inversores de *venture capital* se representan en acciones preferidas). Como se puede apreciar, no contemplamos la deuda simple (no convertible), dado que no es utilizada salvo por fondos especializados en *venture debt financing*, pero son los menos y sus documentos no suelen diferir sustancialmente de los instrumentos de deuda habituales.

A los efectos de nuestro análisis, veremos los instrumentos más utilizados en los Estados Unidos (7), por ser los que se han difundido en toda Latinoamérica, pero comentando su posible aplicación en la Argentina.

II. Deuda convertible (el KISS de deuda)

La deuda convertible es un contrato o valor negociable que representa una deuda pero que, dadas ciertas circunstancias descriptas en el propio instrumento, es convertible por acciones de la empresa deudora. Tal como veremos en detalle, estos instrumentos suelen ser convertibles cuando se cumple cierto plazo (pudiendo ser prorrogado por el tenedor), si se obtiene una ronda de financiamiento (según el instrumento, puede haber un mínimo de financiamiento para que se gatille esta conver-

sión) o el grupo de fundadores obtiene cierta liquidez (8).

El gran problema que generan los préstamos de un fondo de *venture capital* es que seguramente representen una cantidad muy significativa de los activos de la *start-up* y, por ende, nos encontraremos con que la empresa tiene un patrimonio neto negativo. Si los fondos de los *venture capital* se aplicaran a activos de capital (v.gr., compra o construcción de inmuebles u otros activos amortizables en el largo plazo), la deuda se vería compensada por un mayor activo. Pero si los fondos son aplicados a gastos corrientes (p. ej., pago de sueldos o servicios), se acumularía una deuda sin contrapartida en el activo, dando un patrimonio neto (diferencia entre activo y pasivo) negativo. Y dado el rápido uso del efectivo (*cash burn*) de las *start-ups* en personal y otros gastos corrientes, lo segundo es más probable que lo primero.

Tanto en los Estados Unidos como en la Argentina el patrimonio neto negativo representa un problema, pero, dada la menor flexibilidad de nuestro derecho, los problemas son más acuciantes en la Argentina. En concreto, nos referimos a que bajo el derecho argentino las sociedades con patrimonio neto negativo deben liquidarse (9), y si bien la causal no es automática (se requiere de un balance ajustado por inflación que muestre esta situación), afecta el principio de “empresa en marcha”, por lo que debe ser evaluada por los auditores contables con la consiguiente observación a los estados contables y, desde ya, genera responsabilidad de los directores (10) y, eventualmente, de los

“Venture capital on the downside: preferred stock and corporate control”, 100 *Mich. L. Rev.* 891-945 (2002). Una iniciativa muy interesante es la unificación de los acuerdos de confidencialidad (en inglés, llamados NDA, por *non-disclosure agreement*), que puede verse en www.onenda.club.

(7) Sobre el grado de difusión y uso de los instrumentos que veremos, podemos decir que se usan más en la costa oeste de los Estados Unidos que en la costa este, y que el SAFE es más conocido que el KISS, pero el grado de uso es creciente (y cada vez con menor cantidad de cambios), por lo que cabe esperarse que en poco tiempo todo el ecosistema emprendedor lo esté utilizando.

(8) Este caso es frecuente cuando una empresa no desea comprar la *start-up*, sino contratar a sus fundadores, y por ende no hay un pago formal por las acciones, sino otra clase de pagos. Es una protección a los inversores que se pueden encontrar con que la *start-up* es abandonada o vendida por muy bajo valor, dado que el pago es como un bono inicial u otra forma de pago por el inicio de una relación laboral o profesional.

(9) El art. 94 de la Ley General de Sociedades (LGS), intitulado “Disolución: Causas”, dispone en su parte pertinente: “La sociedad se disuelve: (...) 5) por la pérdida del capital social...”

(10) El art. 59 de la LGS dispone: “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,

síndicos (11). Ante la situación de patrimonio neto negativo (12) (de no existir una suspensión de esta causal de disolución como las ha habido

ilimitada y solidariamente, por los daños y perjuicios que resultaren de su acción u omisión". A este deber de lealtad y diligencia (si se quiere, equivalente al *fiduciary duty* de los directores en el derecho de los Estados Unidos) se le suma lo dispuesto por el art. 99 de la misma ley, que establece: "Los administradores con posterioridad al vencimiento de plazo de duración de la sociedad o al acuerdo de disolución o a la declaración de haberse comprobado alguna de las causales de disolución, solo pueden atender los asuntos urgentes y deben adoptar las medidas necesarias para iniciar la liquidación. Cualquier operación ajena a esos fines los hace responsables ilimitada y solidariamente respecto a los terceros y los socios sin perjuicio de la responsabilidad de estos". Finalmente, en caso de ser declarada la quiebra se aplicarán las normas de responsabilidad de la ley 24.522 de Concursos y Quiebras. Por su parte, el art. 274 de la LGS dispone: "Los directores responden ilimitada y solidariamente hacia la sociedad, los accionistas y los terceros, por el mal desempeño de su cargo, según el criterio del art. 59, así como por la violación de la ley, el estatuto o el reglamento y por cualquier otro daño producido por dolo, abuso de facultades o culpa grave. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo anterior, la imputación de responsabilidad se hará atendiendo a la actuación individual cuando se hubieren asignado funciones en forma personal de acuerdo con lo establecido en el estatuto, el reglamento o decisión asamblearia. La decisión de la asamblea y la designación de las personas que han de desempeñar las funciones deben ser inscriptas el Registro Público de Comercio como requisito para la aplicación de lo dispuesto en este párrafo. Queda exento de responsabilidad el director que participó en la deliberación o resolución o que la conoció, si deja constancia escrita de su protesta y diera noticia al síndico antes que su responsabilidad se denuncie al directorio, al síndico, a la asamblea, a la autoridad competente, o se ejerza la acción judicial".

(11) En relación con los síndicos, el art. 296, LGS, dispone: "Los síndicos son ilimitada y solidariamente responsables por el incumplimiento de las obligaciones que les imponen la ley, el estatuto y el reglamento. Su responsabilidad se hará efectiva por decisión de la asamblea. La decisión de la asamblea que declare la responsabilidad importa la remoción del síndico". Art. 297: "También son responsables solidariamente con los directores por los hechos y omisiones de estos cuando el daño no se hubiera producido si hubieran actuado de conformidad con lo establecido en la ley, estatuto, reglamento o decisiones asamblearias".

(12) Nos referimos al caso en que las pérdidas acumuladas superan los aportes de capital propiamente dicho, las reservas legales y facultativas, los resultados acumulados y, desde ya, los ajustes por inflación de estos conceptos y cualquier otro concepto que esté en el patrimonio neto.

en el pasado) (13), la única solución de la ley es un nuevo aporte de los socios, que puede ser hecho como un reintegro de capital o como un aumento de capital (14).

Un análisis detallado de estas alternativas excede el objeto del presente. Nos limitamos a decir que, de ser un reintegro, son aportes que no conllevan incrementar el número de acciones, y los socios disconformes cuentan con la posibilidad de ejercer el derecho de receso (el retiro de la sociedad con reembolso de sus acciones conforme al valor del balance). No se modifica el capital nominal, dado que no se emiten nuevas acciones ni se cancelan las que ya están emitidas. Tampoco se aplican las formalidades de aumento o disminución de capital. Cabe mencionar que podría haber una reducción de capital parcial y un reintegro parcial de forma tal que entre ambas se cubran las pérdidas acumuladas. En principio, el aporte debe ser proporcional. Por su parte, en un aumento de capital sí se emiten nuevas acciones y se aplican las formalidades y procedimientos de todo aumento. También puede haber una reducción de capital para absorber pérdidas y luego un aumento (15).

(13) Cabe mencionar que, fruto de las innumerables crisis argentinas, esta norma ha sufrido infinidad de suspensiones. Por ejemplo, por el art. 59 de la ley 27.541 (BO del 23/12/2019) de Solidaridad Social y Reactivación Productiva en el Marco de la Emergencia Pública se suspendió la norma hasta el 31/12/2020.

(14) El art. 94 de la LGS ya citado debe leerse juntamente con el art. 96 de la misma ley, que, bajo el título "Pérdida del capital", dispone: "En el caso de pérdida del capital social, la disolución no se produce si los socios acuerdan su reintegro total o parcial del mismo o su aumento".

(15) Cuando la reducción del capital es a cero y luego se hace un aumento —en la jerga, denominado "operación acordeón"—, que ha sido objeto de debate particular en la doctrina. En el caso concreto de la IGJ de la Ciudad de Buenos Aires, luego de la res. part. 1452/2003, del 11/11/2003, en el expediente "Comital Convert SA", no se permite esta operación. De hecho, el art. 113 de la res. gral. IGJ 7/2015, bajo el título "Operación acordeón. Improcedencia", dispone: "No se inscribirán la reducción a cero del capital social —consecuencia de su pérdida total— y su simultáneo aumento (operación acordeón). La pérdida total del capital social como causal de disolución de la sociedad (art. 94, inc. 5º, ley 19.550) debe revertirse mediante el reintegro total o parcial del mismo o su aumento (art. 96, ley citada), este segundo sujeto a inscripción conforme a las disposiciones pertinentes de

Más allá de las diferencias entre ambos casos [en particular para los minoritarios y en lo referente a los efectos fiscales frente al impuesto a las ganancias (16)], lo concreto y relevante para nuestro análisis es que debe haber un aporte

esta sección. Si el reintegro es parcial, procede la reducción de la cifra estatutaria al importe de dicho reintegro, la que debe inscribirse de acuerdo con el art. 110 de estas normas”.

(16) En el dictamen DiALIR 2/2019, del 18/12/2019, el Fisco Nacional opinó: “en el particular se plantea si los fondos recibidos por ‘YYY SA’ en concepto de aportes irrevocables que no fueron capitalizados sino destinados a la absorción de pérdidas contables deben ser considerados ganancia en el marco de la precitada normativa legal. Al respecto (...) esta asesoría letrada tuvo oportunidad de abordar el tratamiento tributario que cabe conceder a la absorción de pérdidas contables mediante reintegro de capital u otra figura análoga, indicando en dicha ocasión que ‘... la absorción de pérdidas contables importa un enriquecimiento a título gratuito en cabeza de la encartada, derivado de la condonación de deuda que realiza el socio mayoritario’. Así ello, sostuvo que este incremento del patrimonio de la sociedad ‘... es, a todas luces, a título gratuito puesto que en rigor el socio no ha recibido como contrapartida participación alguna en el capital de la sociedad, ni tampoco contraprestación dineraria’. En ese marco, se señaló que ‘... cuando una persona condona la deuda a otro sujeto tributario, en rigor, está incurriendo en una liberalidad que representa para el destinatario de los montos un enriquecimiento a título gratuito, representando para este último (sociedad) un incremento patrimonial alcanzado por el impuesto a las ganancias, en virtud de lo normado en el art. 2º, apart. 2º de la ley del tributo’. Conforme surge del antecedente precitado, el incremento del patrimonio de la sociedad producto de la absorción de pérdidas contables mediante reintegro del capital social o figura análoga —sin que exista una contraprestación por parte de la empresa receptora—, importa para esta última un enriquecimiento a título gratuito que se encuentra gravado por el impuesto a las ganancias. Siguiendo dicha línea de razonamiento, y toda vez que en el caso particular ‘YYY SA’ recibe aportes por parte de sus socios mayoritarios que no fueron capitalizados sino destinados a la absorción de pérdidas, corresponde concluir que tales importes configuran un enriquecimiento a título gratuito para aquella y, por lo tanto, se encuentran alcanzados por el impuesto a las ganancias. En virtud de las consideraciones precedentes, esta asesoría concluye que el incremento patrimonial producido como consecuencia de la absorción de pérdidas contables, constituye para la rubrada un enriquecimiento a título gratuito, alcanzado por el apart. 2º del art. 2º de la Ley de Impuesto a las Ganancias, texto citado”. Más allá de la opinión que nos merezca el dictamen (que no compartimos, dado que no hay ni *animus donandi* ni liberalidad alguna, sino, por el contrario, el cumplimiento de un mandato legal para evitar una responsabilidad

económico de los socios, y es justamente lo que en una *start-up* no se puede hacer, dado que se busca el financiamiento de terceros que no son los fundadores (17).

En síntesis, en la Argentina, dependiendo de la aplicación de los fondos y, por ende, del tratamiento contable, es muy probable que no sea posible este mecanismo, porque llevaría a una situación de disolución de la sociedad. En virtud de este problema, en múltiples oportunidades se deja de lado la deuda convertible.

En los Estados Unidos la regla es diferente. No es del todo claro que un patrimonio neto negativo contable lleve a considerar que la sociedad es insolvente si continúa pagando sus deudas (18). Esto es, podría ocurrir que una compañía tenga un pasivo mayor a sus activos a efectos contables, pero en la medida en que sea líquida podrá seguir operando. Asimismo, la consecuencia de la falta de liquidez no es la obligación legal de disolver la sociedad en forma obligatoria, sino que nacerá para los directores una obligación fiduciaria (*fiduciary duty*) a favor de los acreedores, incluyendo los empleados de la sociedad (19).

y la pérdida de la sociedad), lo cierto es que se deberá considerar esta postura del Fisco.

(17) Una alternativa posible es la revaluación de activos de forma que permita mostrar mayor activo a partir de un correcto reflejo contable de su valor, pero sería muy raro que una *start-up* cuente con bienes que permitan esta solución, situación más propia de compañías con larga historia e importantes activos cuyo valor no fue correctamente reflejado a lo largo del tiempo.

(18) El art. 1302 del *Delaware Code* de 2012 (tít. 6, sobre “Comercio y negociaciones”, cap. 13, sobre “Transferencias fraudulentas”), intitulado “Insolventia”, dispone en sus dos primeros párrafos: “(a) un deudor es insolvente si la suma de sus deudas es mayor que sus activos valuados de forma justa; (b) el deudor que generalmente no está pagando sus deudas al momento de su vencimiento se presume insolvente...”

(19) El *leading case* en la materia es un fallo de la Court of Chancery de Delaware, *in re* “Crédit Lyonnais Bank Nederland, NV vs. Pathe Communications Corporation”, decidido el 30/12/1991. De este fallo, escrito por el *chancellor* William Allen (quien vivió entre 1944 y 2019, y fue *chancellor* por 14 años, con un enorme prestigio), su parte más citada es su nota a pie 55, en la cual se dice: “en la cercanía a la insolvencia, pueden surgir circunstancias cuando el curso correcto (tanto eficiente, como justo) a seguirse por la sociedad puede divergir de la elección que los accionistas harían”. El fallo “Crédit Lyonnais” fue

Lo dicho conlleva una responsabilidad personal de quien administra la compañía en relación con sus acreedores si continúa con esta situación y desemboca en una imposibilidad de pago de sus obligaciones. En otras palabras, si bien la regla de derecho no es igual, claramente no es lo mejor tener una deuda que conlleve una posible iliquidez y los consiguientes problemas.

Cabe entonces preguntarse por qué deuda convertible, y no aporte irrevocable o aporte a cambio de acciones. Una clara ventaja de la deuda convertible es que no hay que determinar el porcentaje del capital que se le dará al fondo que hace el aporte de los activos, sino que esta discusión se difiere al momento en que entren otros inversores, y en ese momento se determina

el porcentaje que corresponde por la deuda y se capitaliza. Lo mismo, dicho con otras palabras: los fondos de *venture capital* invierten a cambio de acciones preferidas de las *start-ups* (insistimos en que, si bien existen casos de deuda que nunca se capitaliza, son los menos). Entonces hay un tema medular con cada inversión, que es qué valor se asigna a la *start-up* para así saber qué porcentaje sobre el total representarán las sumas aportadas. Si no sé qué valuación tiene la empresa (que estaría representada por el 100% del capital a ese momento), no puedo saber qué cantidad de acciones representará sobre el total los fondos que aporte.

Cabe destacar que la valuación en las *start-ups* es especialmente compleja (digamos que, en general, la valuación de una empresa no es sencilla, pero en las *start-ups* los métodos son todavía más complejos). Esto se debe a que las formas de valuación en *venture capital* son diferentes a las hechas para empresas maduras o de las cuales no se espera un crecimiento exponencial. Y, además, las formas de valuación van variando, siendo diferentes para una inversión ángel y para una serie A y, por supuesto, para series posteriores (hoy en día hay varios ejemplos de series D). En una valuación ángel o *seed*, se consideran elementos tales como el potencial de negocio, basado en la visión y las capacidades de ejecución del equipo de fundadores, el modelo de negocio (si es escalable y qué tan rápido), el tamaño del mercado al cual se pretende llegar (20), qué competidores existen o podrían existir. En síntesis, elementos todos que no hacen a las ventas actuales ni al flujo de fondos que se genera ni a los activos que tenga la empresa en ese momento (21). Cuando se avanza en la vida de la *start-up* (y, por ende, en las series de financiamiento), aparece el concepto de “tracción”, esto es, cuánto se vende a nuevos clientes y cuántos clientes se retiene. En otras palabras, se pasa de un esquema 100% potencial a uno en

seguido por “Geyer vs. Ingersoll Publications Co.,” 621 A.2d 784 (1992), fallo dictado por el, en ese momento, *vicechancellor*, William Burton Chandler III, presentado el 16/06/1992 y decidido el 18/06/1992. En este fallo se dice que la regla general es que los directores no tienen un *fiduciary duty* a favor de los accionistas, pero que ninguna de las partes negó seriamente que cuando se está en insolvencia surge una excepción a esta regla, esto es, se crea un *fiduciary duty* de los directores en favor de los acreedores. Es por ello que el *chancellor* dice que lo que él debe decidir es si para que este *fiduciary duty* a favor de los acreedores surja es suficiente que haya una insolvencia de hecho o se debe iniciar algún procedimiento legal, tal como un concurso o solicitud de quiebra. A esta pregunta el *chancellor* responde que dos elementos le permiten concluir que es el mero hecho de la insolvencia lo que debe considerarse (no siendo necesaria la existencia de procedimiento alguno). El primero de estos elementos es la jurisprudencia de Delaware, diciendo, además, que los tribunales definieron la insolvencia como el caso en que los bienes cayeron por debajo de las deudas. El segundo elemento es el sentido de la palabra “insolvencia”: una sociedad será insolvente cuando no pueda pagar sus deudas en el curso ordinario de sus negocios y, citando el *Diccionario Webster*, dice que una sociedad será insolvente cuando sus deudas sean superiores al valor de mercado de sus activos. Destaca que existen otras definiciones de insolvencia. Para una explicación del rol de la Court of Chancery de Delaware en el derecho corporativo de los Estados Unidos y en particular sobre sus decisiones en materia de responsabilidad de directores, remitimos a MALUMIÁN, Nicolás, “Vehículos legales de *venture capital* y *private equity* en la Argentina y los Estados Unidos”, RDCO 307-3, marzo-abril 2021. Para una explicación de este cambio en las responsabilidades de los directores frente a la insolvencia (y una visión crítica sobre esta decisión de las Cortes) se puede ver CALLISON, J. W., “Why a fiduciary duty shift to creditors of insolvent business entities is incorrect as a matter of theory and practice”, 1 *J. Bus. & Tech. L.* 431 (2007).

(20) Denominado en la jerga TAM, por *total addressable market* (o mercado total al cual se puede dirigir el producto de la *start-up*).

(21) Toda la industria del *venture capital* entiende que habrá años en que la *start-up* pierda dinero antes de que exista rentabilidad, a lo que se suma que existen rubros extremos en los cuales, hasta que no se obtiene cierto desarrollo, la inversión será muy importante con cero ventas.

que las ventas reales y su crecimiento son relevantes para la valuación (22).

A su vez, un tema fundamental es no diluir demasiado a los fundadores, que son quienes llevan adelante la compañía, de forma de permitir que haya nuevas rondas de financiamiento sin desincentivarlos a continuar. Ni usar una valuación tan alta que luego en las futuras rondas de financiamiento sea imposible obtener valuaciones de dos, tres o más veces la valuación de la ronda anterior (insisto en que estamos hablando de *venture capital* y la búsqueda de un crecimiento exponencial en el valor es de la esencia de la inversión en esta industria). Es por ello que todo buen fundador y buen inversor observa con cuidado la denominada *cap table* (apócope de *capitalization table* o listado de accionistas con sus respectivas participaciones) (23).

En otras palabras, si bien la regla general es que el inversor querrá el máximo de acciones por su inversión y el fundador de la *start-up* querrá emitir el mínimo de acciones por los fondos que reciba, lo cierto es que varios inversores (especialmente en las etapas más tempranas, tales como *ángel*, *pre-seed* y *seed*) son muy cuidadosos de no matar la gallina de los huevos de oro teniendo “demasiada” participación u ofreciendo salir en todo o en parte ante nuevas rondas.

Todo lo dicho muestra que es buena idea poder diferir esta conversación sobre qué porcentaje tendrá el fondo de *venture capital* por su inversión a un momento futuro, en que se cuente con mejores elementos para determinar

(22) Las valuaciones se dividen en *pre money* y *post money*. Esto es, antes de que se haga el aporte y luego del aporte. Si la valuación *pre money* es de USD 100 y se hará un aporte de USD 30, entonces la valuación *post money* será de USD 130. Y será esta última la que se use para el cálculo de cuántas acciones le corresponden al inversor que hace el aporte, dado que se la considera más clara.

(23) Esta *cap table* suele tener dos versiones: la de los accionistas actuales y la denominada *fully diluted*, esto es, la de los accionistas actuales más todas las acciones que deberían ser emitidas en el futuro, en el caso de que quienes tengan *stock options* las ejerzan, la capitalización de deudas y aportes irrevocables, y cualquier otro derecho de un tercero a recibir acciones (por eso *fully diluted* o plenamente diluidos, porque los actuales accionistas tendrán un menor porcentaje sobre el total para hacer lugar a los nuevos accionistas que ejercen sus opciones de compra de acciones).

la mejor solución para el fondo y la *start-up*. Se ve claramente, entonces, la belleza de la deuda convertible en comparación con un aporte directo de capital.

En los Estados Unidos, un instrumento de deuda convertible ampliamente utilizado y considerado un documento conocido por quienes están en la industria del *venture capital* es el *KISS convertible note* desarrollado por 500 *start-ups* (24) y lanzado en 2014. El KISS tiene dos alternativas (o *flavors*, como se dice en la jerga, que significa “sabores” en inglés): uno que es deuda, denominado *debt version* (nombre que se explica por sí mismo, y sobre el cual nos vamos a centrar en este apartado), y el otro, que es más un aporte irrevocable similar al SAFE, se denomina *equity version* (versión capital), que no contiene ni una cláusula de intereses ni una fecha de vencimiento y que trataremos en el siguiente apartado con el SAFE.

El KISS versión deuda adopta la forma de una *promissory note* (equivalente a un pagaré), pero cabe destacar que no solo es firmado por el deudor, sino también por el acreedor, diciendo que lo conoce y acepta. El documento asume en su redacción que los fondos han sido desembolsados. No suele haber más documentos que este que analizamos, dado que suele tratarse de deudas sin garantías, ni personales ni reales.

En aquel, luego de las definiciones se pasa a los términos sustanciales, entre los cuales cabe destacar:

a) Que esta deuda convertible se convertirá en acciones preferidas al momento en que la *start-up* obtenga una ronda de financiamiento por un cierto monto mínimo. Tal como adelantamos, este es el elemento medular; estamos frente a una deuda que permite hacerse de acciones difiriendo la discusión sobre la valuación. Pero, dado que estamos ante un KISS versión deuda, existe una fecha de vencimiento y se devengan intereses (25) (que suelen ser pagados en efec-

(24) Un fondo de *private equity early stage*, esto es, de etapas tempranas (<https://500.co>), de enorme actividad y muy conocido en el ecosistema emprendedor con inversiones en todo el mundo.

(25) Insistimos en que existe un KISS versión capital sin intereses ni vencimiento, pero se analiza junto al

tivo y no con acciones). El problema evidente es que en una *start-up* no existe certeza alguna sobre el futuro flujo de fondos (siempre que se trate de proyecciones se debe tener presente que pueden no cumplirse, pero en el caso de las *start-ups* el nivel de incertidumbre es mucho mayor que en una empresa establecida). En otras palabras, si bien la lógica es que el KISS lleva a una conversión por eventos de liquidez (los casos más obvios son la venta de la compañía o su fusión con otra compañía, lo que conllevaría el fin de la existencia de la *start-up* como compañía autónoma), lo cierto es que sí existe una fecha de vencimiento que, de llegar sin que haya un evento de liquidez, dará lugar a una renegociación entre el acreedor y el deudor. De lo dicho surge que claramente la versión de capital del KISS o del SAFE son más favorables que la deuda convertible para la *start-up*, por no existir esta presión.

b) Las dos cláusulas más sustanciales (descuento y *caps*). La primera es el “descuento”, esto es, una reducción del valor al cual se convierte el KISS con respecto a lo que pagarían otros inversores en la misma ronda. Un ejemplo sería: si el KISS es por USD 100.000 y se capitaliza al momento en que la *start-up* está recibiendo una serie A, en que cada acción se valúa en USD 100, y el descuento fuera del 20% (un porcentaje de descuento muy utilizado), por cada acción pagará USD 80, por lo que, en vez de recibir 1000 acciones valuadas en USD 100, recibirá 1250 acciones valuadas en USD 100 (pero que pagó USD 80 cada una). Es el premio a quien corrió el riesgo de que la *start-up* no fuera exitosa. La segunda es el *cap* o tope máximo del valor al cual se convertirá, que también busca premiar al inversor por el riesgo corrido. En este caso, la regla es que no importa el valor al cual se valúe la acción; el tenedor del KISS pagará por ella hasta un monto acordado previamente (en otras palabras, un derivado, que es una opción de compra).

c) Cláusula de nación más favorecida (*most favored nation*). Este nombre viene del mundo del derecho internacional, en el cual suele existir una cláusula en los acuerdos entre países que dice que, si otro país obtiene mejores con-

diciones en cierta materia, estas condiciones se aplican automáticamente al acuerdo en cuestión (26). En este caso concreto, la cláusula dice que si la compañía firma cualquier instrumento convertible (con excepción de *stock options* al personal o a prestadores de servicios) antes de la conversión del KISS o su pago total, la compañía debe informar al tenedor del KISS que puede elegir que se le apliquen los términos de ese acuerdo.

d) Sujeto a que el tenedor del KISS tenga un monto mínimo de inversión (generalmente, USD 50.000), tendrá derecho a obtener información financiera de la compañía, quedando fuera solo en casos muy restrictivos, como ser secretos industriales e información protegida por el secreto profesional con un abogado.

e) Derecho a participar en nuevas rondas de financiamiento en que se coloquen acciones de la compañía con un derecho de preferencia a suscribir las nuevas acciones hasta el monto del KISS.

f) La cantidad de acciones que el tenedor del KISS reciba al momento de la conversión se debe ajustar según los eventos societarios que pudieran existir durante la vida del KISS, tales como escisiones, aumento de capital, fusiones y similares.

g) Finalmente, hay varias cláusulas generales y de estilo, tales como la obligación de pagar en dólares de los Estados Unidos, relativa a costos y honorarios, inexistencia de garantías, cesión de derechos, derecho aplicable, notificaciones,

(26) En tratados firmados por la Argentina, esta cláusula tuvo aplicación en relación con los Tratados para Evitar la Doble Imposición en Materia del Impuesto sobre los Bienes Personales sobre acciones emitidas por empresas argentinas que fueran propiedad de países con tratados que tenían exclusiones de la tributación para estas acciones. Cabe mencionar que los Tratados para Evitar la Doble Imposición fueron modificados o dejados sin vigencia por la Argentina para que ninguno establezca una exclusión de las citadas acciones frente al impuesto sobre los bienes personales. Entre otros debates en la materia, el más interesante giró en torno a si el art. 48 (Nación más favorecida) del Tratado de Montevideo de 1980, aprobado por la ley 22.354 (BO del 23/12/1980), era aplicable en la materia fiscal (que diera lugar al dictamen de la Procuración del Tesoro de la Nación del 30/06/2006, en el cual se dictaminó la no aplicación del artículo citado a la materia fiscal).

SAFE en el siguiente punto, dedicado al aporte irrevocable.

cooperación del deudor en la conversión, entre otras.

En lo que hace a la formalización de estas deudas en la Argentina, cabe mencionar que aquí existen varios “existen varios instrumentos para la deuda convertible; el más conocido es la obligación negociable convertible, cuya normativa contiene un régimen legal que por sí mismo daría buen marco, sin perjuicio de poder complementarlo con las condiciones de emisión de este valor negociable (con o sin oferta pública) (27).

En síntesis, no vemos que existan óbices legales para la instrumentación de un acuerdo como el descripto bajo el derecho argentino, pero se deberá tener muy presente el efecto de esta deuda sobre el patrimonio neto de la empresa.

Tal como dijimos, la existencia de intereses y de un vencimiento hizo que se busquen nuevas alternativas que permitan diferir el momento de la valuación, pero sin estas dos condiciones. Esto llevó al SAFE y al KISS de capital, que pasamos a comentar.

III. Aportes irrevocables (el SAFE y el KISS de capital)

En lo que hace al aporte de VC a *start-ups* en los Estados Unidos, claramente se destaca el SAFE o *simple agreement for future equity*. Este modelo (*template*) fue desarrollado por Carolyn Levy (28), abogada y socia de Y Combinator

(29), que lo lanzó a fines de 2013 como un mecanismo ágil, fácil de implementar y flexible, y que buscó crear un documento estandarizado para reducir los roces que existen en toda negociación para facilitar el potencial ingreso de inversiones en instancias tempranas de las *start-ups*. Para facilitar esta estandarización de la industria, Y Combinator contactó a otros inversores institucionales y promovió (con gran éxito) el uso de este instrumento (30).

(29) Y Combinator (o YC, como se lo suele llamar) es un fondo de inversión en *start-ups* que desde 2005 ha invertido en aproximadamente 3000 compañías, incluyendo Airbnb, DoorDash, Stripe, Instacart, Dropbox y Coinbase. La valuación sumada de YC en las compañías supera los USD 300 billones a enero de 2021. Pero, más relevante para nuestro análisis, YC tiene programas que dan apoyo a los emprendedores a lo largo de toda la vida de sus compañías. La *Start-up School* (Escuela de *Start-up*) enseña lo básico del inicio de una compañía. El *YC Batch Program* (que traduciríamos como el Programa de Tandas, que hace alusión a las dos veces por año en que se hacen aportes de capital, esto es, las dos tandas de aportes por año) ayuda a los fundadores a construir su producto, hablar con los clientes y obtener financiamiento. El programa *Work at a Start-up* (Trabaja en una *Start-up*) facilita a los fundadores encontrar sus primeros ingenieros. *YC Series A* ayuda a lanzar la serie A de financiamiento. *YC Growth Program* (Programa de Crecimiento de YC) provee a los fundadores los recursos para hacer crecer sus compañías y contratar un equipo ejecutivo. Finalmente, *YC Continuity* (YC Continuidad) invierte en las últimas rondas de financiamiento. Se podría decir que la regla general es que YC invierte USD 125.000 por un aproximado del 7% de la *start-up* usando el SAFE que comentamos en este trabajo, con un creciente interés en Latinoamérica (siendo México, Brasil y Colombia los que están en el podio, seguidos en cuarto lugar por la Argentina). El apoyo y educación a sus *start-ups* es tan notable que se habla de que las *start-ups* se “gradúan” de YC. Si la duda es por qué se llama así, la explicación es que los fundadores consideraron que Y Combinator es el nombre de una de las mejores ideas en programación, esto es, un programa que corre programas, y eso es una metáfora, dado que son una compañía que ayuda a que se inicien compañías.

(30) Cabe mencionar que existe una versión adecuada para las *initial coin offers* u ofertas públicas iniciales de criptomonedas que es el SAFT (*simple agreement for future tokens*), si se me permite una traducción libre, sería un acuerdo simple de compra futura de *tokens*. Para ver la explicación de qué es y cómo funciona el SAFT (esto es, su *white paper* —literalmente, un “papel blanco”—, que se debe traducir como “explicación base”), formularios y más información se puede recurrir a <https://saftproject.com/>. Un *white paper* (expresión originada en el seno del gobierno del Reino Unido a principios del siglo XX) es

(27) Para un análisis de las obligaciones negociables convertibles remitimos a MALUMIÁN, Nicolás —BARREDO, Federico A., “Obligaciones negociables: aspectos legales y fiscales”, Ed. LexisNexis, Buenos Aires, 2006. Cabe decir que existen obras de notables juristas que tratan en profundidad el tema de la conversión (incluyendo, en orden alfabético de apellidos, a Mario O. Kerry, Martín E. Paolantonio, Carlos G. Villegas y Carlos M. Villegas, y Carlos G. Yohma. Este último dedicó su tesis doctoral al tema, publicada bajo el título “Obligaciones convertibles en acciones”, con Prólogo de André Tunc, tesis presentada en la Universidad de París y distinguida con el premio de tesis con mención del Centre Français de Droit Comparé), pero tristemente la deuda convertible es una *rara avis* en nuestro mercado de capitales.

(28) COYLE, John F. — GREEN, Joseph, “The SAFE, the KISS, and the note: A survey of start-up seed financing contracts”, 13/08/2018, 103 *Minnesota Law Review Headnotes* 42, UNC Legal Studies Research Paper, p. 46.

Hay un debate sobre qué tan innovador es el SAFE en relación con los documentos que se venían utilizando. Por nuestra parte, no creemos que el valor del SAFE sea innovar; por el contrario, creemos que la inteligencia se ha demostrado generando un documento que, sobre la base de la historia de mejores prácticas habituales, genere consenso y sea aceptado. De nuevo, el objetivo no es innovar sino estandarizar y evitar desgastes de relaciones, tiempos y costos aplicando aquello que se ha mostrado útil y razonable. Es por ello que es correcto decir (y no es una crítica, sino un elogio) que el SAFE parte de una nota convertible clásica que se convertirá en acciones preferidas cuando la *start-up* emita estas acciones en una serie A. Una vez más, es un gran mérito generar un documento práctico y útil para hacer foco en lo importante, y no desgastarse en elementos irrelevantes o, cuando menos, secundarios.

En lo referente al análisis del SAFE, comenzamos por destacar que un elemento sustancial de este contrato es que no tiene fecha de vencimiento ni devenga intereses. Al igual que lo comentado al tratar el KISS, las cláusulas sustanciales (y que serán objeto de la negociación de los términos comerciales) serán si hay un *cap* o monto máximo a la valuación de las acciones, y si hay un descuento para el inversor al momento de la conversión. De hecho, hay 4 versiones de los *post money SAFE* (31); estas son: 1) con *cap* y sin descuento, 2) con descuento y sin *cap*, 3) con *cap* y con descuento, y 4) con cláusula de nación más favorecida, pero sin *cap* y sin descuenten-

un documento que explica la solución que lo explicado aporta a cierto problema, la lógica o filosofía subyacente, y su objeto es fomentar el uso de lo explicado (sea un criptoactivo, un *software*, un contrato estandarizado o cualquier otro producto que se desee publicar). Puede incluir algo sobre quién creó el producto y cómo buscan popularizar su uso. Este *white paper* se puede complementar con un *yellow paper* (literalmente, un “papel amarillo”) que tenga aspectos más técnicos, y hasta un *beige paper* (literalmente, un “papel beige”), que es un *yellow paper*, pero más sencillo y de más fácil lectura. Sobre las ICO, remitimos a “Oferta pública y privada de valores negociables: de los cartulares a los criptoactivos”, RDCO 305-209, noviembre-diciembre de 2020.

(31) Las diversas clases de SAFE de Y Combinator se pueden ver y bajar para su uso en <https://www.ycombinator.com/documents/>. Destacamos que en este sitio web existe una guía de usuario del SAFE (*SAFE User Guide*).

to (32). En todos los casos, con la posibilidad de acompañar el SAFE con el *pro rata side letter*.

Tal como la propia Carolyn Levy explica en la página web citada, el primer SAFE fue *pre money*, dado que al momento de elaborarlo las *start-ups* estaban buscando menores montos de capital y en menor cantidad de rondas antes de llegar a una serie A. Pero, posteriormente, la cantidad de dinero y de rondas previas a la serie A aumentó, y dejaron de ser meras rondas puente para llegar a la serie A y pasaron a ser más importantes y usuales. Este cambio llevó a adecuar los SAFE para que sean *post money* (tal como se explicó anteriormente, en un *post money* el cálculo del porcentaje que le corresponde a quien aporta fondos se hace sobre la valuación considerando los fondos aportados). Este cambio tiene, a juicio de Y Combinator, una gran ventaja para fundadores e inversores: la posibilidad de calcular en forma clara cuánto del capital de la compañía ha sido transferido a terceros que no son los fundadores. Este dato es fundamental para los fundadores para entender si tienen o no el control de la compañía, y para los inversores, para saber qué participación han comprado.

Otro punto que cambió entre las versiones anteriores y la versión actual del SAFE es el denominado derecho a *pro rata*. Las versiones originales del SAFE obligaban a la compañía invertida a permitir al inversor vía SAFE invertir en la ronda posterior a aquella en la cual se capitalizaba el SAFE. Un ejemplo típico era que, si el SAFE se capitalizaba en la serie A, el tenedor del SAFE tenía el derecho de invertir *pro rata* en la serie B. Esto tenía todo el sentido del mundo si se asumía una única ronda de SAFE, pero dado que Y Combinator observó que la situación había cambiado y existían múltiples rondas de SAFE, esta cláusula pasó a estar solo en un acuerdo accesorio (*side letter*) del contrato, llamada *pro rata*. Elegir tener esta cláusula dependerá de varios factores, incluyendo el monto del SAFE y el impacto en la dilución de la tenencia en los fundadores de las futuras rondas.

El SAFE (como el KISS de capital) tiene todas las ventajas explicadas, esto es, pospone

(32) Destacamos que en marzo de este año (2021) se incluyeron versiones para ser utilizadas en Canadá, Islas Caimán y Singapur.

para un mejor momento el debate de la valuación de la *start-up*, la posibilidad de acordar beneficios al inversor por su ingreso temprano (descuento), no existe una tasa de interés ni un momento de vencimiento, existiendo flexibilidad para determinar el momento de capitalización (33).

A los efectos del encuadre legal en la Argentina, vemos al SAFE como un aporte irrevocable (34). Nos basamos en que no es deuda (no tiene ni intereses, ni vencimiento) ni es un aporte que se capitalice en forma inmediata (no da los derechos políticos ni económicos de las acciones), y el objeto es que sí se capitalice en el futuro (35). El aporte irrevocable a cuenta de futuras suscripciones de capital (tal su nombre completo) es un mecanismo abreviado para que una sociedad reciba un aporte que será registrado como capital (no como deuda), pero es el procedimiento del aumento de capital. No existe una regulación expresa en la Ley General de Sociedades. Asimismo, la reglamentación de los aportes ha sido diferente (en algunos casos,

inexistente) por los registros de comercio provinciales. Lo dicho conlleva que cada provincia tenga su reglamentación y práctica (36).

En lo que hace a los aportes irrevocables en la Ciudad de Buenos Aires, se destaca que la Inspección General de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires (“IGJ”) ha reglamentado la materia imponiendo un plazo máximo de duración de los aportes irrevocables que en ningún caso puede superar un año (el aporte debe ser capitalizado dentro del ejercicio económico o a la fecha de la primera asamblea que se realice, lo anterior). Luego de ese plazo, o se capitalizan o pasan a ser una deuda de la sociedad. La situación es diferente en otras jurisdicciones provinciales, en las cuales no existe esta restricción y se podría celebrar un acuerdo de aporte irrevocable por un plazo mayor. Por otra parte, las normas de la IGJ requieren que se determine la cantidad de acciones que se emitirán por el aporte, por lo que tampoco existe flexibilidad en esta materia. En otras palabras, no se puede diferir a un momento posterior la determinación del porcentaje de capital de la sociedad que recibirá el aportante. Pero — insistimos— otras jurisdicciones (algunas de ellas muy activas en materia de *venture capital*)

(33) Otro ejemplo de modelo utilizado en la industria es el FAST (acrónimo de *founder-advisor standard template*, que se podría traducir como fundador-asesor modelo estándar) para permitir la incorporación de asesores que hacen un aporte en especie a cambio de sus servicios. Más allá de que siempre se busca que el dinero venga acompañado de mentoría, contactos y asesoramiento (lo que se llama *smart money*), lo cierto es que en algunos casos el aporte que se realiza a cambio de las acciones (presentes o futuras) no es dinerario, sino un servicio profesional. Esta es una situación con cierto parecido al pago en dinero más el otorgamiento de una *stock option* a asesores estratégicos de la *start-up*, en el sentido de que en este último caso existe un pago en especie en acciones de la propia compañía.

(34) Si bien los modelos hablan de *stock purchase*, que se traduce literalmente como “compra de acciones”, no estamos frente a una venta de acciones, sino a un aporte de fondos a cambio de la emisión de acciones. No son acciones ya emitidas en poder de terceros ni acciones emitidas en cartera de la propia sociedad.

(35) Si bien alguna doctrina ha considerado que estamos frente a un derivado financiero, que daría el derecho, pero no lo obligación, de adquirir acciones emitidas por la compañía (esto es, un *warrant*), no compartimos esta postura, dado que el aporte inicial, claramente, no es menor y sí existe una intención de financiación en el contrato. Puntos ambos que lo alejan de un derivado financiero, que no tiene por objeto financiar sino atribuir las consecuencias de la evolución de una variable subyacente.

(36) Cabe mencionar que los aportes irrevocables sí están previstos en las normas técnicas de la Federación Argentina de Consejos Profesionales de Ciencias Económicas (FACPCE) en varias de sus resoluciones, destacándose la resolución técnica (RT) 17, ítem 5.19.1.3.1, que dispone: “La contabilización de estos aportes debe basarse en la realidad económica. Por lo tanto, solo deben considerarse como parte del patrimonio los aportes que: a) hayan sido efectivamente integrados; b) surjan de un acuerdo escrito entre el aportante y el órgano de administración del ente que estipule: 1) que el aportante mantendrá su aporte, salvo cuando su devolución sea decidida por la asamblea de accionistas (u órgano equivalente) del ente mediante un procedimiento similar al de reducción del capital social; 2) que el destino del aporte es su futura conversión en acciones; 3) las condiciones para dicha conversión; c) hayan sido aprobados por la asamblea de accionistas (u órgano equivalente) del ente o por su órgano de administración *ad referendum* de ella. Los aportes que no cumplan las condiciones mencionadas integran el pasivo”. Un punto a destacar es que las normas aclaran que los aportes irrevocables pueden destinarse a absorber pérdidas acumuladas, una posibilidad muy concreta en lo referente a *start-ups*, que en sus primeros años tienen gastos y no generan ganancias, pero con una discusión fiscal que ya hemos mencionado.

sí dan flexibilidad y permitirían celebrar acuerdos similares al SAFE (37).

Destacamos que, así como en materia societaria y contable existe una clara tendencia a llevar todo lo que no sea capital a ser considerado una deuda, en materia fiscal es exactamente al revés. El Fisco hará grandes esfuerzos en considerar capital incluso préstamos documentados y desembolsados como tales, e incluidos

(37) Las normas de la CNV regulan los aportes irrevocables, pero para empresas que estén en la oferta pública de acciones, situación remota para una *start-up* (ya habría hecho su IPO y habría dejado su calidad de *start-up* atrás). Aclarado su limitadísimo campo de aplicación en el caso bajo examen, explicamos lo establecido por las normas para mostrar la única regulación a nivel nacional en la materia. Las normas de la CNV disponen: “las emisoras podrán recibir aportes irrevocables a cuenta de futuras suscripciones de acciones, cuando estos obedezcan a la atención de situaciones de emergencia que no permitan la realización del trámite respectivo para un aumento de capital, lo que deberán justificar detalladamente. Asimismo, las emisoras deberán observar el cumplimiento de las siguientes condiciones: a) Los aportes integrarán su patrimonio neto, desde la aceptación por su órgano de administración. b) Deberán tener simultánea contrapartida en el rubro Caja y Bancos. c) No devengarán intereses. d) Al resolverse la restitución —por no haberse aprobado el aumento de capital o por cualquier otra causa— o vencido el plazo para la celebración de la asamblea (...) cesará su calidad de aporte irrevocable y pasará a integrar el pasivo de la emisora, en carácter de crédito subordinado. e) La restitución deberá ser resuelta por asamblea extraordinaria y sometida al régimen de avisos para oposición de acreedores conforme lo dispuesto por el art. 83, inc. 3º de la ley 19.550. f) Al momento de efectuarse el aporte irrevocable, deberá acordarse mediante convenio escrito que será presentado en copia a [la CNV] (...) ante una eventual restitución, el crédito del aportante tendrá el carácter de subordinado (...), las condiciones de pago, la clase de acciones a que dará derecho el aporte irrevocable realizado y si la emisión será con prima o sin ella (...). La primera asamblea que se celebre —en un plazo que no deberá exceder los seis [6] meses calendarios a contar desde la aceptación del aporte irrevocable por el órgano de administración de la emisora— deberá tratar como punto expreso del orden del día el aumento de capital por un monto que abarque el aporte recibido a cuenta de futuras suscripciones, que deberá ser tratado en forma previa a cualquier reducción de capital. La capitalización de aportes irrevocables no será motivo de restricción al ejercicio de los derechos de preferencia y acrecer de los accionistas. El acta de esa asamblea deberá detallar claramente el destino dado por la emisora a los fondos provenientes de esos aportes irrevocables”. En síntesis, se ve cómo el plazo máximo bajo las normas de la CNV sería de 6 meses.

en estados financieros y estudios de precios de transferencia como deuda. La razón es buscar impugnar la deducción de intereses y, de ser un préstamo en moneda extranjera, diferencias de cambio (38).

En síntesis, más allá de que dependerá de la provincia en que esté la *start-up*, no parece factible la celebración de un SAFE o KISS de *equity*. A partir de esta realidad, cabe destacar que, dado que los fondos de *venture capital* podrían exigir la constitución de un *holding* en los Estados Unidos, se podría pensar en celebrar estos contratos en el fondo de *venture capital* y el *holding* bajo el derecho estadounidense, y que luego el *holding* haga un aporte a la sociedad argentina (que, de ser una sociedad anónima unipersonal o una sociedad anónima simplificada, podría tener por único socio al *holding*, desde ya, previa registración en la Argentina bajo el art. 123 de la LGS).

Un último aspecto a destacar es que tanto el KISS como el SAFE son *securities* bajo el derecho federal de los Estados Unidos (39). Es por ello que para su oferta pública se debe pedir autorización o recurrir a una excepción como la *Regulation D* de la SEC (que no tiene equivalente en la Argentina, a pesar de que la ley específicamente dice que la CNV puede regular la oferta privada) (40). Lo dicho conlleva que tan-

(38) Para un análisis de este tema remitimos al trabajo escrito junto con RAMÍREZ OYHANARTE, Juan, “Recalificación de pasivos financieros como aportes de capital en el impuesto a las ganancias (comentario al fallo ‘Transportadora de Energía SA c. DGI’ de CS)”, *Newsletter Fiscal* del 04/08/2020; *Impuestos*, nro. 82, de agosto de 2020, p. 65.

(39) BERNTHAL, J. Brad, “The evolution of entrepreneurial finance: a new typology”, 2018 *BYU L. Rev.* 773, disponible en <https://scholar.law.colorado.edu/articles/1215/>.

(40) Dado que la *Regulation D* requiere que se haga una presentación a la SEC que pasa a estar disponible en el sistema EDGAR de la SEC (equivalente a la autopista de información financiera de la CNV). Para una explicación del sistema EDGAR de la SEC se puede ver <https://www.sec.gov/edgar/about>. Nos limitamos a explicar que el sistema EDGAR (acrónimo de *electronic data gathering, analysis, and retrieval system*, o sistema electrónico de colección, análisis y obtención de información) recibe unas 3000 presentaciones por día y es el sistema de búsqueda y provisión de información al público de la SEC. Para un análisis actualizado sobre oferta pública y priva-

to cuando tratemos con KISS y SAFE, como en el caso de la Argentina si se usa una obligación negociable convertible u otro valor negociable, como podría ser un pagaré, deberán tenerse presentes las reglas sobre autorización de la oferta pública. Por su parte, en la Argentina, si se usa un KISS o SAFE que no sea bajo el formato de un pagaré u obligación negociable, no cabría esperar que califique como valor negociable y, por ende, no se aplicará el requisito de autorización de su oferta pública. El motivo es que en la Argentina existe una exigencia de que el contrato en cuestión tenga un régimen de transmisión “susceptible de tráfico generalizado e impersonal en los mercados financieros” (41) para calificar como valor negociable, y estos contratos suelen establecer que los derechos no son transferibles o, si lo son, serán por medio de una cesión de derechos (no una transferencia *a non domino* propia de los títulos valores, esto es, una

da, volvemos a remitir a nuestro trabajo “Oferta pública y privada de valores negociables...”, ob. cit., p. 209.

(41) El art. 2º de la ley 26.831 de Mercado de Capitales define en su último párrafo a los valores negociables como “Títulos valores emitidos tanto en forma cartular, así como a todos aquellos valores incorporados a un registro de anotaciones en cuenta incluyendo, en particular, los valores de crédito o representativos de derechos creditorios, las acciones, las cuotapartes de fondos comunes de inversión, los títulos de deuda o certificados de participación de fideicomisos financieros o de otros vehículos de inversión colectiva y, en general, cualquier valor o contrato de inversión o derechos de crédito homogéneos y fungibles, emitidos o agrupados en serie y negociables en igual forma y con efectos similares a los títulos valores; *que por su configuración y régimen de transmisión sean susceptibles de tráfico generalizado e impersonal en los mercados financieros*. Asimismo, quedan comprendidos dentro de este concepto, los contratos de futuros, los contratos de opciones y los contratos de derivados en general que se registren conforme la reglamentación de la Comisión Nacional de Valores, y los cheques de pago diferido, certificados de depósitos de plazo fijo admisibles, facturas de crédito, certificados de depósito y *warrants*, pagarés, letras de cambio, letras hipotecarias y todos aquellos títulos susceptibles de negociación secundaria en mercados” (el destacado nos pertenece).

transferencia que genera un derecho autónomo que nos ve afectado por las circunstancias personales de los anteriores tenedores) (42). Es por ello que ante un SAFE o KISS (insistimos, que no sea en forma de obligación negociable o pagaré) no se aplicarán en la Argentina las reglas de la oferta pública de valores negociables.

IV. Comentario final

Hemos buscado explicar los instrumentos más utilizados por los fondos de *venture capital* en los Estados Unidos para aportar fondos difiriendo el momento del debate sobre la valuación de la empresa, y las dificultades (o lisa y llana imposibilidad) para su utilización en la Argentina. Esto último puede darse porque la deuda (sea porque el instrumento es de deuda, o porque será un aporte irrevocable que se termina calificando como deuda) implique un patrimonio neto negativo que conlleve la obligación de liquidación de la sociedad, o por restricciones en materia de capitalización (prohibición de capitalizar bajo la par, o de hacerlo con diferentes primas para diferentes accionistas, o la obligación de determinar al momento del aporte la relación de conversión, entre otros).

Como comentario final general, nos permitimos decir que vemos que el uso de modelos y la estandarización de los contratos son una práctica creciente, por los evidentes beneficios en materia de tiempos y menor desgaste de las relaciones. No solo son eficientes; permiten un mejor conocimiento de sus ventajas y desventajas, por la mayor experiencia tanto a nivel individual como colectivo de quienes los usan. Asimismo, permiten su automatización, tendencia que cabe esperar se incrementará en el futuro.

(42) El art. 1816 del Cód. Civ. y Com., intitulado “Autonomía”, dispone: “El portador de buena fe de un título valor que lo adquiere conforme con su ley de circulación, tiene un derecho autónomo, y le son inoponibles las defensas personales que pueden existir contra anteriores portadores”.

Las prácticas comerciales agresivas

José Ignacio Ondarcuhu

Sumario: I. Introducción. — II. El concepto legal de las “prácticas comerciales agresivas”. — III. Catálogo o lista negra de prácticas agresivas expresamente tipificadas. — IV. Reflexiones finales.

I. Introducción.

En el momento en que se encuentra uno reposando en la tranquilidad del hogar o concentrado haciendo alguna tarea, repentinamente recibe un llamado telefónico con código de área de Buenos Aires o Rosario. Con curiosidad, uno atiende el teléfono para averiguar, al no detectar o reconocer quién llama, si se trata de una llamada importante. Lo cierto es que, inmediatamente, desde el otro lado del teléfono se identifica una persona como dependiente o representante de alguna empresa de telecomunicaciones, de algún banco, etc., para ofrecerle o promocionar algún ventajoso plan o producto. Quien recibe la llamada le manifiesta no estar interesado, y amablemente decide dar por terminado el intercambio verbal. Sin embargo, las llamadas se repiten día a día, en horas inoportunas, por la noche o durante el fin de semana. Ante esta situación, se decide llamar al número 146 para inscribirse en el Registro “No Llame” (1). Sin embargo, al hacerlo, una voz grabada responde (sic): “se comunica con el Registro Nacional No Llame de la Agencia de Acceso a la Información

Pública. Se informa que el sistema se encuentra fuera de servicio por tareas de renovación. Disculpe las molestias ocasionadas, muchas gracias”. Se repite el llamado insistentemente al número 146 y, con decepción, la respuesta es la misma.

Esta experiencia, seguramente molesta e invasiva, es sufrida permanentemente por muchas personas, viéndose imposibilitadas de liberarse de estas prácticas empresariales. Y, al margen de la frustrada gestión al número 146 —que será harina de otro costal, relacionado el tema, en todo caso, con lo mal que funcionan los servicios propuestos por el gobierno para erradicar esta práctica—, esto nos da paso —por encuadrarse el ejemplo como uno de sus supuestos típicos— a un análisis de lo que se ha denominado por el derecho comparado como “prácticas agresivas”.

Las referidas prácticas no encuentran regulación legal en nuestro país. En rigor, el reciente DNU 274/2019 de Lealtad Comercial (que ha derogado la anterior ley 22.802 de Lealtad Comercial, instaurando un nuevo régimen legal) no se refiere a estas prácticas dentro de los supuestos particulares de actos que se consideran de competencia desleal (art. 10, DNU 274/2019), ello pese a que las prácticas agresivas son actos de competencia desleal (2). Por lo demás, se trata de una materia que no ha sido estudiada por la doctrina vernácula, y tampoco la jurisprudencia local ha atendido a las mencionadas prácticas ante su nulo planteo en sede jurisdiccional.

(1) Registro “No Llame”, creado por la ley 26.951, reglamentada por dec. 2501/2014. La ley 26.951 No Llame creó un sistema sencillo y gratuito, de alcance nacional, mediante el cual los titulares y usuarios de servicios de telefonía —cualquiera sea su modalidad— pueden inscribir sus líneas telefónicas en el Registro Nacional No Llame a fin de evitar ser contactados por las empresas que realizan publicidad, oferta, venta y regalos de bienes o servicios. No obstante, en aquellos casos en que los titulares deseen dar de baja su inscripción, la solicitud tendrá efecto inmediato. Esta ley pretende garantizar el derecho a la privacidad y a la autodeterminación informativa, definida como la facultad de toda persona de ejercer control sobre la información personal que le concierne, contenida en registros públicos o privados.

(2) MASSAGUER, José, “Las prácticas agresivas como acto de competencia desleal”, en https://www.research-gate.net/publication/277184984_Las_practicas_agresivas_como_acto_de_competencia_desleal/citation/download.

Sin embargo, este hipotético desinterés legal no se refleja en el ámbito de la Unión Europea, en el que ha tenido recepción legislativa a través de la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11/05/2005, relativa a prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, en particular en los arts. 8º y 9º y en el anexo I de la citada Directiva. Asimismo, y para el caso particular de España, este país miembro de la Unión Europea ha traspuesto la citada Directiva a su ordenamiento jurídico interno por medio de la ley 29/2009 de Competencia Desleal, regulando las prácticas agresivas en los arts. 19.1, 28, 29, 30 y 31.

II. El concepto legal de las “prácticas comerciales agresivas”

Según la Directiva 2005/29/CE: “Se considerará agresiva toda práctica comercial que, en su contexto fáctico, teniendo en cuenta todas sus características y circunstancias, merme o pueda mermar de forma importante, mediante el acoso, la coacción, incluido el uso de la fuerza, o la influencia indebida, la libertad de elección o conducta del consumidor medio con respecto al producto y, por consiguiente, le haga o pueda hacerle tomar una decisión sobre una transacción que de otra forma no hubiera tomado” (art. 8º).

Como punto de partida, se puede advertir que, en esencia, la citada Directiva de prácticas comerciales desleales viene a tutelar, mediante la prohibición de las prácticas agresivas, la libre elección económica del consumidor y, en consecuencia, a favorecer el correcto funcionamiento del mercado. De manera que podría afirmarse que el bien jurídico protegido por el texto comunitario es el comportamiento económico del consumidor, entendido como la libertad de elección de los bienes o servicios que desea comprar, o autonomía en su comportamiento comercial (3).

Por otra parte, consideramos que de los propios términos del precepto legal citado se pueden extraer dos elementos o presupuestos que

deben concurrir para calificar una práctica comercial como agresiva, y ellos son: en primer lugar, una conducta que pueda ser calificada como acoso, coacción o influencia indebida; y, en segundo lugar, que la referida conducta sea susceptible de mermar o afectar, de manera significativa, la libertad de elección o conducta del destinatario.

Puestas las cosas de tal modo, se puede advertir que las prácticas comerciales agresivas presentan contornos bastante amplios y un carácter heterogéneo, por lo cual dentro de esta categoría jurídica podremos encontrar una gran variedad de prácticas empresariales reprochables.

En este sentido se explica el jurista español Massaguer, al decir: “La caracterización de las prácticas comerciales agresivas que del conjunto resulta tiene perfiles poco definidos, en los que se dan cita elementos y supuestos que proceden de dos grupos de actos de competencia desleal tradicionalmente diferenciados. Me refiero, en particular, a la indebida presión de compra, en la que se sitúa la mayor parte de los supuestos contemplados por la Directiva, y a las prácticas molestas, en el que se sitúa alguna de las prácticas comerciales agresivas de la lista negra del anexo I —como proposiciones no solicitadas y persistentes por teléfono y otros medios de comunicación a distancia, a las que se refieren sus aparts. 25 y 26—, cuya separación en la construcción dogmática de los grupos de casos de competencia desleal se explica por el diverso fundamento de su respectiva deslealtad. En particular, si la deslealtad de los actos de indebida presión de compra encuentra ese fundamento precisamente en su aptitud para influir de forma reprochable en la conducta de mercado de los consumidores, la deslealtad de las prácticas molestas lo tiene en la invasión inaceptable de la esfera privada del consumidor y en la indebida conversión de esa esfera privada en escenario de la lucha concurrencial” (4).

A continuación, al menos de manera escueta, pretendemos realizar un tratamiento ordenado

(3) GONZÁLEZ PONS, Elisabet, “Prácticas agresivas y tutela del consumidor”, Ed. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2019, ps. 29/30.

(4) MASSAGUER, José, “El nuevo derecho contra la competencia desleal. La Directiva 2005/29/CE sobre las prácticas comerciales desleales”, Ed. Aranzadi, Navarra, p. 131.

de las prácticas comerciales agresivas contempladas por el derecho comparado y de sus características más relevantes.

II.1. Acoso

En particular, el acoso consiste en perseguir, importunar, incomodar o apremiar al consumidor como medio de obtener su decisión de compra o determinar su comportamiento en el marco de la relación ya establecida (5).

Para calificar una práctica como acoso, además del contacto directo o personal entre el anunciante y el destinatario de la conducta, han de concurrir circunstancias adicionales que provoquen que aquel contacto pueda ser percibido por un destinatario medio normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz como un acoso susceptible de incidir en su libertad de elección. Entre estas circunstancias relevantes está el lugar elegido para dicho contacto. De ahí que la posibilidad de calificar aquel contacto como acoso se incrementa cuando se produce, bien en un ámbito privado —como el hogar o el lugar de trabajo—, bien en un lugar donde las personas no se ven normalmente expuestas a las técnicas del *marketing* directo; cobrando especial relevancia el momento en el que se produce, resultando obvio que la posibilidad de incomodar al destinatario de la conducta —y, en consecuencia, la posibilidad de ejercer sobre él una presión suficiente para incidir en su libertad de elección— se incrementa cuando aquel contacto se produce, por ejemplo, a través de llamadas telefónicas por la noche o por medio de visitas domiciliarias que se prolongan hasta muy tarde; convirtiéndose, finalmente, a la persistencia en un elemento decisivo para calificar a una práctica como acoso (6). Tales circunstancias se encuentran contempladas expresamente en el art. 9º, inc. a), de la Directiva 2005/29/CE (7).

(5) MASSAGUER, José, “El nuevo derecho contra la competencia desleal...”, ob. cit., p. 133.

(6) TATO PLAZA, Anxo, “Prácticas agresivas”, en TATO PLAZA, Anxo — FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, Pablo — HERRERA PETRUS, Christian, *La reforma de la Ley de Competencia Desleal*, Ed. La Ley, Madrid, 2010, ps. 191/194.

(7) El cual dispone: “Art. 9º: *Utilización del acoso, la coacción y la influencia indebida*. Para determinar si una

Entre los supuestos que la propia la ley 29/2009 de Competencia Desleal de España enumera como “prácticas agresivas por acoso” se encuentran mencionadas en el art. 29 las siguientes: 1) las visitas en persona al domicilio del consumidor o usuario, ignorando sus peticiones para que el empresario o profesional abandone su casa o no vuelva a personarse en ella (modalidad de “ventas puerta a puerta”, más conocidas por su terminología anglosajona, como el método *door-to-door salesman*); y 2) las propuestas no deseadas y reiteradas por teléfono, fax, correo electrónico u otros medios de comunicación a distancia, salvo en las circunstancias y en la medida en que esté justificado legalmente para hacer cumplir una obligación contractual (el llamado “spam telefónico” o *spam* realizado por los diversos medios señalados, muy común en los correos electrónicos).

Al margen de estos, y sin pretender agotar los supuestos, otro supuesto clásico de práctica comercial desleal por acoso es el envío masivo y reiterado de publicidad comercial inserta en el buzón de la casa del consumidor, pese a manifestar este su negativa a recibir material publicitario; debemos hacer, en este caso en particular, una interpretación restrictiva, de modo que no se trate de una práctica simplemente molesta y frecuentemente extendida en el tráfico, sino de supuestos más graves, contemplándose el caso de que el destinatario expresamente haya rechazado la recepción de este tipo de publicidad (8).

II.2. Coacción

Por su parte, la coacción parece perfilarse en torno al uso de la fuerza, tanto física como de otra naturaleza, y a la amenaza del uso de esa fuerza física o de otra naturaleza (9).

práctica comercial hace uso del acoso, la coacción, con inclusión del uso de la fuerza, o la influencia indebida se tendrán en cuenta: a) el momento y el lugar en que se produce, su naturaleza o su persistencia...”

(8) GONZÁLEZ PONS, Elisabet, “Prácticas agresivas y tutela del consumidor”, ob. cit., p. 99. TATO PLAZA, Anxo, “Aspectos jurídicos del *spam*”, en COSTAS COMESAÑA, J. — FERNÁNDEZ LÓPEZ, J. M. — MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R., *Publicidad, defensa de competencia y protección de datos*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2010, p. 57.

(9) MASSAGUER, José, “El nuevo derecho contra la competencia desleal...”, ob. cit., p. 134.

Entre los supuestos de prácticas agresivas por coacción recogidos por la norma se ubican: el empleo de un lenguaje o un comportamiento amenazador o insultante [art. 9º, inc. b), de la Directiva 2005/29/CE]; la amenaza de ejercer cualquier acción que, legalmente, no pueda ejercerse [art. 9º, inc. e), de la citada Directiva]; y la creación de la impresión de que el consumidor no puede abandonar el local hasta haber perfeccionado el contrato (apart. 24 del anexo I de la citada Directiva).

Como ejemplos de estas prácticas se encuentran el caso del empresario que ofrece un servicio de guardería a sus clientes mientras estos compran en su establecimiento, pero que impide a los clientes retirar a sus hijos a no ser que realicen alguna compra en sus instalaciones; o aquellos supuestos conocidos como “excursiones comerciales”, en los que el empresario proporciona el medio de transporte al consumidor para llegar a las instalaciones y se niega a devolverlo a su lugar de origen si no compra el producto que se le ofrece (10).

En la coacción, el mensaje se puede transmitir en forma expresa —advirtiendo explícitamente el anunciante que la aceptación de la oferta o de ciertos extremos de esta constituye la condición necesaria para evitar un riesgo ilegítimo o alcanzar un beneficio inexistente— o de forma implícita; no importando tanto los términos literales por medio de los cuales se manifiesta, sino la forma en que pueda ser percibida por un destinatario medio. Puede encajar en el concepto de coacción el uso o la amenaza de uso de la fuerza física como vía para forzar la decisión de compra de una persona, o una amenaza de tipo jurídico cuando esta no es legítima, esto es, si la situación negativa con la que se amenaza no es real o procedente —en este último sentido, el art. 8.2.e) de la ley 29/2009 de Competencia Desleal de España permite calificar como coacción aquella conducta que suponga “la comunicación de que se va a realizar cualquier acción que, legalmente, no pueda ejercerse”. También puede haber coacción, aun cuando no exista una amenaza

(física o jurídica), cuando se le imponen a una persona cargas excesivas como vía para evitar el ejercicio de ciertos derechos o para forzar su aceptación con relación a los productos o servicios promocionados (11).

Con particular cuidado han de observarse estos supuestos, dado que, en los casos más graves, pueden devengar responsabilidad penal, debiendo apartarnos del ámbito de la competencia desleal para dar lugar a la investigación penal de un delito. Por esto, el art. 28 de la ley 29/2009 de Competencia Desleal de España establece la salvedad, en su parte final, de que “dicha conducta sea constitutiva de infracción penal” (12).

II.3. Influencia indebida

La tercera conducta tipificada como práctica agresiva es la influencia indebida. En el segundo párrafo del art. 8.1 de la ley 29/2009 de Competencia Desleal de España se la define como “la utilización de una posición de poder en relación con el destinatario de la práctica para ejercer presión, incluso sin usar fuerza física ni amenazar con su uso”. En términos análogos, en el art. 2º, inc. j), de la Directiva 2005/29/CE se la conceptualiza como “la utilización de una posición de poder en relación con el consumidor para ejercer presión, incluso sin usar fuerza física ni amenazar con su uso, de una forma que limite de manera significativa la capacidad del consumidor de tomar una decisión con el debido conocimiento de causa”.

La influencia indebida se caracteriza por el aprovechamiento de una situación de poder, que puede ser propio del oferente o propio de un tercero del que se vale el oferente para trasladar su oferta o su posición respecto de la celebración o cumplimiento del contrato [cfr.

(11) TATO PLAZA, Anxo, “Prácticas agresivas”, ob. cit., ps. 197/198.

(12) Establece el art. 28, que lleva el título “Prácticas agresivas por coacción”, lo siguiente: “Se reputan desleales por agresivas las prácticas comerciales que hagan creer al consumidor o usuario que no puede abandonar el establecimiento del empresario o profesional o el local en el que se realice la práctica comercial, hasta haber contratado, salvo que dicha conducta sea constitutiva de infracción penal”.

(10) TORRES LANA, J. A., “Métodos agresivos y multipropiedad”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Comercial*, nro. 20, 2000, ps. 10/15.

art. 2.b) de la Directiva 2005/29/CE] a la que está sujeto el destinatario de la práctica (13).

El carácter especial de la relación a la que hacemos referencia puede deberse a una relación de subordinación, dependencia o de otro carácter extraordinario entre ambos sujetos que sitúe al destinatario de la práctica en una posición de especial vulnerabilidad o pleitesía para con el agente. De esta manera, además de las relaciones típicas de dependencia, como pueden ser las laborales o las docentes, también encargarían en el concepto de influencia indebida con relevancia mercantil aquellas situaciones en las que exista una marcada asimetría informativa entre el agente y el destinatario, que emplace al segundo en una situación de subordinación respecto del primero a la hora de adoptar una determinada transacción comercial, circunstancia que ocurre especialmente en determinados sectores como el financiero, caracterizado por una acusada desigualdad informativa entre el oferente y el destinatario (14).

Asimismo, esa posición de poder o, si se quiere, la relación de carácter especial que permite el ejercicio de una influencia de carácter extraordinario puede que no sea ocupada directamente por el anunciante, sino por un tercero, como puede ser el caso de la conducta consistente en incluir en la publicidad exhortaciones directas a los niños para que convengan a sus padres de la adquisición de un determinado producto o servicio (15) (art. 30 de la ley 29/2009 de Competencia Desleal de España). Se trata de que el agente se aproveche de la especial vinculación que lo une con el destinatario para ejercer presión sobre este y así ser susceptible de alterar las decisiones comerciales; y esta explotación de la relación de dependencia, sumisión o lealtad a la que hacemos referencia puede ser hecha directamente por el empresario o profesional o —siendo este el supuesto más habitual— a través de personas interpuestas, conocidas como proscriptores indirectos, que serán los sujetos

que tengan la relación extraordinaria con el destinatario para ejercer sobre este una influencia indebida (16) —hipótesis, esta última, referenciada y relativa a las “prácticas agresivas en relación con los menores”—.

III. Catálogo o lista negra de prácticas agresivas expresamente tipificadas

La regulación legal de las prácticas agresivas se completa en el ámbito comunitario con un catálogo o lista negra de prácticas que *en sí mismas* son agresivas (anexo I de la Directiva 2005/29/CE).

El catálogo de prácticas agresivas expresamente tipificadas posee una utilidad evidente que ha sido explicada por la doctrina en el sentido de que el juicio de deslealtad de estas prácticas no requiere de la comprobación de que las conductas en que consisten constituyen, en efecto, acoso, coacción o influencia indebida, y que además merman o puedan mermar la libertad de elección y decisión de los consumidores. Es decir que no es necesario —para las prácticas incluidas en este listado— analizar si son susceptibles de ser calificadas como acoso, coacción o influencia indebida, o si son aptas para incidir en el comportamiento económico del consumidor medio; una vez constatado que la práctica analizada se corresponde con alguna de las tipificadas por la norma, su calificación como agresiva será automática, y el reproche de deslealtad, directo (17).

En particular, las prácticas agresivas *per se* son la creación de la impresión de que el consumidor no puede abandonar un establecimiento hasta haber contratado un bien o servicio, la visita al domicilio de los consumidores en contra de su oposición, la realización de proposiciones no solicitadas y persistentes por teléfono, fax, correo electrónico u otros medios de comunicación a distancia, la exigencia de documentación impertinente para sustentar una reclamación o la falta de atención a la correspondencia del consumidor que reclama una indemnización al

(13) MASSAGUER, José, “Las prácticas agresivas...”, ob. cit.

(14) GONZÁLEZ PONS, Elisabet, “Prácticas agresivas y tutela del consumidor”, ob. cit., ps. 112/113.

(15) TATO PLAZA, Anxo, “Prácticas agresivas”, ob. cit., p. 201.

(16) GONZÁLEZ PONS, Elisabet, “Prácticas agresivas y tutela del consumidor”, ob. cit., p. 117.

(17) MASSAGUER, José, “El nuevo derecho contra la competencia desleal...”, ob. cit., ps. 138/139. TATO PLAZA, Anxo, “Prácticas agresivas”, ob. cit., p. 207.

amparo de una póliza de seguro, la exhortación directa a niños para que compren o convengan a otros para que compren los productos objeto de la publicidad, el envío de productos no solicitados con exigencia de pago inmediato o aplazado, devolución o custodia, la alegación expresa de que el trabajo o sustento del comerciante corren peligro si el consumidor no contrata un bien o servicio, y la creación de la falsa impresión de que el consumidor ha ganado, ganará o, si realiza un determinado acto, conseguirá un premio u otra ventaja equivalente cuando en realidad no existe tal premio o ventaja o cuando para ello debe el consumidor efectuar un pago o incurrir en un gasto (18).

(18) Ver Directiva 2005/29/CE, anexo I, aparts. 24 a 31, bajo el título “Prácticas comerciales agresivas”. Allí se considera expresamente que son prácticas comerciales agresivas: “24. Crear la impresión de que el consumidor no puede abandonar el local hasta haber perfeccionado el contrato. 25. Realizar visitas en persona al domicilio del consumidor, ignorando las peticiones de este de que el comerciante abandone su casa o no vuelva a personarse en ella, salvo en las circunstancias y en la medida en que esté justificado, con arreglo a la legislación nacional, para hacer cumplir una obligación contractual. 26. Realizar proposiciones no solicitadas y persistentes por teléfono, fax, correo electrónico u otros medios a distancia, salvo en las circunstancias y en la medida en que esté justificado, con arreglo a la legislación nacional, para hacer cumplir una obligación contractual. Este supuesto se entenderá sin perjuicio del art. 10 de la Directiva 97/7/CE y de las Directivas 95/46/CE y 2002/58/CE. 27. Exigir al consumidor que desee reclamar una indemnización al amparo de una póliza de seguro que presente documentos que no puedan razonablemente considerarse pertinentes para determinar la validez de la reclamación o dejar sistemáticamente sin responder la correspondencia al respecto, con el fin de disuadirlo de ejercer sus derechos contractuales. 28. Incluir en una publicidad una exhortación directa a los niños para que compren o convengan a sus padres u otros adultos de que les compren los productos anunciados. Esta disposición se entiende sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 16 de la Directiva 89/552/CEE relativa a la radiodifusión televisiva. 29. Exigir el pago inmediato o aplazado, la devolución o la custodia de productos suministrados por el comerciante, pero que no hayan sido solicitados por el consumidor (suministro no solicitado), salvo cuando el producto en cuestión sea un producto de sustitución suministrado de conformidad con lo establecido en el art. 7º, apart. 3º, de la Directiva 97/7/CE. 30. Informar expresamente al consumidor de que el trabajo o el sustento del comerciante corren peligro si el consumidor no adquiere el producto o servicio. 31. Crear la impresión falsa de que el consumidor ha ganado ya, ganará, o conseguirá si realiza un acto determinado, un premio o

Sin ningún tipo de vacilación se pueden ubicar todas estas prácticas dentro de la nómina de típicas prácticas comerciales agresivas, aunque no pensamos lo mismo respecto de la señalada en la parte final, en la que se utiliza el señuelo de los “falsos premios”, ya que para nosotros aquella práctica ilícita es más próxima al engaño que a la agresión (19).

IV. Reflexiones finales

Proponemos que en una futura reforma del régimen de lealtad comercial argentino sean incorporadas dentro de los supuestos particulares de actos considerados de competencia desleal (art. 10 del DNU 274/2019 de Lealtad Comercial) las prácticas agresivas, justamente porque estas son actos de competencia desleal.

Su incorporación en la letra expresa de la ley permitiría que sean combatidas a través de los remedios legales que regula el propio régimen especial diseñado por el DNU 274/2019 de Lealtad Comercial —a través del procedimiento administrativo previsto en los arts. 30 y ss., y de las acciones judiciales del art. 61—.

Pese al carácter heterogéneo de las prácticas agresivas, del análisis del fundamento de su deslealtad pueden extraerse, a su vez, dos conclusiones: 1) por un lado, el reconocimiento de cierto grado de aprovechamiento por parte del empresario de la situación de vulnerabilidad en la que se encuentra el consumidor. De ahí la necesidad de enfatizar que el reproche de deslealtad de las prácticas agresivas no pretende perseguir simples molestias que pueda sufrir el consumidor en la contratación de bienes o servicios, sino que para que la conducta sea considerada ilícita se debe estar ante un supuesto en que el consumidor ha sufrido o podría haber sufrido una

cualquier otra ventaja equivalente, cuando en realidad no existe tal premio o ventaja equivalente, o la realización de una acción relacionada con la obtención del premio o ventaja equivalente está sujeta a la obligación, por parte del consumidor, de efectuar un pago o incurrir en un gasto.”

(19) En este sentido, KÖHLER, H., “Congratulations, you have won! New standards apply to announcements of wins: A discussion of purely creative and others”, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, nro. 5, vol. 8, 2013, p. 401.

alteración significativa de su comportamiento económico; y 2) por otra parte, lo relevante en estos supuestos es que mediante la conducta del sujeto activo se hayan reducido las alternativas que el destinatario tiene para elegir en relación con una determinada operación comercial, de ahí la expresión “merma (...) de la libertad de

elección o conducta del destinatario”, sin que la norma exija para considerar la conducta desleal que se le ofrezca al destinatario una única opción en relación con el bien o servicio **(20)**.

(20) GONZÁLEZ PONS, Elisabet, “Prácticas agresivas y tutela del consumidor”, ob. cit., ps. 133/134.

CONTRATOS

DOCTRINA

La producción de seguros y el *Insurtech*

Carlos A. Schiavo^(*)

Sumario: I. Introducción.— II. La contratación digital.— III. La producción de seguros y el *insurtech*. Las operaciones estandarizadas masivas y la intermediación.— IV. Conclusiones.

I. Introducción

1.1. La actividad jurídica interdisciplinaria

Es natural a la ciencia del derecho un necesario accionar interdisciplinario. Este accionar, inicialmente, estuvo solo vinculado a la teología, la filosofía y la sociología, para luego, tiempo ha, ir intercomunicándose con otras ciencias y disciplinas, para hacer posible su accionar tanto dogmático como práctico procesal probatorio.

Así, la medicina patológica en temas de investigación criminal o las especialidades médicas para las evaluaciones de la significación de aquellas disfuncionalidades psicofísicas que afectan a una persona humana, la ingeniería mecánica y civil para informar sobre cuestiones técnicas propias de su incumbencia, las ciencias económicas y contables, y otras tantas más.

El reconocimiento de esta actuación interdisciplinaria requiere necesariamente que se acepte que los operadores jurídicos deben reafirmar y sustentar la identidad dogmática y metodológica propia de las ciencias jurídicas; no cabría ni debería permitirse que las ciencias y disciplinas auxiliares interfieran, subordinen o

se impongan alterando la identidad esencial del derecho (1).

Las nuevas tecnologías digitales son para la dogmática y práctica del derecho meramente instrumentales. No son ni pueden ser “el nuevo septentrion de la ciencia jurídica” (2).

1.2. La insurtech y la inteligencia artificial (IA)

En esta breve alusión al tema del título, cabe, a guisa de mero proemio, referirnos a la expre-

(1) Desde aquellos años de Cesare Lombroso, Enrico Ferri y Raffaele Garofalo con la escuela italiana del positivismo criminológico, pasando por el neolombrosianismo del “genoma humano”, hemos visto a muchos juristas deambular afirmando enfáticamente que el hombre interactúa socialmente a partir de pensamientos económicamente racionales (interpretación económica del derecho), para que, a poco, y sobre la base de las neurociencias, afirmen todo lo contrario. Hubo autores que, imbuidos de principios de interpretación económica del derecho, llegaron a afirmar que la muerte de un hijo priva a sus padres de los frutos de una unidad económica productiva, a la vez que le hacen perder lo “invertido” en el desarrollo de tal unidad productiva. Tal vez con licencia de Lou Marinoff, y parafraseando el título de su famoso libro, cabría afirmar: “Más filosofía y sociología jurídica y menos ciencias auxiliares”.

(2) Tal como decía Saint Exupéry (“Ciudadela...”), afirmamos que no rehusamos la escalera de las conquistas que permiten al hombre subir algo, pero no confundimos el medio con el fin: sabemos que la escalera es el instrumento, y el templo al que nos permite acceder la escalera resulta el objetivo, es lo esencialmente relevante, y así las ciencias auxiliares al derecho, como la escalera, son el instrumento que permite acceder al templo de la justicia, como virtud y como valor ético.

(*) Abogado. Doctor en Ciencias Jurídicas (UCA). Miembro y vocal de la CD de la AAADS rama nacional de la AIDA. Profesor de posgrados universitarios, Consultor Académico Honorario del Instituto de Derecho de Seguros del Colegio de Abogados de Azul, y profesor en el doctorado de la Universidad San Carlos de Guatemala. Publicista, autor de libros y artículos de su especialidad.

sión *insurtech*, como acrónimo del anglicismo *insurance technology* (3), con lo cual se tiende a trasuntar la idea de “nuevas tecnología de la información digital, aplicadas a la actividad aseguradora”.

El desarrollo, estudio y difusión (4) de estas innovaciones tecnológicas diseñadas para lograr racionalidad en el uso de recursos y una mayor eficiencia de los modelos actuales de administración y comercialización (5), entre otras tantas actividades, de la aseguradora en especial, muestra una importante actividad académica, a la vez que un uso real y práctico en las actividades comerciales, entre ellas, la financiera y de seguros.

No obstante las ventajas indiscutibles que la IA brinda a la práctica administrativa, técnica y de medios de comercialización en el mercado asegurador, ella no logra aún afirmarse

(3) Desde hace tiempo que vemos incorporar estos anglicismos al uso común y coloquial comunicativo; por razones prácticas, se ha aceptado no castellanizarlos (ver DÍAZ, Marcelo, “Gran diccionario de la informática”, Kindle Amazon); otra vez se comprueba una confusa y desacertada castellanización (como aquella de denominar a la indemnización pecuniaria disuasiva “daño punitivo”, por errar en la castellanización de la expresión *punitive damage*); también pareciera verificarse cierto innecesario esnobismo de arcana erudición (ver en este sentido ROUVILLOIS, Frederic, “Historia del esnobismo”, Ed. Claridad, Buenos Aires, 2009) en el uso de estos vocablos y acrónimos, que poco agregan a una fluida comunicación de ideas y postulados técnicos y prácticos.

(4) Debiendo señalar la importante y reconocida actividad de estudio y difusión que, sobre el tema, lleva adelante la Asociación Argentina de Derecho de Seguros (AADS), rama nacional de la Association Internationale de Droit des Assurances (AIDA), destacándose su principal expositor especializado en la materia, Martín Zapiola Guerrico.

(5) Lo que no debe llevar a confundir las nuevas tecnologías aplicadas a las empresas con toda la teoría administrativa de lo que se dio en llamar “reingeniería” empresarial (ver SERRA, Roberto — KASTIKA, Eduardo, “Reestructurando empresas. Las nuevas estructuras de redes para diseñar las organizaciones del futuro”, Ed. Norma, Buenos Aires, 20014; SCHMITT, Guillermo R., “La reingeniería de los negocios *turn-around*”, Ed. Atlántida, Buenos Aires, 1994; HAMMER, Michael — CHAMPY, James, “Reingeniería. Olvide lo que usted sabe sobre cómo debe funcionar una empresa, ¡casi todo está errado!”, Ed. Norma, Bogotá, 1994).

plenamente. Pareciera estar trabada y demorada por diversas razones, las más de ellas por la falta de normativas específicas y por la descoordinada, lenta y burocrática actualización de algunos organismos administrativos estatales (6), como también por la injustificada resistencia de ciertos operadores del mercado asegurador para aceptar y permitir que se establezcan sistemas automáticos de recolección de determinada información, para su incorporación a bases de datos bajo manejo directo por parte de entes y organismos estatales —que, sin duda, en el tema asegurador sería la Superintendencia de Seguros de la Nación (SSN)— (7).

Sabido es que la inteligencia artificial está presente cada vez más en nuestras actividades cotidianas, desde las más comunes —como tomar una fotografía y que la cámara produzca el mejor enfoque y reconozca cuándo la persona sonríe para tomar la imagen— hasta el control

(6) Ciertamente, ha de observarse que mientras en el año 2021 una aseguradora argentina no puede acceder a través de un motor de búsqueda a la información de registros públicos y su manejo inteligente por el correspondiente algoritmo (como, por ejemplo, los de la DN-RPA), el motor de búsqueda Google, originariamente denominado Backrub, comenzó a operar en el año 1995, en tanto las principales redes sociales lo hicieron: Facebook, en 2003; Twitter, en 2006; e Instagram, en 2010. Mientras, se podría afirmar que el comercio electrónico comenzó allá por 1994, con las primeras operaciones de Amazon como la “librería más grande del mundo”; eBay inició sus operaciones como un sitio destinado a la subasta y comercio electrónico de productos a través de internet, en setiembre de 1995; y una empresa argentina como Mercado Libre empieza en 1991 a operar en el mercado electrónico. De manera que estas “nuevas” tecnologías digitales de la comunicación, comercialización y contratación electrónica por medio de la internet ya llevan algunos años, y se espera que a la brevedad la actividad aseguradora logre el acceso y manejo de información pública de datos no sensibles (en los términos de la ley 25.326).

(7) Uno de estos bancos de datos que maneja la SSN es el denominado sistema IRIS de Control de Fraudes, para la rama cuyo objetivo básico es detectar denuncias de siniestros que, por sus características, podrían ser parte de maniobras fraudulentas. El sistema, la base de datos IRIS, se alimentará diariamente con los siniestros que afectan las coberturas del casco, de manera de permitir conocer la historia siniestral de un vehículo, obtener estadísticas, efectuar el seguimiento de la siniestralidad y conocer periódicamente sus variaciones.

de varios procesos de nuestro automotor, o el reconocimiento de voz que lleva a la acción de responder preguntas o ejecutar un programa determinado, como también la traducción inmediata a otro idioma (8), y aunque todavía no esté difundida la IA general (9), cada vez asume más complejas funciones.

Así como la psicología ha identificado diferentes tipos de inteligencia de la persona humana (emocional, interpersonal, musical, lingüística, kinestésica, espacial, etc.), las distintas definiciones de la IA hacen énfasis en diferentes aspectos, aunque existen similitudes entre ellas (10), por lo que todas resultan igualmente útiles para delimitar conceptos (11). En la acti-

vidad aseguradora, se centra en la recopilación de la mayor cantidad de información acerca del asegurable, su evaluación y calificación, inclusive en lo que hace al llamado riesgo moral, en la verificación de conocimiento, selección de riesgos y su tarificación más personalizada y precisa (12), como también en todo lo referido a las actividades de comercialización, asesoramiento e intermediación en la contratación de seguros, tema que, a la sazón, resulta el objeto de este trabajo.

Para concluir este acápite introductorio, entendemos que resulta imposible soslayar cuatro cuestiones; aunque su tratamiento excedería el marco del presente trabajo, es conveniente enunciarlas.

(8) GARCÍA SERRANO, Alberto, "Inteligencia artificial. Fundamentos, práctica y aplicaciones", Ed. RC Libros, Madrid, 2012.

(9) Entendemos por IAG a aquella que puede realizar, con la misma intensidad, velocidad y procesamiento de múltiples fuentes informativas, muchas, diversas y múltiples funciones. La IA que juega ajedrez no cumple funciones en la sistematización de historias clínicas, y la que dirige un complejo sistema misilístico no logra leer e interpretar un poema o componer música.

(10) PONCE GALLEGOS, Julio C. y otros, "Inteligencia artificial", Ed. Iniciativa Latinoamericana de Libros de Texto Abiertos (LATIn), 2014 (de esta iniciativa participa, entre otros, la Universidad Nacional de Rosario).

(11) M. Zapiola Guerrico entiende que son tecnologías que permiten a los sistemas de computación desarrollar tareas que normalmente requieren inteligencia humana, como la percepción visual, el reconocimiento de la voz y la traducción de idiomas. Dice el autor glossado que la IA abarca el *machine learning* (aprendizaje automático) y el *deep learning* (aprendizaje profundo o a través de redes neuronales); por su parte, Julio Villena Román y otros, en su exposición en la Universidad Carlos III de Madrid, mencionan el famoso artículo "Computing machinery and intelligence" escrito por Alan Turing, uno de los padres de la IA, y publicado en el vol. 59 de la revista *Mind*, en el cual se entiende por IA a aquella máquina que pueda imitar el comportamiento de la mente humana. SOSA SIERRA, María del Carmen, "Inteligencia artificial en la gestión financiera empresarial", *Pensamiento & Gestión*, en línea, nro. 23, 2007, ps. 153-186, disponible en <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=64602307>, fecha de consulta: 10/05/2021, señala que existen dos aproximaciones dentro del amplio espectro de la IA. Una es la IA simbólica, caracterizada por un alto nivel de abstracción y vista microscópica. A esta categoría pertenecen la psi-

cología clásica, los sistemas basados en el conocimiento, el aprendizaje simbólico de máquinas, las técnicas de búsqueda y el procesamiento de lenguaje natural. La segunda se caracteriza por un bajo nivel de abstracción y modelos biológicos microscópicos. Las redes neuronales y los algoritmos genéticos se encuentran en esta categoría. Además, se han desarrollado nuevas herramientas, denominadas "inteligencia computacional", las cuales tienen aplicación en la gestión financiera empresarial, especialmente en el tratamiento de la información imprecisa. Dentro de estas técnicas de reciente implementación se pueden mencionar: los sistemas borrosos (*fuzzy systems*), la teoría de los conjuntos aproximados (*rough sets theory*) y los sistemas caóticos (*systems chaotics*). Los sistemas borrosos y la teoría de los conjuntos aproximados se pueden emplear con las técnicas de la IA simbólica y las aplicaciones numéricas en el tratamiento de la información imprecisa e incompleta. LÓPEZ DE MÁNTARAS, Ramón, "El futuro de la IA: hacia inteligencias artificiales realmente inteligentes", Ed. BBVA Open Mind, 2019. El diseño y realización de inteligencias está relacionado con lo que se conoce por IA débil, en contraposición con la IA fuerte, a la que se refería el filósofo John Searle en un artículo crítico con la IA publicado en 1980, que provocó, y sigue provocando, mucha polémica. La IA fuerte implicaría que un ordenador convenientemente diseñado no simula una mente, sino que es una mente y, por consiguiente, debería ser capaz de tener una inteligencia igual o incluso superior a la humana. Searle, en su artículo, intenta demostrar que la IA fuerte es imposible. En este punto conviene aclarar que no es lo mismo IA general que IA fuerte.

(12) Esta calificación que puede hacer la IA sobre la base de los antecedentes del asegurable permitiría que el sistema *bonus, malus* sea usado en la tarificación inicial, conforme al cálculo predictivo de la conducta estimada de esa persona.

La primera está referida a la “entropía (13); la segunda, al “mito del algoritmo” (14); la tercera, directamente vinculada a la “teoría del caos” (15); y la última, pero no la menos importante, “la virtud ética” (16). Estos cuatro temas nos imponen profundizar, más allá de todo frenesí inicial —hasta podría decirse entusiasmo ficcional—, en que, detrás, al lado y por delante de toda IA se encuentra el aparato imperfecto y limitado en capacidad de almacenamiento informativo y velocidad de proceso que resulta el ser humano interactuando socialmente (17).

(13) Se entiende por entropía de la información a la posibilidad de cálculo de la incertidumbre que exhibe una fuente de información informática, fuera como parte del “sistema y proceso de aprendizaje de las máquinas”, fuese como información o acción que estas suministran o ejecutan. La entropía también se puede considerar como la cantidad de información promedio que contienen los símbolos usados. Lo que nos lleva necesariamente a la estocástica: donde existe probabilidad, hay incertidumbre, que es lo más cercano al azar.

(14) BENJAMNIS, Richard — SALAZAR, Idoia, “El mito del algoritmo, cuentos y cuentas de la inteligencia artificial”, Ed. Anaya, Madrid, 2020.

(15) BALANDIER, Georges, “El desorden, la teoría del caos y las ciencias sociales”, Ed. Gedisa, Barcelona, 2012; LANDSBERG y otros (Prólogo de Salvador Dalí), “Proceso al azar. Una convocatoria de Jorge Wagensberg”, Ed. Tusquets, Barcelona, 1992; LÓPEZ DE OÑATE, Flavio, “La certeza del derecho”, Ed. Jurídicas Europa - América, Buenos Aires, 1953, cap. IV: “Las amenazas de hecho contra la certeza del derecho”; PRIGOGINE, Ilya, “¿Tan solo una ilusión? Una experiencia del caos al orden”, 6ª ed., Ed. Tusquets, Barcelona, 2009.

(16) TAPIA HERMIDA, Alberto J., “Inteligencia artificial. El ‘triángulo virtuoso’ de su regulación: riesgo, responsabilidad y seguro”, conferencia pronunciada en el *webinar* de la Escuela de Práctica Jurídica (EPJ) el 28/01/2021; del mismo autor, “Decálogo de la inteligencia artificial ética y responsable en la Unión Europea”, ambos disponibles en la biblioteca digital de la AADS, www.aidaargentina.com/doctrina.

(17) AROZTEGUI VÉLEZ, Javier y otros, “Introducción a la programación en inteligencia artificial”, Ed. Antonio Benítez, Madrid, 2009-10. Estos autores señalan que si se compara el funcionamiento de un ordenador clásico con los sistemas neuronales artificiales, se comprobará que la red neuronal procesa la información de forma distribuida y no lineal y secuencialmente, lo que permite que una falla de una o varias neuronas sea suplida y superada por las demás, evitando el colapso del sistema y su paralización. Las redes neuronales se autoorganizan, al menos en fases de entrenamiento, modificando las conexiones sinápticas y, por último, no requieren de un algoritmo ni

II. La contratación digital (18)

II.1. La IA en la selección, clasificación y tarificación de riesgos. La discriminación técnica

Muchos autores nos ilustran de los riesgos que significan los sesgos del algoritmo, en virtud de que los sets de datos con que es entrenado el sistema no resultan representativos del universo de datos que existen en la vida real; pero, además, cabe agregar que en nuestro país y en materia de selección, clasificación y tarificación de riesgos, se puede afirmar, sin muchas posibilidades de error, que ni siquiera se ha comenzado a trabajar seriamente en ello y queda un muy largo camino por recorrer a fin de que la IA sirva realmente al tema de la selección de riesgos.

Veamos algunos ejemplos: a) El tema de las bases de datos obrantes en las historias clínicas (HC) a las que podría acceder la IA para verificar el estado de riesgo de un solicitante de seguro de vida (solicitante que, obviamente, dio su autorización informada para tal acceso; por supuesto que con ello no permite que dicha información sea almacenada por el asegurador). Hoy no existe un protocolo unificado y sistematizado para la confección digital y archivo de HC, y mucho menos la IA puede aún, ni con el mejor y más completo programa de reconocimiento óptico de caracteres (OCR, *optical character recognition*), sistematizar los textos manuscritos que realizan los médicos.

b) El *street view* de Google Maps, o cualquier otro similar, además de no estar diariamente actualizado, no permite que la IA identifique si una vivienda es de construcción en ladrillo, unifamiliar, con llave doble paleta y rejas en las ventanas, y si sus linderos no aumentan el peligro.

c) Los registros locales de la propiedad inmueble no poseen protocolos digitalizados de catastro e identificación de dominio, como tampoco permiten el acceso robótico que requiere la IA para tomar información, acceder y verificar

intervención externa para lograr un aprendizaje adaptativo que logra la búsqueda de la información que necesita y la determinación creativa de su procesamiento.

(18) DEVOTO, Mauricio, “Comercio electrónico y firma digital, la regulación del ciberespacio y las estrategias globales”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2001.

el estado de dominio de un inmueble, o si pesan sobre su propietario medidas cautelares, hipotecas, etcétera.

d) La DNRPA tampoco permite el acceso robótico para tomar información sobre el estado de dominio y multas que registra un automotor, manteniéndose un anacrónico sistema de registros locales, con altos costos para la tramitación y consulta.

Otro de los inconvenientes que existen, sobre todo a partir de cierta exegesis extrema de la ley 23.592 y sus proyectos de reforma (19), es lo vinculado a la “discriminación” técnica, que impide a unos obtener una cobertura de seguro o bien permite hacerlo, pero a un costo mayor. Lo que pareciera algo simple de explicar y entender choca con ciertas desmedidas e imprudentes interpretaciones jurisprudenciales, como las que exhiben algunas salas de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal, atribuyendo a las aseguradoras un carácter benéfico por sobre lo que denominan un “economicismo” que repugna al principio social del seguro.

También estarían los normados por la ley 25.326 y en los arts. 52 y 1770, Cód. Civ. y Com. El primero de los artículos señalados utiliza una expresión general y excesivamente imprecisa, al señalar: “... o que de cualquier modo resulte menoscabada en su dignidad personal...”, en tanto que el art. 1770 (20) insiste en el uso de generalidades, cuando establece: “... perturba de cualquier modo su intimidad...”, imponiendo el cese y la reparación del daño. Pero, además, estos dos artículos se conjugan con la acción establecida en el art. 1710, Cód. Civ. y Com.

(19) Así fue la crítica de parte de la doctrina consumera a lo resuelto en C1aCiv. y Com. Bahía Blanca, sala II, 10/04/2008, “Bronzieri, Pedro A. c. Banco Francés s/ daños y perjuicios”, expte. 130.309, donde se debatió si hubo o no daños resarcibles por parte del banco que rechazó la solicitud de un préstamo con garantía hipotecaria, por cuanto el solicitante, según los manuales de selección de riesgo de la aseguradora, resultaba un riesgo no aceptable.

(20) LÓPEZ MESA, Marcelo J., “La protección de la intimidad y la vida privada (Exégesis del art. 1770 del Cód. Civ. y Com.)”, *Revista Argentina de Derecho Civil*, nro. 8, Ed. II, 07/08/2020, II-CMXXII-911.

Ciertamente, las cuestiones que se podrán presentar no se circunscribirán exclusivamente al concepto de datos sensibles del art. 2º de la ley 25.326, sino a muchos más datos e información íntima de las personas, cuya recopilación, archivo y uso por parte de la IA pudiera de “cualquier modo” menoscabar la dignidad, o de “cualquier modo” perturbar la intimidad de una persona.

Algunos casos que se presentan actualmente son muy significativos de los “cualesquiera modos de perturbar la intimidad o menoscabar la dignidad”, por ejemplo, las aplicaciones vinculadas al reconocimiento facial o a la ubicación geográfica de una persona por medio de la información que brinda el sistema de posicionamiento global (GPS) que la mayoría de los celulares tienen activado, la identificación y vinculación de ubicación regular por aproximación de dos celulares, la identificación singular de aquellos bienes y servicios que una persona compra, contrata y paga mediante cualquier sistema bancario o de crédito. Toda esta información, todos estos datos conforman lo que se conoce como “macrodatos” (*big data*) (21), donde se asienta la acción de la IA, y que en el ámbito asegurador permitirá una superlativa mejora en la sistematización de la selección de riesgos, políticas de suscripción y su tarificación, un asesoramiento personalizado y mejores maneras de comunicación individual con cada potencial asegurable.

II.2. La contratación electrónica de seguros (22)

Los contratos celebrados por internet son solo una forma de celebración contractual, y así ha

(21) Existe una profusa bibliografía que trata el tema, desde el punto de vista jurídico se destaca HOFFMANN RIEM, Wolfgang, “*Big data*, desafíos también para el derecho”, Ed. Thomson Reuters, 2018, de la biblioteca Kindle de Amazon, cuyo prologuista resume la idea principal sobre la cual gira la obra, cuando expresa: “... La digitalización pone en peligro la libertad individual, la observancia de los principios del Estado de derecho, la capacidad de funcionamiento de la democracia, la protección frente a la discriminación y, sobre todo, la dirección inconsciente en los ámbitos tanto personal como político mediante la manipulación de la opinión pública...”

(22) MAGGIO, Lorena E., “Contratos electrónicos. Contrato de consumo. Perfeccionamiento. El deber de información y la publicidad. Prueba”, *Microjuris.com*, MJ-DOC-14922-AR, MJDI4922, Buenos Aires, 2019.

de entenderse a partir de lo dispuesto en el título del cap. 3, tít. III, Libro Tercero, Cód. Civ. y Com., cuando se refiere a “Modalidades especiales”.

Esta forma de celebrar cualquier contrato de consumo está determinada por el distintivo uso de medios de comunicación electrónicos como única forma de exteriorizar la voluntad contractual.

El concepto de medios electrónicos incluye todos aquellos recursos físicos técnicos vinculados e intercomunicados a través de la internet: computadora, *tablet*, celular, consola de juegos, *smart TV*, mediante los cuales se intercambia información a través de sendas plataformas digitales, las que pueden emitir el mensaje e interpretarlo por un medio técnico similar y conservando la información de manera electrónica.

Por su parte, la SSN, mediante la res. 36.326/2011, creó en el ámbito del ente de control el sistema de póliza digital, que tuvo por objeto principal la validación de cláusulas y el control de las emisiones de pólizas de seguros en el país, e impuso que a partir del 01/12/2011 las compañías aseguradoras autorizadas a operar en el ramo “Automotores, transporte público de pasajeros y/o remolcados” debían realizar los trámites necesarios para su incorporación al Sistema Póliza Digital, y todas las demás debieron operar a través del sistema mencionado a partir del 01/01/2012.

En cuanto a la comercialización de contratos de seguros, la res. 219/2018 (23) modificó el Re-

glamento General de la Actividad Aseguradora (RGAA), permitiendo y regulando la comercialización de seguros a través de plataformas digitales (24).

La contratación electrónica no solo puede realizarse mediante el uso de la firma digital, sino que también puede hacerse por cualquier medio que las partes hayan acordado o aceptado utilizar, tales como el uso de tilde en una casilla, identificación con usuario y contraseña, activación con *token*, uso de tarjeta de coordenadas, firma biométrica, firma electrónica o firma digital (mediante el sistema de garantía de inalterabilidad de la información que otorga el sistema *hash* o similar).

II.3. El concepto de “asesoramiento” en la intermediación, la ley 22.400 y la IA

El art. 1100, Cód. Civ. y Com., establece que el proveedor está obligado a suministrar información al consumidor en forma clara y detallada, respecto de todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes y servicios que provee, las condiciones de su comercialización y toda otra circunstancia relevante para el contrato. La información debe ser siempre gratuita para el consumidor y proporcionada con la claridad necesaria que permita su comprensión (25).

nuevo modo de contratación cuenta con el amparo regulatorio de esta Superintendencia de Seguros de la Nación, estableciendo los lineamientos que tutelen con el mayor rigor los derechos de los asegurados, al tiempo que facilitará al usuario la contratación a distancia de los seguros con los diferentes agentes especializados en su comercialización autorizados por este organismo”.

(24) Ver trabajo de SEOANE, Daniel A., “La contratación digital de coberturas de seguro. Su reconocimiento regulatorio” (al 2018), <https://abogados.com.ar/la-contratacion-digital-de-coberturas-de-seguro-su-reconocimiento-regulatorio/2113>.

(25) Art. 4º, ley 24.240, versión original: “Información. Quienes produzcan, importen, distribuyan o comercialicen cosas o presten servicios, deben suministrar a los consumidores o usuarios, en forma cierta y objetiva, información veraz, detallada, eficaz y suficiente sobre las características esenciales de los mismos”. Art. 4º, ley 24.240, versión s/ ley 27.250: “El proveedor está obligado a suministrar al consumidor en forma cierta, clara y detallada todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes y servicios que provee, y las condiciones de su comercialización. La información debe ser siempre

(23) Entre los considerandos de esta resolución se destacan: “a) que impera la exigencia de ampliar los medios de entrega de la documentación brindada a los tomadores y/o asegurados, toda vez que las nuevas tecnologías han sido adoptadas masivamente por la población; b) que es intención de este organismo contribuir a la digitalización de la industria de seguros, facilitando la agilización y simplificación de procesos al ampliar los medios a través de los cuales los asegurados se vinculan con sus coberturas; c) que, asimismo, el punto 25 del Reglamento General de la Actividad Aseguradora vigente no prevé la posibilidad de realizar contrataciones de seguros a través de medios de comunicación electrónica a distancia; d) que con la incorporación del canal de venta electrónico se propende al crecimiento del sector asegurador, siendo deber de este organismo velar por la excelencia de servicio, buenas prácticas, competitividad y desarrollo del mismo; e) que el

Esto nos lleva a la convicción de que la información que debería suministrarse al consumidor y usuario de seguro como “esencial” no es toda aquella que obra en el texto de la póliza, ni toda la información que obra en la póliza hace a las características “esenciales” del servicio de aseguramiento que debe conocer el consumidor y usuario de seguro.

Por otra parte, la lectura analítica de una póliza genera muchas veces dudas y diferencias entre doctos especialistas, dado que en estos textos inclusive abunda el uso de acrónimos, términos específicos y lenguaje técnico especializado.

La actividad aseguradora, por su complejidad técnica, jurídica y económico-financiera, ha impuesto la necesidad de auxiliares autónomos capacitados para permitir un permanente asesoramiento a los consumidores y usuarios de seguros; estos son los productores asesores de seguros, regidos por la ley 22.400, cuya actuación se encuentra bajo control de la SSN, y que para tener la habilitación requerida a fin de

ejercer su profesión deben cursar un número importante de horas cátedra, rendir y aprobar un examen y realizar cursos anuales de capacitación y actualización.

Son estos profesionales quienes, en cumplimiento de las obligaciones y deberes impuestos principalmente en el art. 10 de la ley 22.400, suministran de manera cierta, clara y detallada todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes y servicios que el asegurador provee, y las condiciones de su comercialización.

Muy distintos son los casos en que el consumidor ha optado por realizar la contratación de un seguro sin la actuación de un asesor de seguro, fuera por imposición de un acreedor prendario o hipotecario, fuese por utilizar los servicios de un agente institorio o hacerlo de manera directa con el asegurador, todos estos casos en los cuales, concretamente, el consumidor ilustrado declinó ser asesorado, informado, aconsejado por un PAS.

Por último, cada rama, cada plan tiene sus especiales características para determinar en forma general cuáles deberían ser las informaciones “esenciales” para todos los seguros, porque, además, sabemos que la “sobreinformación” es también una manera de desinformación, y la finalidad de la ley consumeril es que se brinde aquella información necesaria para conocer las características esenciales.

Atento a lo dispuesto por la ley 24.240, pareciera que la información cierta, clara y detallada, todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes, servicios y las condiciones de su comercialización que debe brindar el proveedor son también anteriores a la propia celebración del contrato, lo cual nos impone iterar que la actuación de un producto asesor de seguros (PAS) satisface el débito informativo, ya que este brinda toda la información esencial del seguro de que se trate mucho antes de que la aseguradora acepte la oferta (solicitud de seguro o propuesta) que realiza formalmente el consumidor asegurable, al igual que la información obrante en la página web institucional de la aseguradora.

Debemos destacar, además, que las obligaciones del PAS se extienden más allá del asesora-

gratuita para el consumidor y proporcionada en soporte físico, con claridad necesaria que permita su comprensión. Solo se podrá suplantar la comunicación en soporte físico si el consumidor o usuario optase de forma expresa por utilizar cualquier otro medio alternativo de comunicación que el proveedor ponga a disposición”. Art. 4º, ley 24.240, versión s/ DNU 27/2018: “El proveedor está obligado a suministrar al consumidor en forma cierta, clara y detallada todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes y servicios que provee, y las condiciones de su comercialización. La información debe ser siempre gratuita para el consumidor y proporcionada en el soporte que el proveedor determine, salvo que el consumidor opte por el soporte físico. En caso de no encontrarse determinado el soporte, este deberá ser electrónico”. Art. 6º, ley 25.506: “*Documento digital*. Se entiende por documento digital a la representación digital de actos o hechos, con independencia del soporte utilizado para su fijación, almacenamiento o archivo. Un documento digital también satisface el requerimiento de escritura”. Art. 11, ley 17.418, versión original: “*Prueba del contrato*. El contrato de seguro solo puede probarse por escrito; sin embargo, todos los demás medios de prueba serán admitidos, si hay principio de prueba por escrito. *Póliza*. El asegurador entregará al tomador una póliza debidamente firmada, con redacción clara y fácilmente legible...”. Ley 17.418, versión DNU 27/2018: “*Prueba del contrato*. El contrato de seguro solo puede probarse por escrito; sin embargo, todos los demás medios de prueba, inclusive cualquier medio digital, serán admitidos, si hay principio de prueba por escrito. (Primer párrafo sustituido por art. 158 del dec. 27/2018)”.

miento previo, en la etapa de celebración contractual, así como durante toda la vigencia del contrato; asimismo, en consideración de que el PAS también detenta el carácter de proveedor de asesoramiento especializado en seguro, dicha información debe ser suministrada durante todo el tiempo en que el consumidor sea su cliente.

Aún no han sido implementados sistemas en virtud de los cuales el consumidor pueda ser plenamente ilustrado, “aconsejado”, asesorado e informado mediante un diálogo inquisitivo amplio, en el cual la IA —vía *chat* o mediante reconocimiento de voz— pueda mantener una conversación, contestar y aconsejar, a la vez que producir y remitir vía *e-mail* un informe al asegurable. La IA puede reconocer la imagen facial de su interlocutor; a partir de esa información, identificarlo, conocer su capacidad económica, ingresos regulares, gastos en tarjetas, saldos, calificación bancaria; saber dónde vive, las características del inmueble donde se domicilia, si es zona sísmica, cuáles son linderos y si aumentan el peligro; conocer la valuación venal del inmueble y el costo actualizado de su reparación en caso de sufrir un incendio; saber si tiene acreedores con una garantía hipotecaria que afecta dicha vivienda, si está embargado o inhibido, pero la IA aún no puede “aconsejar” al solicitante sobre la cobertura más conveniente a su necesidad de un seguro combinado de hogar (26); aún no puede desplegar una acción valorativa empírica; a lo sumo, hará las veces de consejero en favor de una determinada cobertura, en consonancia con aquello que quienes elaboraron el algoritmo creyeron podría ser impersonalmente conveniente en estos multirriesgo estandarizados.

Por último, en los seguros de contratación paritaria, de grandes riesgos, donde actúan

por parte de los asegurables profesionales en la administración de riesgos (27), en riesgos como el de las centrales generadoras de electricidad (nucleares, térmicas, solares, eólicas), destilerías petroleras, transportadoras de gas, petróleo, transporte multimodal, marítimo, aéreo y demás, la intermediación se realiza a través de grandes organizadores (*brokers*) especializados o bien mediante el sistema de *fronting/backing*, por el cual una aseguradora constituida y funcionando en la Argentina (*fronting*) aparece celebrando el contrato de seguro, facturando su precio, tributando aquellos impuestos que lo gravan y cediendo a una reaseguradora también argentina el 99,50% del riesgo, la que a su vez retrocede al exterior igual porcentaje, haciendo que, en la práctica, la real y efectiva aseguradora sea aquella aparente retrocesionaria extranjera.

III. La producción de seguros y la *insurtech*. Las operaciones estandarizadas masivas y la intermediación

Con el fin de ubicarnos en el tema de la producción de seguros y la *insurtech*, cabe señalar (28) que la Argentina aparece en el tercer puesto con el mayor número de compañías aseguradoras que operan o están en vías de operar la comercialización de seguros por medios tecnológicos. De todos los operadores en el mercado asegurador argentino, sumando a las empresas de la actividad financiera, solo un diez por ciento es parte de este universo de las nuevas tecnologías en el ámbito financiero (*fintech*).

También se verifica una mayor participación en este tipo de operación por parte de las grandes empresas de comercialización electrónica, como son SoftBank, Google, Amazon y Alibaba, Mercado Libre y Rappi, a las que se suman otras más de igual envergadura para operar en este segmento.

(26) Lo que no significa que la mayoría de los PAS estén en condiciones de aconsejar con eficiencia e idoneidad, sobre todo sobre el significado de primer riesgo absoluto, bienes con valor limitado, bienes y situaciones excluidos de la cobertura. Ver al respecto el fallo de la CCiv. y Com. Azul, sala II, “Colombatto, Cristian D. c. Provincia Seguros SA s/ daños y perjuicios. Incumplimiento contractual”, causa 2-65850-2020, con mi comentario en LA LEY del 23/03/2021, p. 7, año LXXXV, nro. 60; LA LEY 2021-B.

(27) En nuestro país, conformando una destacada asociación, denominada ADARA, de muy profusa actividad de capacitación, docente y académica. Asociación que justamente organizó el pasado mes de abril un foro sobre el “Uso de tecnologías disruptivas en la gestión de riesgos”, donde expuso Hernán Cantilo, de Chubb Seguros.

(28) Como así lo informa la revista *Forbes Argentina* en su página web, al año 2020.

Se espera que la incorporación de estas nuevas tecnologías traccione más inversiones y genere un desarrollo sostenido de la industria de los seguros digitales, que promete seguir creciendo. Estas empresas consideran que, si se toma en cuenta que para 2025 se espera que cerca del 79% de la población latinoamericana cuente al menos con un *smartphone* (29), sumado a la baja penetración del sector financiero en general y de la vertical del seguro en particular, las *insurtech* tienen una oportunidad para alcanzar a una población que no está cubierta.

De esta manera, las *insurtech* ofrecen coberturas personalizadas que dinamizan el sector, tal como sucede con la industria bancaria. Por ejemplo, se destacan los microseguros, orientados a personas de bajos ingresos, particularmente trabajadores de la economía informal y sus familias. Los seguros de pago por uso también están creciendo, así como los productos para los jubilados del futuro, con hincapié en planes de previsión y en planes de ahorro, y contratos de seguros personalizados y técnicamente estimados de manera específica, en función de patrones de conducta del asegurado mediante IA.

Por ahora, la mayoría de los operadores disruptivos están centrados solamente en la comercialización de seguros, aplicando las nuevas tecnologías para reemplazar las tratativas personales, en favor de una producción masiva, sobre todo de seguros estandarizados, como automotores, motos, bicicletas, bienes específicos (celulares, carteras de garantía extendida) y seguros de viajero, pero la *insurtech* aplicada a la actividad de las aseguradoras y de los PAS no debería limitarse solamente a la etapa de comercialización, procurando la captación de nuevos asegurados, a la vez que mantener la cartera frente a un mercado sobreofertado, sino también focalizarse en la prestación de servicios durante la vigencia de esos contratos.

Estos servicios van a requerir el uso de funciones robóticas mediante acciones propias de la IA que sustituyan la actuación automática del

humano. Entre las muchas que podrían brindarse, se podrían señalar:

a) Inicial y fundamentalmente, fluida y automática comunicación digital mediante internet entre aseguradoras, PAS, tomadores y asegurados, lo que permite notificar las efectivas prestaciones de servicios en beneficio del consumidor asegurado, como promocionar y concretar la atención de consultas de manera automática y robótica.

b) Mantenimiento automático de la relación entre los valores asegurados y aquellos valores asegurables, para evitar los efectos del infraseguro producto de los procesos inflacionarios. Ajustes que resultan efectivamente suplidos por la incorporación de cláusulas referidas a ajustes automáticos de las sumas para el cálculo de infraseguro, ya que muchas veces los incrementos de índices particulares son superiores a dichos porcentajes preestablecidos.

c) Aviso anticipado, mediante la emisión automática de correos electrónicos previamente acordados, de la vigencia final del contrato e información de las condiciones de su renovación (nueva suma asegurada, precio y, de manera destacada, cualquier otra modificación en las condiciones del contrato).

d) A partir de la asignación de un medio de firma electrónica al asegurado (correo y clave, coordenadas, clave biométrica o similares) se podría realizar el recibo de denuncias de siniestros de manera digital y sobre la base de un intercambio de preguntas y respuestas generales e individualizadas para el caso o el denunciante.

e) Una vez completada la denuncia del siniestro, el denunciante podría tener la inmediata y automática comunicación del número del siniestro, la confirmación de la efectiva cobertura financiera del seguro y que el evento no está excluido por alguna previsión contractual genérica de no cobertura.

IV. Conclusiones

En este breve análisis de las nuevas tecnologías aplicadas a la actividad aseguradora y de aquellas diversas operaciones automáticas que

(29) Según un estudio de Mobile Economy, 2019.

puede llevar adelante la IA a partir del uso de la *big data*, consideramos que el mercado asegurador argentino se encuentra recién en una etapa limitada, casi exclusivamente, a operaciones de cotización de precios de seguros, a la información general sobre diversas condiciones y a los precios de varias aseguradoras con las cuales se vincula el operador; pero, como hemos desarrollado y expuesto en este trabajo, la *insurtech* debería tener una meta más amplia que la cotización y producción de seguros de comercialización masiva.

Inteligencia artificial y seguros: aplicaciones en la actividad aseguradora

Ventajas y desafíos

Martín Zapiola Guerrico (*)

Sumario: I. Introducción.— II. Inteligencia artificial, *machine learning* y *deep learning*. El juego de las diferencias.— III. Redes neuronales artificiales. Funcionamiento básico. Sesgos y explicabilidad.— IV. Las aplicaciones de IA en la actividad aseguradora.— V. Posibles contingencias jurídicas.

I. Introducción

El presente trabajo busca explorar las distintas aplicaciones de la inteligencia artificial (en adelante, “IA”) en la actividad aseguradora, analizando sus potenciales beneficios y los desafíos operativos y jurídicos que plantea esta tecnología. Analizaremos también qué contingencias jurídicas plantea su aplicación en la dinámica asegurativa de la Argentina, teniendo en cuenta las disposiciones legales vigentes.

A los fines de facilitar la comprensión de las posibles consecuencias jurídicas de esta realidad —de naturaleza eminentemente tecnológica— intentaremos describir los aspectos básicos del funcionamiento de la IA y, en particular, la dinámica de las redes neuronales artificiales y la dificultad para explicar cómo arriban a determinada predicción o conclusión.

II. Inteligencia artificial, *machine learning* y *deep learning*. El juego de las diferencias

Existe bastante confusión en la opinión pública —y en los medios no científicos— en cuanto a qué

es realmente la IA y cómo se relaciona la IA con las técnicas de *machine learning* y *deep learning*.

A continuación, intentaremos diferenciar con claridad los tres conceptos y aclarar la relación entre ellos.

II.1. Inteligencia artificial

De las innumerables definiciones sobre IA que existen, hemos elegido la siguiente:

“Tecnologías que permiten a los sistemas de computación desarrollar tareas que normalmente requieren inteligencia humana, como la percepción visual, el reconocimiento de voz y la traducción de idiomas” (1).

Vemos entonces que *el concepto de IA abarca todas las otras tecnologías que realizan tareas que normalmente requieren inteligencia humana*, incluyendo, por supuesto, a las técnicas de *machine learning* y *deep learning*, que describiremos más adelante.

Es importante destacar que IA no es un concepto consolidado y definitivo, sino más bien uno

(*) Abogado (UBA). Especialista en Seguros, Responsabilidad Civil y Nuevas Tecnologías. Profesor invitado en distintas universidades. Miembro de la comisión directiva de AIDA Argentina (Association Internationale du Droit des Assurances).

(1) Citada en “AI in the UK: ready, willing and able?”, informe publicado por la Cámara de los Lores del Reino Unido, https://ec.europa.eu/jrc/communities/sites/jrccties/files/ai_in_the_uk.pdf.

“aspiracional”. Muy probablemente se modificará en la medida en que evolucionen las innovaciones tecnológicas que hoy lo integran (2).

II.2. Machine learning

Machine learning (en adelante, “ML”) es un subtipo de IA y se refiere a las tecnologías que otorgan a las computadoras la *habilidad de aprender y mejorar sobre la base de la experiencia, sin ser específicamente programadas a tal efecto*. Los sistemas de ML, en un sentido, se van ajustando a sí mismos en respuesta a los datos a los que son expuestos, de la misma manera en que un niño —que nace sin saber nada del mundo— va ajustando su entendimiento sobre la base de sus experiencias.

Vemos entonces que ML está incluido en el concepto más amplio de IA: toda tecnología de ML es IA, pero no toda IA es ML. Por ejemplo: los sistemas expertos, muy populares en otros tiempos, son considerados IA, pero no ML. Utilizan *programación específica* (“motor de inferencias lógicas”) que permite responder consultas —dentro de un campo determinado— utilizando información contenida en una “base de conocimientos” relativa a la temática en cuestión.

II.3. Deep learning y redes neuronales artificiales

Deep learning (en adelante, “DL”) es un subtipo de ML, el más avanzado en la actualidad, que utiliza redes neuronales artificiales (RNA) compuestas por unidades de procesamiento simple llamadas *neuronas artificiales*, ordenadas en capas interconectadas entre sí. Cada *neurona* recibe datos de la capa de neuronas que la precede y los retransmite a la capa siguiente. Las capas están ordenadas jerárquicamente y cada nueva capa procesa características de un nivel más alto que la anterior (p. ej., una capa procesa áreas claras y oscuras de una imagen; la siguiente, *bordes*; la que sigue, *rasgos*; y la última, *figuras completas*). Como veremos más adelante, las RNA están inspiradas —conceptualmente— en la estructura neuronal del cerebro humano.

(2) IRIONDO, Roberto, “Machine learning [ML vs. artificial intelligence (AI)]. Crucial differences”. El autor recuerda que hace 50 años un programa de computación que jugaba al ajedrez era considerado IA, y hoy los mismos programas son vistos como básicos y forman parte de cualquier sistema operativo (OS).

Normalmente los términos de *redes neuronales artificiales* y *deep learning* se utilizan indistintamente, pero a nivel más técnico solo se habla de DL cuando el sistema está basado en RNA que contienen más de tres capas (capa de *input*, capa oculta y capa de *output*), las cuales se denominan *redes neuronales profundas*.

Las tecnologías de DL representan lo más avanzado de la IA y resultan hoy esenciales para el *reconocimiento de imágenes y sonidos*, el *procesamiento del lenguaje natural* (NLP), los *sistemas de recomendación* de plataformas, como Amazon y Spotify, y el funcionamiento de los *vehículos autónomos*.

III. Redes neuronales artificiales. Funcionamiento básico. Sesgos y explicabilidad

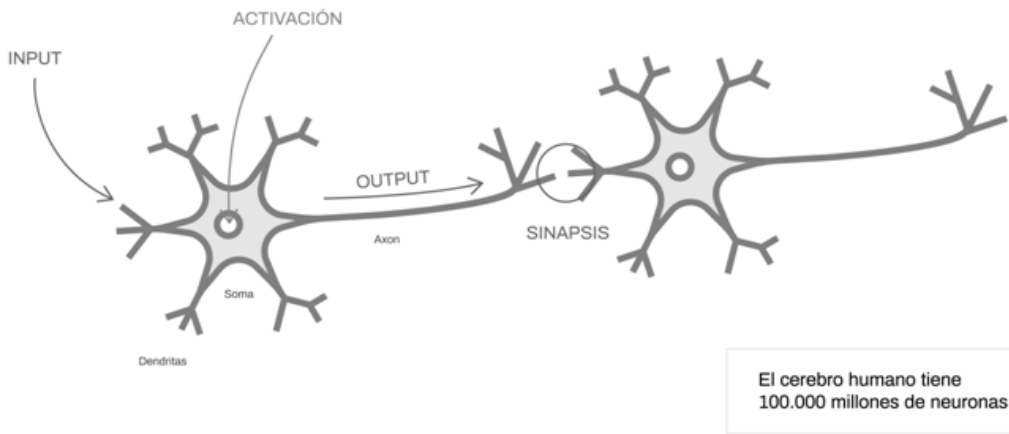
III.1. Funcionamiento básico

Como ya dijimos, las RNA están inspiradas, en forma conceptual y a grandes rasgos (3), en las neuronas del cerebro humano. La similitud radica en que tanto las redes neuronales humanas como las RNA utilizan grandes cantidades de unidades de procesamiento muy simple (neuronas), que se encuentran interconectadas entre sí y están estructuradas en capas o conjuntos, cada una de ellas destinada a analizar distintos aspectos o características de la información recibida.

Como podemos ver en la siguiente imagen (gráfico 1), la neurona humana recibe una señal (*input*) de otra neurona y, según su intensidad y “relevancia”, se *activa* y retransmite la señal, o no se activa ni la retransmite. Vemos entonces que el procesamiento es muy simple: sí o no; retransmito o no retransmito. La clave está en que el cerebro humano tiene aproximadamente 100.000 millones de estas *unidades de procesamiento simple*, interconectadas y dedicadas a procesar distintos aspectos de la información recibida, y ello determina sus extraordinarias capacidades cognitivas.

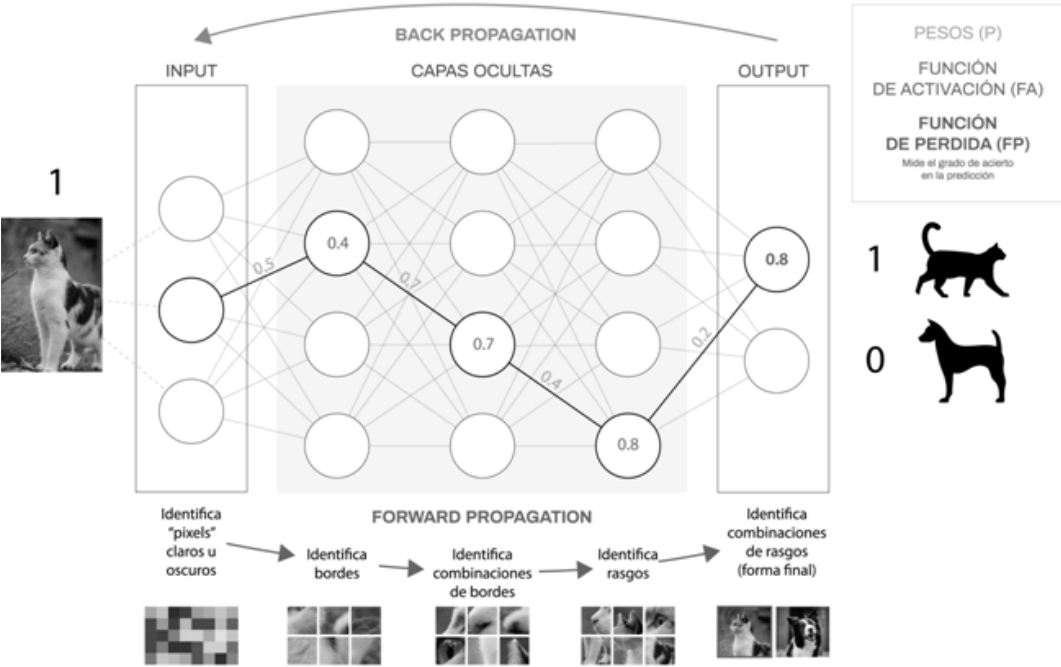
(3) Insistimos en recalcar que es una mera “inspiración a grandes rasgos”, porque i) hoy no se conoce en profundidad la real dinámica del cerebro humano, y ii) de lo que ya se conoce surgen importantes diferencias. Ver NAGYFI, Richard, “The differences between artificial and biological neural networks”, <https://towardsdatascience.com/the-differences-between-artificial-and-biological-neural-networks-a8b46db828b7>.

Gráfico 1. Dinámica de las neuronas humanas



Ahora veamos cómo se estructura y funciona —a un nivel básico— una RNA (ver gráfico 2):

Gráfico 2. Red Neuronal Artificial



Las *neuronas* de una RNA están básicamente organizadas en tres tipos de capas sucesivas:

- 1) capa de entrada (*input*);
- 2) capas ocultas (1 o varias);
- 3) capa de salida (*output*).

Todas las neuronas de una *capa oculta* están normalmente conectadas con las neuronas de la capa que las precede y la capa que las sigue.

Contrariamente a las neuronas humanas, las *neuronas artificiales solo procesan valores numéricos y realizan cálculos matemáticos relativamente simples con ellos*. Recordemos aquí que toda información que ingresamos en una computadora (sean imágenes, sonido o textos) está *digitalizada*, esto es, expresada en una inmensa cantidad de números/*dígitos* (más precisamente, unos y ceros). Por ejemplo, en nuestro gráfico, la imagen del gato está compuesta por millones de *pixeles* (el *pixel* es la unidad mínima de una imagen digital). Cada uno de esos *pixeles* puede expresarse en un valor numérico y —por lo tanto— formar parte de una ecuación matemática. La distribución *jerárquica* del análisis de los distintos aspectos de la imagen (*pixeles*, bordes, rasgos, etc.) entre las distintas *capas ocultas* de la RNA es lo que determina la gran precisión y capacidad de predicción de estos sistemas de DL.

Existen tres elementos esenciales que permiten que una RNA procese los datos que recibe y *aprenda* de ellos:

- 1) pesos;
- 2) función de *activación*;
- 3) función de *pérdida* o error.

1) Los *pesos* actúan en el vínculo entre una neurona y las neuronas de la capa siguiente, y básicamente *determinan la relevancia* del dato o *señal* que transmiten. Son modificados permanentemente en la etapa de aprendizaje de la RNA, como veremos más adelante. Cada vínculo existente entre las neuronas de la RNA (las innumerables líneas rectas que muestra el gráfico 2) tiene un *peso* expresado en un valor numérico (del 0 al 1) que es modificado (en más o en menos) para

darle más o menos relevancia a cada vínculo e ir *tuneando* la precisión predictiva de la RNA.

2) La *función de activación* es un cálculo matemático realizado por cada neurona, luego de sumar los valores de cada *señal* recibida, para medir su *relevancia*. Si el valor numérico supera determinado límite o *umbral* (así se mide su relevancia), la neurona lo retransmite a la capa siguiente (acá vemos cómo las neuronas artificiales, de alguna manera, se *activan* o no, como las humanas) (4).

3) La *función de pérdida* es un valor numérico que mide el grado de error de la predicción realizada por la RNA, comparándola con el valor ya conocido del dato ingresado (yendo al ejemplo del gráfico, si le presenté la imagen de un gato al sistema, ¿cuán cerca o lejos estuvo su predicción —si es un gato o es un perro— de la realidad?).

Veamos ahora todo el proceso de *entrenamiento* de la RNA, siguiendo el ejemplo del gráfico 2.

En este caso, se le presentan a la ARN imágenes de perros y gatos, y el sistema, ante cada imagen, tiene que *predecir* si es un perro o un gato. Las *neuronas* de la capa de *input* reciben los elementos básicos de la imagen (la RNA debe tener tantas *neuronas* en esta capa como elementos de la imagen se pretenden captar), y los valores pertinentes se transmiten a la capa siguiente, luego de multiplicar cada uno de ellos por un *peso* determinado (un valor numérico fijado arbitrariamente al inicio del proceso de entrenamiento). Vemos entonces que cada neurona de la capa de *input* transmite una señal (su valor numérico multiplicado por el peso) *a cada una de las neuronas* de la capa siguiente.

Si bien al momento inicial los *pesos* son fijados arbitrariamente, ellos se irán modificando automáticamente durante el *entrenamiento*,

(4) En realidad, la neurona artificial siempre retransmite la señal recibida, pero si esta supera el umbral, la retransmite “repotenciada”, otorgándole un valor numérico mayor. También a nivel de la neurona artificial se suma un valor numérico (llamado sesgo o *bias*, que nada tiene que ver con el “sesgo discriminatorio”), que también se modifica durante el aprendizaje (como los pesos) y sirve para optimizar la *performance* de la RNA. Hemos omitido estos datos en el texto principal para simplificar la explicación.

determinando la relevancia de las distintas señales a los efectos de que la RNA pueda *predecir*, lo más acertadamente posible, si la imagen presentada es un gato o un perro.

Todos los pesos de la RNA se irán modificando automáticamente durante el proceso de *entrenamiento*. A modo de analogía, podemos imaginar este mecanismo como el *ecualizador* que usan los audiófilos y técnicos de sonido: con distintos controles les dan más o menos relevancia a los graves, a los agudos, a los tonos medios, para lograr la reproducción más fiel posible de la música.

La capa siguiente de neuronas (recordemos que cada capa analiza un aspecto distinto de la imagen, de los más específicos —v.gr., bordes— a lo más general —v.gr., forma final del gato o el perro—) recibe las distintas señales de la capa de *input*, las suma y las procesa con su *función de activación*. Si el valor numérico recibido supera cierto *umbral* (v.gr., + de 0,8), la neurona lo retransmite *potenciado* (le agrega valor) y, antes de ser recibido por la otra capa de neuronas, se lo multiplicará —una vez más— por un *peso* determinado.

Vemos aquí que, nuevamente, el sistema va *ajustando* la relevancia de cada señal a los efectos de realizar la predicción. Este proceso se repite hasta que las distintas señales llegan a la capa de *output*, donde se les aplica a los resultados la llamada *función de pérdida*, destinada, como ya vimos, a medir el grado de error en la predicción realizada por el sistema en esta primera “propagación hacia delante” o *forward propagation* (el recorrido de las señales desde la capa de *input* hasta la capa de *output*).

En nuestro ejemplo, el sistema predijo que la imagen que le fue presentada tenía una determinada probabilidad de corresponder a la categoría “gato”. Dado que el sistema asignó el valor de 0.8 sobre 1 (1 es la categoría gato, y 0, la categoría perro), registró un error del 20% (o 0.2) porque el valor esperado era 1.

La *función de pérdida* es esencial en el proceso de entrenamiento de la RNA, porque, como veremos, la totalidad de dicho proceso tiene como objetivo reducir el *valor del error* al mínimo posible.

Con el dato de la función de pérdida, el sistema procede a modificar la totalidad de los *pesos* de la RNA a los efectos de que en la próxima “pasada” (*forward propagation*) el error de predicción sea menor. Este proceso se llama “retro-propagación” o *back-propagation*, y es realizado automáticamente por el sistema (5).

Este ciclo de “predicción y corrección” (*forward propagation* y *back-propagation*) se denomina *iteración* y se realiza innumerables veces (pueden ser cientos o miles) hasta que se llega al grado mínimo de error del sistema y puede considerarse concluida la etapa de entrenamiento.

Como podemos ver en nuestro ejemplo, los datos con que es alimentada la RNA van “moldeando” su capacidad de predicción, pero, por tal razón, es indispensable que el “set de datos” utilizado en la etapa de entrenamiento de la RNA sea adecuadamente *representativo* del “universo de datos” que deberá analizar la RNA cuando se encuentre operando “en la vida real”. Asimismo, si los datos fueron seleccionados o *etiquetados* de manera *sesgada* por una persona con determinados prejuicios, tales prejuicios se trasladarán al sistema.

Para decirlo más claro, si en nuestro ejemplo el sistema es entrenado únicamente con imágenes de *gatos negros* y de *perros blancos*, seguramente al analizar la imagen de un *gato blanco* concluirá que es un perro. Una muestra *representativa* debiera estar integrada por gatos y perros de todos los pelajes y orígenes, en distintas posiciones, de distintos tamaños, etcétera.

III.2. Sesgos discriminatorios

Podemos decir que a estos algoritmos de *ML* se les aplica el dicho “somos lo que comemos”; si somos alimentados con datos *sesgados* —o no suficientemente representativos—, razonablemente emitiremos juicios *sesgados* (lo mismo podríamos decir de los seres humanos...).

(5) A tal efecto se utiliza el algoritmo de optimización *gradient descent*, que determina las modificaciones de pesos más apropiadas para ir reduciendo el error hasta su mínimo posible.

Veamos el efecto del sesgo en la etapa de entrenamiento con estos ejemplos: (6)

a) Un algoritmo es entrenado para dar *recomendaciones de salud* a la población, y para recopilar datos para entrenarlo se envía una encuesta muy detallada a un grupo de personas. Si la encuesta solo está disponible en un determinado idioma, las personas del grupo encuestado que no lo hablan no podrán participar y, de tal forma, el algoritmo será entrenado sin contemplar las características de una parte de la población con la que operará en el futuro.

b) Se entrena a un algoritmo para la tarea de aprobación de *reclamos siniestros* de una aseguradora, tomando como base los reclamos manejados por un determinado *ajustador humano de siniestros*. Si este *ajustador* tomó decisiones (rechazo de siniestros) basadas en prejuicios contra determinado grupo de personas, el sistema luego replicará este *sesgo* en sus decisiones.

La cuestión del sesgo del algoritmo tiene claras implicancias jurídicas, porque, llevada a predicciones o decisiones que pueden afectar a seres humanos, los sistemas de ML podrían tener *efectos discriminatorios* prohibidos por la ley.

Muchos podrían preguntarse por qué debe preocuparnos especialmente la discriminación con sistemas de IA, si la discriminación ya se manifiesta en múltiples formas en la actividad humana, y existen normas legales que la combaten y sancionan. La respuesta es que el uso de sistemas de IA es fácilmente “escalable”, o generalizable, y si un algoritmo con sesgos discriminatorios comienza a utilizarse en forma generalizada, puede afectar rápidamente los derechos de una enorme cantidad de personas. Por otra parte, la ventaja de los sistemas de IA es que ponen en evidencia las distintas formas de discriminación de los humanos y, una vez detectadas, pueden ser corregidas en forma efectiva y “sistémica”.

Ya han ocurrido, en la vida real, distintos casos de discriminación mediante IA:

(6) Véase https://axa-rev-research.github.io/static/AXA_WhitePaper_RegulatingML.pdf (25/02/2021).

- En el año 2019 se descubrió que un algoritmo utilizado por hospitales estadounidenses a los efectos de predecir qué pacientes necesitarían cuidados médicos extraordinarios (para preparar su logística a tal efecto) claramente desfavorecía a pacientes afroamericanos (el sistema se utilizaba sobre un universo de 200 millones de personas). El sesgo obedecía a que el sistema era alimentado —básicamente— con el *historial del costo económico de atenciones pasadas* de los pacientes, y los afroamericanos utilizaban menores recursos médicos ante las mismas dolencias que los pacientes no afroamericanos (quizás por razones culturales vinculadas —precisamente— al temor al costo de tales recursos). De esta manera, el sistema de IA *reforzaba el sesgo discriminatorio*; como los pacientes habían utilizado pocos recursos en el pasado, cada vez se les asignaban menos recursos (el sistema fue posteriormente corregido) (7).

- Para facilitar la tarea de seleccionar nuevos empleados, la empresa Amazon desarrolló un sistema de IA que analizaba automáticamente todas las solicitudes de empleo. Pero, en el año 2015, descubrieron que el sistema penalizaba inexplicablemente las solicitudes presentadas por mujeres. El sistema se basaba en las solicitudes y los currículums presentados en los últimos 10 años —y si finalmente los postulantes habían sido contratados—, en una época en que la industria tecnológica favorecía marcadamente la contratación de hombres. De esta forma, el sistema penalizaba todo dato que evidenciara el género femenino de las postulantes (proveniencia de secundarias de mujeres, “capitana del club femenino de ajedrez”, etc.) (8).

- Existen varios casos de discriminación que fueron denunciados en sistemas de prevención utilizados por la policía, y en la “predicción” de reincidencias en el sistema de justicia penal. El sistema PredPol (el más utilizado por las fuerzas policiales de EE.UU.) elabora un “mapa del delito” donde resalta las zonas más “calientes” en materia delictiva. Según señalan los expertos, el

(7) Ver <https://www.washingtonpost.com/health/2019/10/24/racial-bias-medical-algorithm-favors-white-patients-over-sicker-black-patients/> (25/02/2021).

(8) Ver <https://www.reuters.com/article/us-amazon-com-jobs-automation-insight-idUSKCN1MK08G> (25/02/2021).

problema es que el algoritmo toma en cuenta las *denuncias* por posibles delitos, en lugar de los *delitos efectivamente ocurridos*, y ello arroja resultados inexactos y discriminatorios, por dos motivos: i) por razones culturales, es mucho más usual que sean denunciados afroamericanos, en actitudes que el denunciante considera sospechosas, independientemente de que luego se concrete o no un delito, y ii) la realización de denuncias depende de la confianza de los vecinos en el accionar policial: la inexistencia de denuncias no implica que no se cometan delitos.

- Similares críticas recibió el sistema COM-PAS, utilizado por muchos tribunales penales estadounidenses para evaluar la posibilidad de reincidencia de un procesado (9).

III.3. El problema de la explicabilidad en los algoritmos de caja negra

La *explicabilidad* de un sistema de IA consiste en su capacidad de exteriorizar —o explicar— qué información y qué lógica utilizó para arribar a una decisión determinada, de una forma entendible para un ser humano.

Cuando un sistema de IA interactúa en forma autónoma con personas y emite predicciones o decisiones que pueden afectar sus derechos, resulta esencial que pueda explicar las bases de su decisión, para que los sujetos involucrados puedan accionar en consecuencia. Por ejemplo, si un sistema autónomo de IA le deniega un préstamo a un solicitante, tendría que poder explicarle por qué fue denegado: ¿sus ingresos mensuales no llegan a determinado monto?, ¿tiene demasiados créditos ya otorgados?, etcétera.

Entre las distintas razones que determinan la importancia de la *explicabilidad* en los sistemas de IA pueden destacarse las siguientes (10):

1) Generar confianza en los usuarios del sis-

(9) Ver <https://www.theatlantic.com/technology/archive/2018/01/equivant-compas-algorithm/550646/> (25/02/2012).

(10) “Explainable AI: the basics. Policy briefing”, Ed. The Royal Society, noviembre de 2019, <https://royalsociety.org/-/media/policy/projects/explainable-ai/AI-and-interpretability-policy-briefing.pdf>.

tema.

2) Detectar posibles sesgos del algoritmo.

3) Controlar el cumplimiento de las normas regulatorias y dilucidar cuestiones de responsabilidad legal.

4) Mejorar el diseño de los sistemas, al poder entenderlos mejor y ajustar sus procesos.

La *explicabilidad* de un sistema es también esencial para la entidad que lo utiliza o lo explota, porque la necesitará para demostrar su eventual ausencia de responsabilidad en caso de recibir un reclamo.

La tecnología de DL utiliza RNA compuestas por una gran cantidad de unidades de procesamiento simple (*neuronas*) interconectadas entre sí y organizadas en múltiples capas (*input*, capas ocultas y *output*). En el proceso de entrenamiento, se va modificando en forma automática la *relevancia* de las distintas conexiones que unen a las neuronas, de manera de reducir al máximo el error en sus predicciones. De tal forma, cuando comienza a operar, es muy difícil —si no imposible— determinar la forma en que arriba a una conclusión determinada. *El sistema ya entrenado se convierte en un algoritmo distinto al que diseñaron sus creadores al inicio*: es muy difícil conocer qué sucede en sus *capas ocultas de neuronas* y qué elementos relevantes de los datos que le presentan toma en cuenta para arribar a una decisión. Por eso se los denomina algoritmos de *caja negra*: uno sabe lo que ingresa a la caja (capa de *input*) y lo que sale de ella (capa de *output*), pero ignora lo que ocurre en su interior (*capas ocultas*).

Si bien las RNA permiten alcanzar un gran nivel de precisión y constituyen hoy la tecnología más poderosa, la imposibilidad de *explicarse* —para que podamos conocer la forma en que deciden— condiciona negativamente su uso en áreas críticas para los derechos de las personas.

Los especialistas señalan que es necesario un alto grado de *explicabilidad* en las siguientes áreas (11):

(11) Ver “AI in the UK...”, ob. cit., p. 37.

- Asuntos judiciales y de la Administración Pública.

- Diagnóstico médico y cuidado de la salud.

- Servicios financieros y de seguros.

- Vehículos autónomos.

- Sistemas bélicos.

En las áreas judicial y administrativa, donde se definen derechos sustanciales de las personas y no se requieren sistemas de alta *performance*, resulta aconsejable utilizar técnicas de ML menos complejas y que utilizan menos datos (*small data*), y que son capaces de explicar su proceso lógico (v.gr., árboles de decisión).

Existe en la actualidad un movimiento importante hacia el desarrollo de una *inteligencia artificial explicable* (XAI, o *explainable artificial intelligence*) que permita aportar *explicabilidad* a los sistemas de DL (ya sea mediante mecanismos incorporados al propio sistema o mediante mecanismos o algoritmos externos o paralelos a él).

IV. Las aplicaciones de IA en la actividad aseguradora

Desde hace más de una década la IA está revolucionando las distintas actividades del ser humano, sean estas personales, comerciales, industriales, científicas, militares, gubernamentales u otras. Ciertamente, la actividad aseguradora no será la excepción y, muy probablemente, será un campo propicio para profundas mejoras y beneficios.

Sin embargo, la relación actual de la actividad aseguradora con la IA es, de algún modo, paradójal. Por un lado, el seguro gestiona enormes cantidades de datos provistos por sus asegurados y por terceros, y ese es justamente el alimento esencial de la IA y, en particular, de las redes neuronales: la masividad de datos es lo que le permite a la IA obtener sus resultados más destacables.

Por otra parte, la actividad aseguradora ya lleva varios siglos de evolución: sus métodos son conservadores, artesanales y se caracterizan por

una natural aversión al riesgo; todo esto hace que no sea propicia a abrazar nuevas tecnologías con temprano entusiasmo.

Continuando con los contrastes: las aseguradoras reciben datos en las formas más variadas, como documentos escritos, imágenes, grabaciones de voz (y, en el futuro, toneladas de datos no estructurados provenientes de dispositivos y sensores utilizados por los asegurados), y la gestión de tales datos insume muchísimo tiempo y energía a los agentes humanos que la realizan. La IA resulta hoy muy eficiente en analizar documentos, imágenes y voz, en hacer certeras predicciones sobre la base de tales datos y gestionarlos con gran velocidad, lo cual implica una posibilidad muy interesante para su uso en la actividad aseguradora.

No obstante ello, la eficacia de los sistemas de IA depende en gran medida de la *calidad* de los datos que analizan (que estos sean veraces y completos) y de su *accesibilidad* desde el punto de vista operativo. Nuevamente, estos no son puntos fuertes en el negocio del seguro.

Los propios aseguradores reportan que deben lidiar con datos de baja *calidad*: la mayoría de ellos proviene de lo que informan los propios asegurados, y estos pueden verse inclinados a soslayar datos relevantes, describirlos en forma sesgada, incompleta o inexacta (12) (preocupados por el costo del seguro o por el eventual rechazo de un siniestro). También pueden resultar ilegibles cuando se aportan en forma manuscrita (algo todavía usual en la actividad).

En cuanto a la *accesibilidad*, las aseguradoras padecen el mismo problema que otras organizaciones, el de los *silos de datos*. Es común que los distintos sectores de la organización resguarden los datos que utilizan en su gestión en medios muy específicos (v.gr., planillas de cálculo), para resguardarlos (13) de filtraciones a terceros o por razones culturales muy arraigadas (el viejo axioma de que “la información es poder”), y ello dificulta su disponibilidad a mayor escala.

(12) SPINDLER — HOFFMAN, “Data logistics and AI in insurance risk management”, agosto de 2019.

(13) De ahí la expresión “silo”, que se refiere al lugar seguro y poco accesible donde se resguardan los granos.

Sin perjuicio de las dificultades y desafíos antes señalados, la industria aseguradora ya está adoptando la IA en distintas áreas de la actividad, en forma constante y creciente (14).

A continuación, describiremos aplicaciones que ya son una realidad, focalizándonos en las áreas donde están demostrando su mayor potencial operativo.

IV.1. Suscripción y análisis de riesgo

Podemos decir que las compañías aseguradoras se dedican al negocio del riesgo y, más precisamente, a cubrir financieramente los riesgos de sus clientes a cambio del pago de una prima.

Resulta esencial para ellas analizar —de manera técnica e idónea— los riesgos que sus clientes pretenden asegurar y, si deciden hacerlo, determinar bajo qué condiciones y a qué precio (prima) otorgarán la cobertura. Finalmente, procederán a emitir —suscribir— la póliza pertinente.

El análisis de riesgos y la suscripción (la decisión de cubrir un riesgo) son procesos esenciales de la actividad aseguradora, por cuanto, a diferencia de otras empresas de servicios, las aseguradoras deben decidir, *en cada oportunidad*, si venden o no el seguro solicitado. El éxito y la rentabilidad de una aseguradora dependen sustancialmente de la habilidad técnica con la que analizan y suscriben sus riesgos, lo cual surge del llamado *coeficiente siniestral*, que refleja la proporción entre el valor de los siniestros sufridos por los asegurados durante el período del seguro y el valor de la prima que han pagado por su cobertura (cuanto más bajo es el coeficiente, más rentabilidad obtendrá la aseguradora, y viceversa).

La complejidad técnica de este proceso es distinta si se trata de las llamadas *líneas personales* o de *líneas comerciales*:

a) Las *líneas personales* se refieren a seguros masivos vinculados con la vida diaria de las personas (v.gr., seguro automotor, seguro del hogar o de dispositivos electrónicos, accidentes personales, vida individual, etc.).

a1) En las *líneas personales* la actividad de suscripción está bastante simplificada en términos del análisis de riesgo, porque se limita a verificar que este se encuentre dentro de los parámetros previamente fijados en las *normas de suscripción* (p. ej., en el seguro automotor se controlará la edad del tomador del seguro, la marca y modelo del vehículo, el uso particular o comercial y, normalmente, se realizará la inspección física del automóvil).

Sí resulta más crítica la dinámica de la contratación del seguro (la suscripción propiamente dicha), por cuanto los asegurables se comportan como cualquier consumidor y requieren la mayor celeridad y simplicidad posibles en el proceso de adquisición. Al igual que en otras actividades comerciales dirigidas al consumidor, actualmente existe en seguros una fuerte tendencia a contratar mediante dispositivos digitales, en cualquier momento del día o la semana, y sin tener que trasladarse a ningún local comercial.

La IA ofrece claras ventajas en esta operatoria:

- La interacción con el potencial cliente puede agilizarse enormemente mediante la utilización de asistentes digitales (*robo-advisors*), que se basan en técnicas de ML y NLP.

- Las técnicas de reconocimiento de imágenes de la IA permiten reemplazar la inspección física del bien a asegurar por fotos o videos enviados por el cliente con su dispositivo móvil.

- La IA resulta muy efectiva en la detección de posibles fraudes, mediante técnicas de análisis de voz y expresiones faciales, así como la revisión automática de *check-lists* antifraude con los datos recibidos.

- La capacidad de procesar una gran cantidad de datos provenientes de dispositivos *internet of things* (IoT) (sensores de manejo en automóviles, relojes inteligentes, sensores de seguridad en los hogares) les permite a las aseguradoras ajustar dinámicamente la prima de la cobertura a la conducta del asegurado (estilo de conducción del automóvil, hábitos saludables, actitudes de prevención en el hogar, etc.).

- Las técnicas de IA y la disponibilidad inmediata de datos provenientes de dispositivos IoT

(14) Véase https://www.scor.com/sites/default/files/focus_scor-artificial_intelligence.pdf (25/02/2021).

permiten el diseño de coberturas de seguro *usage based* (“basadas en el uso”), en las cuales el asegurado habilita o deshabilita la cobertura de cada bien, según sus necesidades.

a2) Existen en el mercado los siguientes ejemplos, entre otros, de aplicación de IA:

- La aseguradora estadounidense Lemonade (15), que provee coberturas de seguro del hogar, utiliza *big data* y ML para lograr una mayor precisión en la suscripción de riesgos, especialmente en lo que respecta al *pricing* (fijación de la prima). El sistema de ML ubica a cada asegurado en “grupos uniformes”, integrados por personas con similar actitud frente al riesgo (más o menos prudentes). El sistema registra cada vez más datos y monitorea el *coeficiente siniestral* de cada asegurado, mejorando así su precisión en la determinación de la prima (16). Asimismo, la aseguradora utiliza una asistente digital (llamada “Maya”) y recurre a algoritmos de ML para agilizar al máximo el proceso de contratación de la póliza (afirman que todo el proceso demora 90 segundos).

- Trov es una empresa de servicios tecnológicos para aseguradoras que provee un sistema para asegurar vehículos de todo tipo y, mediante algoritmos de IA, analiza datos de geolocalización, condiciones viales y comportamiento del conductor, para evaluar en tiempo real las condiciones de riesgo de un vehículo asegurado. Sus sistemas son también utilizados por empresas de *car sharing* para evaluar en tiempo real las condiciones de aseguramiento requeridas por los vehículos de su flota y prevenir situaciones riesgosas. La empresa también utiliza IA para proveer soluciones de seguros *usage based* (también denominados *on demand*), que permiten a los asegurados activar o desactivar la cobertura de bienes determinados, con especial flexibilidad.

b) Las *líneas comerciales* se refieren a seguros más específicos contratados por las empresas para cubrir el riesgo de su actividad comercial o

industrial (seguro de responsabilidad civil comprensiva —de operaciones y productos—, seguro contra todo riesgo operativo, seguros agrícolas, de transporte marítimo, etc.).

b1) En las *líneas comerciales*, la actividad de suscripción es de mayor complejidad técnica y requiere de la mayor información posible sobre el riesgo que se pretende asegurar. Normalmente, esta información proviene del asegurado (que la provee al momento de contratar el seguro o luego de la ocurrencia de un siniestro) y de inspecciones físicas del establecimiento que es objeto del seguro, para detectar posibles riesgos extraordinarios, distintos a los que caracterizan al promedio de la actividad en cuestión.

Tal tarea es realizada por los *suscriptores*, quienes recurren —en forma bastante artesanal— a modelos estadísticos de cada riesgo, *datos internos* con los que cuentan (recabados previamente del asegurado o de inspecciones técnicas) y, en gran medida, confiando en su *know-how* y *olfato* profesional.

En este sentido, los sistemas de IA pueden aportar grandes beneficios a la actividad, en los siguientes aspectos:

- La IA permite procesar enormes cantidades de datos en tiempo real, lo cual resulta imposible para un especialista humano. Gracias a la agilidad en el procesamiento de datos, la IA puede sumar el análisis de *datos externos* a los que pueda accederse en forma electrónica, como, por ejemplo, registros públicos, informes meteorológicos, imágenes satelitales y, en especial, los múltiples datos que pueden aportar los sensores y dispositivos móviles utilizados por los asegurados (dispositivos de geolocalización, temperatura de mercaderías transportadas, videos obtenidos con *drones*, etc.). Como veremos más adelante con aplicaciones concretas, la posibilidad de procesar datos relevantes en tiempo real puede ayudar a prevenir la ocurrencia de siniestros, lo cual beneficia tanto al asegurado como a la aseguradora.

- Las técnicas de ML y DL resultan muy relevantes en el caso de los *seguros parametrizados*, donde se pauta el pago de una indemnización si se alcanzan ciertos *parámetros* —que permiten asumir un daño para los bienes asegurados—,

(15) Ver <https://lemonade.com>.

(16) “Lemonade reinvents the insurance industry with machine learning”, <https://digital.hbs.edu/platform-rectom/submission/lemonade-reinvents-the-insurance-industry-with-machine-learning/> (25/02/2021).

dad y eficiencia depende la retención del cliente (quien se encuentra en un momento “sensible”, por cuanto seguramente ha sufrido un episodio traumático y el consecuente impacto económico) y la generación de nueva clientela.

Sin embargo, existen distintos factores que conspiran contra la celeridad del proceso:

- Constatar la ocurrencia del siniestro y evaluar el daño producido depende de muchos datos fácticos *externos*, que normalmente requieren una inspección física de los bienes siniestrados y la investigación de la forma en que ocurrió el evento.

- Si bien es clave la agilidad del proceso, la aseguradora debe cerciorarse de que no existen posibles situaciones de fraude (hechos inexistentes o daños exagerados fraudulentamente) (23).

La IA puede ser de gran ayuda con respecto a las dificultades operativas señaladas precedentemente:

- Los asistentes digitales respaldados con tecnologías de ML y NLP pueden agilizar el proceso de denuncia del siniestro, permitiendo que los asegurados informen el siniestro desde dispositivos móviles —y sin intervención humana—, para después derivar la gestión hacia sistemas automatizados, si se trata de siniestros simples, o a agentes humanos, si se trata de casos complejos. Las más modernas tecnologías de NLP permiten incluso detectar si un cliente se muestra ofuscado o molesto durante el proceso (*sentiment analysis*) y, consecuentemente, derivar el reclamo a un agente humano más empático.

- Existen sistemas de IA que permiten analizar fotos y videos enviados por el asegurado y estimar los daños causados por el siniestro.

- Las técnicas de DL, vinculadas con el reconocimiento facial y de voz, permiten detectar expresiones que denoten una actitud mendaz en el denunciante y, asimismo, la IA permite correr *check-lists* antifraude y comparar los datos presentados con información obrante en

registros públicos o bases internas de casos rechazados.

- Independientemente de las capacidades señaladas, los sistemas de IA permiten incorporar mecanismos de *prevención de siniestros*, dada la posibilidad de procesar —en tiempo real— miles de datos de conducta del asegurado o contextos de riesgo, alertando oportunamente al cliente. Estos sistemas marcan una tendencia importante hacia un nuevo rol de las aseguradoras, más focalizado en prevenir el siniestro que en reparar sus consecuencias (“el mejor siniestro es el que no ocurre”) (24).

Existen promisorios ejemplos de los beneficios antes señalados:

- La aseguradora Liberty Mutual ofrece a sus asegurados un sistema de evaluación rápida de daños al vehículo y pago de aquellos, basado en el reconocimiento de imágenes (utiliza *redes neuronales convolucionales*, particularmente eficientes en esta tarea). Los usuarios sacan una foto del vehículo dañado con su dispositivo móvil y la suben al *AI auto damage estimator*, el cual, mediante un algoritmo de ML entrenado con miles de fotos de autos accidentados, procede a estimar el daño y su costo de reparación (25). Un sistema similar provee la empresa Tractable a distintas aseguradoras (26).

- La aseguradora Lemonade utiliza un *asistente digital* (“AI Jim”, basado en ML) para evaluar siniestros de seguros del hogar. El sistema cruza

(24) MCKINSEY, “Insurance 2030. The impact of AI on the future of insurance”, <https://www.mckinsey.com/-/media/McKinsey/Industries/Financial%20Services/Our%20Insights/Insurance%202030%20The%20impact%20of%20AI%20on%20the%20future%20of%20insurance/Insurance-2030-The-impact-of-AI-on-the-future-of-insurance-final.pdf?shouldIndex=false> (25/02/2021).

(25) DICKSON, Ben, “Three ways AI is transforming the insurance industry”, <https://thenextweb.com/growth-quarters/2020/02/24/3-ways-ai-is-transforming-the-insurance-industry/> (25/02/2021).

(26) “Tractable-automating expert tasks with artificial intelligence”, <https://www.the-digital-insurer.com/dia/tractable-automating-expert-tasks-with-artificial-intelligence-2/>, <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwjQoO7ilo7vAhXaK7kGHY0FB9kQFjABegQIBhAD&url=https%3A> (25/02/2021).

(23) Véase <https://www.iii.org/article/background-on-insurance-fraud>.

información sobre el siniestro con la póliza del asegurado, corre varios algoritmos antifraude y, finalmente, aprueba o rechaza el siniestro (27).

- La aseguradora Allstate utiliza sistemas de IA para analizar imágenes obtenidas por *drones* y así evaluar grandes daños (28).

- La aseguradora Tokio Marine utiliza un sistema de reconocimiento de documentos asistido con IA para gestionar denuncias de siniestro *manuscritas*. El sistema permite reducir en un 80% el error humano. La IA es utilizada para interpretar complejos caracteres chinos utilizados en la escritura japonesa (*kanji*) y cuenta con un mecanismo de transferencia de datos *por paquete* que preserva la privacidad del cliente (29).

- En cuanto al uso de IA para *prevenir* la ocurrencia de siniestros, resulta interesante el caso de la reaseguradora Munich Re, la cual utiliza la tecnología de la empresa Climacell a los efectos de mantener informados a sus clientes sobre riesgos vinculados con fenómenos climatológicos (huracanes, tornados, lluvias torrenciales, sequías, incendios, etc.) que puedan afectar sus bienes y operaciones (30).

V. Posibles contingencias jurídicas

Creo que los ejemplos de aplicaciones de la IA que hemos reseñado nos muestran los enormes beneficios que estas tecnologías pueden reportar a la actividad aseguradora en general, pero resulta necesario también tener en cuenta las contingencias jurídicas que pueden enfrentar las aseguradoras al implementar estas mejoras tecnológicas.

(27) “Lemonade reinvents the insurance industry...”, ob. cit.

(28) KUMAR — NAMAN y otros, “Artificial intelligence in insurance”, <https://gujaratresearchsociety.in/index.php/JGRS/article/view/405/331> (25/02/2021).

(29) MALHOTRA, Ravi — SHARMA, Swati, “Machine learning in insurance”, https://www.accenture.com/_acnmedia/pdf-84/accenture-machine-learning-insurance.pdf (25/02/2021).

(30) “ClimaCell partners with Munich Re syndicate on event contingency clients”, <https://www.climacell.co/blog/climacell-partners-with-munich-re-syndicate-on-event-contingency-clients/> (25/02/2021).

A tal efecto, detallaremos las normas legales vigentes en la Argentina que pueden impactar en las principales problemáticas que avizoramos: i) tratamiento masivo de datos personales, ii) sesgos discriminatorios, y iii) responsabilidad civil por daños a los asegurados y a terceros.

Por último, utilizando los ejemplos aportados y la normativa vigente, intentaremos explorar con más detalle las posibles contingencias legales.

V.1. Tratamiento de datos personales. Privacidad

Las normas legales de protección de los datos personales resultan esenciales en nuestra sociedad actual, dado que la *digitalización* de muchas de nuestras actividades e interacciones implica un riesgo importante de que se violen nuestra identidad y nuestra privacidad y, con ellas, muchos otros derechos elementales. Sin embargo, con la generalización del uso de sistemas de IA, alimentados por volúmenes impensados de datos personales de todo tipo, esta protección legal resulta mucho más crítica.

A nivel internacional existen ejemplos de esta problemática, en casos que ya han sido llevados a la justicia (31).

Tanto el derecho a la privacidad como el derecho a la protección de los datos personales están contemplados en nuestra Constitución Nacional, en sus arts. 19 y 43, respectivamente.

Asimismo, en el año 2000 se dictó la Ley de Protección de los Datos Personales (25.326, en

(31) Además del ya célebre caso de Cambridge Analytica, podemos citar la acción iniciada por ACLU (American Civil Liberties Union) y otras ONG contra la empresa estadounidense Clearview AI Inc., por violación de privacidad. La empresa demandada formó una base de datos compuesta de más de 3000 millones de imágenes de rostros (*faceprints*), capturadas de redes sociales y otros registros. Sobre la base de ellas, ofrece a las fuerzas de seguridad y a clientes privados la posibilidad de reconocer la identidad de cualquier persona cuya imagen “suban” a su sistema de IA, destinado al reconocimientos de imágenes. Obviamente, la captura de las imágenes no contaba con el consentimiento de las personas involucradas. Ver <https://www.nytimes.com/2020/05/28/technology/clearview-ai-privacy-lawsuit.html>, y se puede leer la demanda en <https://www.aclu.org/legal-document/aclu-v-clearview-ai-complaint> (25/02/2021).

adelante “LPDP”), la cual regula en forma detallada la protección de tales derechos.

Sin perjuicio de que las normas de la ley mencionada son conocidas y aplicadas regularmente por las aseguradoras (dado que son sujetos pasivos de ellas), señalaremos aquí las disposiciones que consideramos más relevantes en cuanto a la utilización de sistemas de IA:

1. La LPDP establece lo siguiente con respecto a la *finalidad* de los datos recolectados:

- Los datos personales que se recojan a los efectos de su tratamiento deben ser *ciertos, adecuados, pertinentes y no excesivos con relación al ámbito y finalidad para los que se hubieren obtenido* (art. 4º, apart. 1º).

- Los datos objeto de tratamiento *no pueden ser utilizados para finalidades distintas o incompatibles con aquellas que motivaron su obtención* (art. 4º, apart. 3º).

- Cuando se recaben datos personales *se deberá informar previamente a sus titulares*, en forma expresa y clara, *la finalidad para la que serán tratados* y quiénes pueden ser sus destinatarios o clase de destinatarios [art. 6º, inc. a)].

2. En cuanto al *tiempo de conservación de los datos*, se establece que *los datos deben ser destruidos cuando hayan dejado de ser necesarios o pertinentes* a los fines para los cuales hubiesen sido recolectados (art. 4º, apart. 7º).

3. La LPDP establece que el tratamiento de datos personales *es ilícito cuando el titular no hubiera prestado su consentimiento libre, expreso, informado y por escrito*. Y, con respecto al tema que analizamos, establece como únicas excepciones para tal consentimiento: i) cuando los datos *se obtengan de fuentes de acceso público irrestricto* [art. 5º, inc. a)], o ii) *deriven de una relación contractual, científica o profesional del titular de los datos, y resulten necesarios para su desarrollo o cumplimiento* [art. 5º, inc. d)].

Teniendo en cuenta que los sistemas de IA pueden procesar enormes cantidades de datos pertenecientes a un solo asegurado o asegurable (provenientes de su móvil o de dispositivos

sensores IoT ubicados en el automóvil, el hogar o el propio cuerpo del asegurado), entendemos que es muy importante que las aseguradoras hagan constar en los contratos de seguros —y en su comunicación con los asegurables— qué tipo de datos recabarán (imagen, voz, video o datos crudos) y con qué finalidad los utilizarán.

Con respecto a los *registros personales de voz e imagen*, entendemos que debe hacerse una mención expresa, dado que el propio Código Civil y Comercial de la Nación exige el consentimiento del interesado en tales casos (32).

V.2. Discriminación. Sesgos

Los principios de *igualdad y no discriminación* se encuentran expresamente contemplados en nuestra Constitución Nacional (arts. 16, 37 y 75) y, asimismo, en distintos tratados internacionales que tienen jerarquía constitucional (33).

Con respecto al principio de *igualdad ante la ley*, que es el fundamento último de la prohibición de discriminar, nuestra Corte Suprema de Justicia ha establecido que “no es otra cosa que *el derecho a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que en iguales condiciones se concede a otros*” (34).

Sin perjuicio de la existencia de numerosas normas que sancionan formas específicas de discriminación, la ley 23.592 es la principal norma legal a este respecto. En su art. 1º dispone lo siguiente:

- “Quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional, *será obligado, a pedido del damnificado, a dejar sin efecto el acto discri-*

(32) El art. 53, Cód. Civ. y Com., dispone: “Para captar o reproducir la imagen o la voz de una persona, de cualquier modo que se haga, es necesario su consentimiento...”.

(33) Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. II), Declaración Universal de Derechos Humanos (arts. 1º, 2º y 7º), Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 1º).

(34) Fallos 153:67.

minatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionados”.

- “A los efectos del presente artículo se considerarán particularmente los actos u omisiones discriminatorios determinados por motivos tales como *raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos*”. Los motivos aquí enumerados por la ley son los denominados *sospechosos o prohibidos*.

Es importante destacar que no toda distinción o diferencia implica una discriminación antijurídica, y así lo ha aclarado nuestra Corte Suprema al referirse a los alcances de la ley 23.592: “... esta no sanciona toda discriminación, sino exclusivamente aquella que *en forma arbitraria* restrinja de algún modo o menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional” (35).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dicho a este respecto: “... no todo tratamiento jurídico diferente es propiamente discriminatorio porque *no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva de la dignidad humana. Existen ciertas desigualdades de hecho que pueden traducirse en desigualdades justificadas de tratamiento jurídico*, que expresen una *proporcionada relación entre las diferencias objetivas y los fines de la norma*” (36).

Se ha dicho que para evaluar la juridicidad de cualquier diferenciación o discriminación debe analizarse la *relación medio/fin* que subyace en ella. Intentando aquí un ejemplo práctico, podemos plantear lo siguiente: si a un aspirante a ser profesor de matemáticas se le impide seguir tales estudios en razón de su baja estatura, podríamos decir claramente que ello constituye un acto discriminatorio (37). Por otra parte, si

en un parque de diversiones le niegan a un niño la posibilidad de subirse a una “montaña rusa”, por no alcanzar una estatura mínima —con fundamento en su propia seguridad física—, me atrevo a decir que dicha acción no podría calificarse como discriminatoria en los términos de la ley.

Esta diferenciación entre la discriminación que podríamos considerar *legítima* o la que podríamos considerar *ilegítima* o *arbitraria* es muy importante al analizar la cuestión en el marco de la actividad aseguradora, dado que la discriminación —en el buen sentido— es esencial y habitual al momento de *clasificar y tarificar* los riesgos que pueden ser asegurados y fijar las primas adecuadas a tal fin (38).

Es así que la Ley de Entidades Aseguradoras (20.091) establece claramente que “las primas deben ser resultar suficientes para el cumplimiento de las obligaciones del asegurador”, y “la autoridad de contralor observará las primas que resulten insuficientes, abusivas o *arbitrariamente discriminatorias*” (art. 26). Vemos entonces que, en seguros, la clave es que la natural discriminación técnica al fijar las primas no resulte *arbitraria* (39).

Continuando con la legislación aplicable, destacamos que, en los casos de asegurados/

<http://www.saij.gov.ar/descarga-archivo?guid=rstuvufallos-comp-uest-o84000170pdf&name=84000170.pdf> (25/02/2021).

(38) Ver “Discrimination lawsuits against insurers may be on the rise”, <https://ccbjournal.com/articles/discrimination-lawsuits-against-insurers-may-be-rise> (25/02/2021).

(39) A su vez, la reglamentación de la norma mencionada establece: “Las tarifas aprobadas conforme con lo dispuesto en el punto 26.1.1 darán por cumplidos los requisitos de autorización previstos en la ley 20.091, en la medida que contemplen los siguientes aspectos: a) Estén elaboradas sobre bases técnicas, en función de principios básicos en materia de equidad, suficiencia, homogeneidad y representatividad, que permitan presumir razonablemente un resultado técnico positivo y que no resulten abusivas ni discriminatorias; b) En la elaboración, se haya tenido en cuenta la experiencia siniestral, nivel de gastos y demás elementos que avalen su integración y que, en ningún caso, hayan sido confeccionadas tomando en consideración la naturaleza del asegurable o la relación económica o jurídica que lo vincula con el asegurador...” (Reglamento General de la Actividad Aseguradora, 26.1.2).

(35) Fallos 314:1531.

(36) Ver la publicación del MINISTERIO PÚBLICO FISCAL, “Igualdad y no discriminación”, <https://www.mpf.gov.ar/dgdh/files/2017/04/cuadernillo-2.pdf> (25/02/2021).

(37) De hecho, así lo determinó la Corte en el caso “Arenzon”, declarando la inconstitucionalidad de una norma que le impedía al actor (de 1,48 m de estatura) cursar el Profesorado de Matemáticas y Astronomía;

asegurables que actúan como consumidores, también existen normas aplicables de la Ley de Defensa del Consumidor (en adelante, “LDC”) y el Código Civil y Comercial de la Nación.

La LDC establece: “*Trato digno. Prácticas abusivas. Los proveedores deberán garantizar condiciones de atención y trato digno y equitativo a los consumidores y usuarios. Deberán abstenerse de desplegar conductas que coloquen a los consumidores en situaciones vergonzantes, vejatorias o intimidatorias. No podrán ejercer sobre los consumidores extranjeros diferenciación alguna sobre precios, calidades técnicas o comerciales o cualquier otro aspecto relevante sobre los bienes y servicios que comercialice. Cualquier excepción a lo señalado deberá ser autorizada por la autoridad de aplicación en razones de interés general debidamente fundadas.*” (art. 8º bis).

En igual sentido, el Código Civil y Comercial de la Nación establece: “*Trato equitativo y no discriminatorio. 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*” (art. 1098).

La principal consecuencia de la aplicación de la LDC al caso en cuestión es que la empresa responsable puede ser condenada, también, al pago de una suma relevante en concepto de *daño punitivo* (art. 52 bis).

Finalmente, debe destacarse que en los casos de actos discriminatorios que afecten a uno o más damnificados, la Constitución Nacional dispone que se podrá iniciar *acción de amparo colectivo* contra la entidad responsable. Podrán iniciarla el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines (art. 43) (40).

(40) Este tipo de acción es de uso bastante común en nuestro país, con relación a bancos, aseguradoras u otro tipo de empresas de comercialización masiva de bienes o servicios, ya que también ampara los derechos de usuarios y consumidores y su sentencia tiene efectos con relación a toda la “clase” o “colectivo” definido en forma inicial en el proceso.

V.3. Responsabilidad civil por daños

Sin perjuicio de las problemáticas más generales vinculadas con el tratamiento de datos personales y los posibles sesgos algorítmicos que impliquen discriminación a los asegurables y asegurados, los sistemas de IA —sea por defectos de diseño, entrenamiento o implementación— pueden generar daños a los asegurados y a terceros por los cuales podría responsabilizarse a la aseguradora que utiliza tales sistemas.

A los efectos de prever la eventual responsabilidad civil que podría alcanzar a las aseguradoras en la Argentina, consideramos básicamente aplicables las normas del Código Civil y Comercial de la Nación y, en su caso, las de la Ley de Defensa del Consumidor.

Según lo disponen los arts. 1716 y 1717 del Cód. Civ. y Com., el presupuesto esencial que hace nacer la responsabilidad civil de una persona es la causación de un *daño no justificado* a otro, y la atribución de responsabilidad puede basarse en factores *subjetivos* u *objetivos*.

Únicamente son reparables las *consecuencias dañosas* que tengan un *nexo adecuado de causalidad* con el *hecho productor del daño* (art. 1726, Cód. Civ. y Com.). Pensamos que esta norma es fundamental en el análisis de toda posible responsabilidad generada por el uso de sistemas de IA: debe acreditarse que el daño fue *efectivamente causado* por un hecho generado en forma autónoma por el sistema informático (como veremos más adelante, ello puede tener incidencia en la naturaleza objetiva o subjetiva de la responsabilidad). La carga de la prueba de la *relación de causalidad* corresponde a quien la alega (art. 1736, Cód. Civ. y Com.).

Si bien a nivel internacional hay voces que discuten si la responsabilidad derivada del uso de IA debe ser objetiva o subjetiva, en el derecho argentino la cuestión parece saldada en favor de la responsabilidad objetiva.

Al respecto, el art. 1757, Cód. Civ. y Com., dispone: “*Toda persona responde por el daño causado por el riesgo y vicio de las cosas, o de las actividades que sean riesgosas peligrosas, por los medios empleados o por las circunstancias de su realización.*”

Entendemos que un sistema de IA no es, en principio, una *cosa* sino un *bien inmaterial*, un *programa de computación (software)* que puede ser objeto de derechos y de obligaciones. Sin perjuicio de ello, resulta claro que la utilización de un sistema de IA puede considerarse una *actividad riesgosa o peligrosa* en los términos de la ley (41).

No obstante ello, si dicho *software* estuviera integrado a un dispositivo físico (p. ej., un dispositivo móvil IoT, o un vehículo autónomo), claramente podría ser considerado *cosa riesgosa* en los términos de la norma citada.

De todas formas, ya sea como *actividad o cosa riesgosa*, la utilización de la IA puede considerarse comprendida en las hipótesis de responsabilidad objetiva que prevé el art. 1757, Cód. Civ. y Com. En cuanto a quién debe responder por el daño causado por la *cosa* o la *actividad riesgosa*, el art. 1758, Cód. Civ. y Com., establece que en el primer caso responde el *dueño o guardián* de la cosa que causó el daño, y en el segundo caso, quien *realiza* la actividad, *se sirve u obtiene provecho de ella, por sí o por terceros*.

En los casos de responsabilidad *objetiva*, según lo dispone el art. 1722, Cód. Civ. y Com., el responsable solo puede liberarse acreditando que el hecho dañoso ocurrió por *causa ajena*, esto es, por *caso fortuito o fuerza mayor* (42), por el *hecho de un tercero* por el cual no debe responder, o por el *hecho de la propia víctima*. No son eximentes ni la *autorización administrativa para el uso de la cosa o la realización de la actividad*, ni el *cumplimiento de las normas de prevención*.

Sin embargo, creo que es importante distinguir cuándo el sistema de IA causa un daño por sí mismo, esto es, interactuando autónomo-

amente con la víctima del daño, o cuándo simplemente es usado como herramienta de consulta por un agente humano (p. ej., cuando dicho humano recurre a los datos provistos por dicho sistema, entre otras fuentes). Entendemos que, en esta última hipótesis, el sistema de IA no podría —sin más— considerarse como un factor de atribución objetiva de responsabilidad y la víctima debería acreditar la culpa o negligencia del agente humano.

Esta disquisición surge de la disposición del art. 1726, Cód. Civ. y Com., en cuanto presupone un nexo adecuado de causalidad entre el *hecho productor del daño* y las *consecuencias dañosas*: creo que es relevante determinar si el *hecho* ocurre en la interacción de la víctima con el propio sistema de IA o con un agente humano que lo consulta como una fuente de información adicional, para luego adoptar una decisión.

Por último, cabe destacar que cuando el daño causado por un sistema de IA se produjera en el marco de la relación contractual y esté vinculado al incumplimiento de una obligación (p. ej., de proveer alertas de prevención de siniestros generadas por IA), el art. 1728, Cód. Civ. y Com., limita las consecuencias por las que debe responder el incumplidor a las que se previeron o pudieron haber previsto en el contrato (43).

Hasta aquí reseñamos las disposiciones del Código Civil y Comercial de la Nación que consideramos más relevantes para analizar la responsabilidad por el uso de IA, pero es importante destacar que si el asegurado o asegurable revistiera la calidad de *consumidor*, también resultarían aplicables las disposiciones de la Ley de Defensa del Consumidor (24.240) (44).

(43) Salvo en el caso de que el asegurado revista el carácter de consumidor, dado que la ley 24.240 tiene por no convenidas las cláusulas de limitación de responsabilidad por daños [art. 37, inc. a)].

(44) La ley 24.240, en su art. 1º, define como consumidor a “la persona física o jurídica que adquiere o utiliza, en forma gratuita u onerosa, bienes o servicios *como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social*”. Los seguros donde típicamente el asegurado actúa como consumidor son los de líneas personales, a los que ya nos referimos en este trabajo (v.gr., seguro del automotor, seguro del hogar, seguro individual de vida y accidentes personales, etc.).

(41) Ver el detallado análisis de COLOMBO, Celeste, “¿La utilización de algoritmos es una actividad riesgosa?”, LA LEY del 08/11/2019, y también DANESI, Cecilia, “Inteligencia artificial y responsabilidad civil: un enfoque en materia de vehículos autónomos”, LA LEY, Supl. Esp. Legal Tech del 05/11/2018.

(42) Según el art. 1730, Cód. Civ. y Com.: “Se considera caso fortuito o fuerza mayor al hecho que no ha podido ser previsto o que, habiendo sido previsto, no ha podido ser evitado”.

V.4. *Análisis específico de posibles contingencias*

V.4.a. No resulta fácil el ejercicio de prever posibles contingencias legales de innovaciones tecnológicas que recién comienzan a adoptarse en la actividad aseguradora, y sobre las cuales todavía no existe experiencia judicial en nuestro país. Aun así, entendemos que resulta útil intentar un ejercicio de “derecho-ficción”, utilizando a tal fin los ejemplos de IA que detallamos en párrafos precedentes.

Con respecto a las contingencias derivadas del *uso masivo de datos* no haremos un análisis puntual, porque entendemos que tal problemática se extiende a todas las posibles aplicaciones de IA en la actividad aseguradora. Al respecto, reiteramos que es importante informar claramente al interesado sobre qué tipo de datos serán recolectados y cuáles son los objetivos de su recolección y, por supuesto, obtener su consentimiento a tal fin.

V.4.b. *Análisis de riesgo y suscripción* V.4.b.1. Cuando analizamos la utilización de sistemas de IA para procesar en forma automatizada las solicitudes de contratación, la primera contingencia que salta a la vista es la posibilidad de *discriminación o trato inequitativo* en la fijación de la prima a cobrar, o el eventual rechazo de la cobertura solicitada, por las siguientes razones:

- El grado de detalle y *granularidad* en el análisis del riesgo que implica cada asegurado, que permiten los sistemas de IA (como vimos en el caso de Lemonade), puede determinar que solo se acepten asegurados de muy bajo riesgo o se fijen primas exageradamente altas para quienes representan un riesgo más significativo. Esto puede llevar, en la práctica, a que una importante cantidad de personas se vean imposibilitadas de acceder al seguro.

Uno de los principios que sustentan la técnica del seguro es el de “solidaridad” o “mutualidad”, sobre cuya base se forman amplios grupos de personas expuestas a un riesgo razonablemente homogéneo, donde cada miembro del grupo aporta a un fondo de primas que permite afron-

tar los siniestros que ocurran (45). En dicho esquema, los miembros del grupo que no sufren siniestros —de alguna manera— “subsidian” a los menos afortunados (o menos prudentes). Si las aseguradoras realizan una “segmentación” excesiva, formando grupos chicos de asegurados de bajo riesgo —gracias a la “granularidad” de análisis que permite la IA—, es posible que el organismo de contralor (la Superintendencia de Seguros de la Nación) objete tal esquema por razones de política regulatoria (46).

- Las aseguradoras están también expuestas a otros planteos por *discriminación arbitraria* en la fijación de sus primas, pero no están necesariamente relacionados con el uso de IA. Un tema que ha generado controversias en otros países es el uso de *calificaciones crediticias* del asegurable (*credit scoring*) como criterio de evaluación y tarificación del riesgo: dada la facilidad de los sistemas de IA para procesar datos provenientes de distintos registros externos, es posible que estas situaciones se vuelvan más comunes (47).

En el caso de que se acredite la existencia de discriminación arbitraria, la aseguradora deberá dejar sin efecto el acto discriminatorio e indemnizar los daños causados (art. 1º, ley 25.392). Si resultara también aplicable la LDC, y se acreditara que la *discriminación* obedecía a una política establecida de la aseguradora (y no a un hecho accidental), la responsable podrá ser condenada al pago de una multa civil (daño punitivo), en los términos del art. 52 bis de la norma mencionada.

V.4.b.2. Otra posible contingencia en el proceso de contratación automatizada del seguro es que ocurra un *error* en el funcionamiento del sistema de IA, por el cual —por ejemplo— se asegure el inmueble equivocado, quedando sin

(45) Ver ZAPIOLA GUERRICO, Martín, “*Insurtech*. El impacto de las nuevas tecnologías en la actividad aseguradora”, LA LEY del 15/10/2019, apart. V.5.

(46) Esta preocupación es compartida por organismos de control de distintos países. GENEVA ASSOCIATION, “Promoting responsible artificial intelligence in insurance”, p. 13, https://www.genevaassociation.org/sites/default/files/research-topics-document-type/pdf_public/ai_in_insurance_web_0.pdf (25/02/2021).

(47) *Idem* 33.

cobertura el inmueble que intentaba asegurar el cliente. Para complicar las cosas, podemos imaginar que el inmueble del cliente estaba alquilado a terceros y sufrió un incendio. A su vez, el incendio generó una situación litigiosa con el inquilino, dado que el propietario no pudo reconstruir el bien alquilado al no contar con la ayuda financiera de la cobertura asegurativa.

De acuerdo con la normativa civil que hemos analizado, la responsabilidad del asegurador sería *objetiva* y solo podría eximirse de ella acreditando el hecho del damnificado, o de un tercero por el que no debe responder, o un caso fortuito o de fuerza mayor.

Si el sistema de IA utilizado fuera razonablemente *explicable* y tuviera un registro adecuado de los datos ingresados por el cliente, quizás la aseguradora podría acreditar que medió un *error del cliente* en la carga de los datos o que el problema fue generado por el *hackeo* del sistema por parte de un tercero, que no pudo ser evitado a pesar de las estrictas medidas de seguridad informática adoptadas por la aseguradora.

En el caso de que la aseguradora fuera declarada responsable por el hecho, debería indemnizar al cliente por todas las *consecuencias inmediatas y mediatas previsibles* del hecho en cuestión (arts. 1726 y 1727, Cód. Civ. y Com.).

V.4.c. Gestión de siniestros y acciones de prevención

En cuanto a la utilización de IA en la gestión habitual de siniestros, no imaginamos contin-

gencias jurídicas relevantes. Sí podemos señalar que todo proceso de automatización de decisiones (en este caso, pagar o no pagar un siniestro), si no tiene adecuados mecanismos de supervisión humana, puede llevar a que un determinado error se generalice y perjudique a una importante cantidad de asegurados antes de ser detectado, generando así una responsabilidad significativa a la aseguradora.

Un área que sí merece mayor atención son los sistemas de IA que permitirán que las aseguradoras cumplan un rol más activo en la prevención de siniestros de sus asegurados (48).

Como vimos en el ejemplo de Munich Re y Climacell, mediante el uso de IA una aseguradora puede alertar a sus asegurados sobre fenómenos climatológicos inminentes que pueden afectar el riesgo asegurado (tormentas y huracanes, inundaciones, sequías, etc.), como parte de los servicios comprometidos en la póliza. Podemos imaginar entonces que, en el caso de que el sistema fallara en enviar la alerta pertinente y ello generara daños al asegurado, la aseguradora sería responsable frente a este por los perjuicios causados (art. 1716, Cód. Civ. y Com.). Entendemos que, en el caso de que la aseguradora asuma obligaciones de prevención de siniestros, como un servicio adicional a la cobertura asegurativa, es importante que defina su contenido con precisión, así como el alcance de su responsabilidad en el caso de incumplimiento (art. 1728, Cód. Civ. y Com.).

(48) *Idem* nota 19.

El contrato de seguro digital

Carlos A. Estebenet

Sumario: I. Introducción.— II. Principios esenciales que gobiernan al seguro.— III. El contrato en la ley 17.418.— IV. Las normas del Código Civil y Comercial de la Nación y de la Ley de Defensa del Consumidor.— V. El diálogo de fuentes en el contrato de seguro celebrado por medios digitales o electrónicos.— VI. Validez del documento. Firma.— VII. Comentarios adicionales: consecuencias de la utilización del sistema.— VIII. Conclusión.

I. Introducción

Intentaré adentrarme en los meandros de una cuestión que, como ocurre ordinariamente en materia de comercio, se ha lanzado de hecho como práctica habitual adelantándose a las regulaciones del derecho positivo, que paulatinamente y con esfuerzo intenta alcanzar la realidad.

El intento merece la pena, ya que las ventajas que ofrece esta modalidad determinan que no tenga retorno y, más que nada, se espere un mayor desarrollo, cuyos límites hoy desconecemos.

La contratación digital es un dato vivo de la realidad, y el seguro no es ajeno a esta dinámica, que lo envuelve y termina siendo un traje a medida por su propia naturaleza y características.

Como punto de partida, podría decir que una de las notas más salientes del seguro es la contratación en masa, y esta forma de contratación tiene como compañero natural a la celebración de contratos a distancia y la utilización del medio digital.

II. Principios esenciales que gobiernan al seguro

Existen ciertas características propias del seguro que me parece ilustrativo desarrollar, a fin de poder entender su naturaleza y función para luego introducirnos con este bagaje en el análisis de la contratación digital.

A pesar de que lo que voy a plantear carezca del *glamour* académico que invade la literatura

jurídica, me temo que debo decir que el seguro no es más ni menos que una herramienta que permite, mediante el uso de una técnica específica, asumir las consecuencias económicas de ciertos eventos que se dan con alguna regularidad en el espacio y en el tiempo.

Esto de pensar el seguro como una “herramienta” o también —por qué no— una “técnica” me permitió entender con cierta facilidad su mecánica y la razón de ser de las peculiares normas que lo regulan.

En líneas generales, esta técnica no hace más que medir, tanto en frecuencia como en intensidad, estos eventos a los que aludí precedentemente a fin de posibilitar la fijación de la prima que servirá para asumir el pago de los eventos/siniestros que ocurran.

Esto, que parece tan simple, no siempre lo es tanto, y tiene una gran trascendencia, ya que el legislador ha instituido el seguro privado como un sistema hábil para cubrir ciertas eventualidades de cara a la sociedad, y para ello ha dado vida a los tres pilares que sostienen este micro-sistema: la ley 17.418 de Contrato de Seguro, la ley 20.091 de los Aseguradores y su Control y la ley 22.400, que regula a los intermediarios.

Esta confianza que la sociedad ha depositado en el sistema asegurador privado no solo ha sido establecida en el marco de la libre elección personal, sino también en la plasmación legislativa de seguros obligatorios y de contratación obligatoria, lo que refuerza el reconocimiento público del sistema como un instrumento apto

y eficaz para amparar ciertas contingencias que afectan a las personas y bienes.

La mencionada admisión y reconocimiento tiene su contrapartida, es decir, para que el sistema funcione deben ser observados y respetados los principios que hacen a su viabilidad.

Admitir al seguro como herramienta hábil para dar cobertura a eventualidades y, por otro lado, desproteger los principios que lo sustentan implicaría neutralizar la operación del sistema y obstaculizar la consecución de sus fines.

Así lo ha sostenido la Corte Suprema en el conocido fallo “Flores”: “... Ello es así pues el contrato de seguro se sustenta en la observancia de ciertos aspectos técnicos de fundamental importancia para su debido funcionamiento como, por ejemplo, la determinación y mantenimiento del estado del riesgo tomado en cuenta al contratar, al evitar que el asegurado provoque el siniestro, o exagere sus consecuencias, entre otros. Por otra parte, cabe recordar que su contenido está sometido a una ley de tipo reglamentario que regula minuciosamente los diversos aspectos del contrato” (1).

Esta breve introducción me permite dar un paso más y, por lo tanto, bucear en estos principios o caracteres esenciales que hacen a la existencia misma del seguro.

No es mi intención analizar el concepto unificador del seguro, tal como fue analizado por Isaac Halperin en su disertación que llevó dicho nombre (2), sino tan solo revisar estas notas distintivas y esenciales que hacen a la viabilidad del seguro privado.

Es así que surge inicialmente el concepto de técnica en que se basa el seguro y que se expresa en la ecuación que enuncia el necesario equilibrio entre prima y riesgo.

La hipótesis estadística que muestra esta ecuación resulta fundamental y es la que en

palabras es expresada en el contrato. Sobre este punto volveré más adelante.

Ciertos institutos de la Ley de Contrato de Seguro tienen como función proteger el mantenimiento de este equilibrio, en algunos casos con altos niveles de exigencia con relación a las conductas de los tomadores y asegurados: podemos citar como ejemplos los supuestos de reticencia y agravación establecidos en la ley 17.418 (3).

Otro elemento esencial e inquebrantable del sistema es el concepto de “mutualidad” de asegurados.

No es pensable un sistema asegurador, ni la celebración de contratos de seguro, valga la redundancia, sin la existencia de un grupo de personas que aportan la prima para luego ser beneficiarios de la indemnización o prestación, si ocurre el evento previsto.

La operación individual que contuviera todos los elementos del contrato de seguro careciendo del principio de contratación en masa con una mutualidad de asegurados, en mi visión, no sería un contrato de seguro, sino tan solo un contrato de apuesta.

Es por ello que me animo a afirmar que el contrato de seguro solo puede considerarse así si se celebra en el contexto de un sistema y mercado asegurador.

Es la mutualidad la que forma el fondo de primas que luego el asegurador utilizará para cubrir los siniestros que ocurran.

En fin, como ya manifesté, por más que una relación jurídica contenga todas las características de un contrato de seguro, en mi visión no cae dentro de la calificación aquel celebrado como único entre dos personas.

(3) Ley 17.418. “Reticencia: Concepto. Art. 5°. Toda declaración falsa o toda reticencia de circunstancias conocidas por el asegurado, aun hechas de buena fe, que a juicio de peritos hubiese impedido el contrato o modificado sus condiciones si el asegurador hubiese sido cerciorado del verdadero estado del riesgo, hace nulo el contrato”. “Agravación del riesgo. Concepto y rescisión. Art. 37. Toda agravación del riesgo asumido que, si hubiese existido al tiempo de la celebración, a juicio de peritos hubiera impedido el contrato o modificado sus condiciones, es causa especial de rescisión del mismo”.

(1) CS, “Flores, Lorena R. c. Giménez, Marcelino O. y otro s/ daños y perjuicios acc. trán. e/ les. o muerte”, CSJ 678/2013 (49-F) ICSI.

(2) HALPERIN, Isaac, “El concepto unificador del seguro”, LA LEY 118-1066; *Derecho comercial. Doctrinas esenciales*, 01/01/2009, t. IV, p. 151; LL AR/DOC/2803/2009.

Por ello es que a continuación de la mutua-
lidad y los fondos que aportan para cubrir las
eventualidades, surge con fuerza el concepto de
empresa.

El asegurador profesional es un participante
esencial en todo el andamiaje que significa el
seguro privado y su línea de actuación, que no
es ni más ni menos que la contratación en masa.

El personaje mencionado, dotado de las ca-
lificaciones adecuadas para operar profesio-
nalmente, es esencial para que pueda darse la
operación de seguro privado.

La complejidad del sistema y los principios de
prevención y ahorro que significan la recauda-
ción de fondos de parte del público para afron-
tar obligaciones futuras requieren esta profesio-
nalidad, pero también un marco normativo y de
control, establecido en nuestro país por la ley
20.091 (4).

Tomo como nota esencial este ámbito de
control, ya que es posible afirmar que en ma-
teria aseguradora el tema alcanza nivel uni-
versal.

No puede entenderse la operación del segu-
ro sin un marco de control, que en general es
local y propio de cada Estado. Aun en espacios
comunitarios se producen conflictos y contro-
versias con los seguros transfronterizos, ya que,
a pesar de la existencia de leyes y recomenda-
ciones comunitarias, surgen asimetrías en cada
Estado; tal como expresa el Prof. Veiga Copo en
el contexto de la Comunidad Europea: "... Ese
es precisamente el último reto de cara a lograr
un pleno y a la vez armónico mercado único
asegurador. Y es un reto complejo, extremada-
mente complejo pese a la batería incesante de
reglamentos, pero sobre todo Directivas que en
estos años han sido promulgados y que de sosla-

yo han ido pretiriendo la parte priva y normativa
del contrato..." (5).

El control avanza tanto sobre la actividad ge-
neral como sobre las condiciones contractuales
y vías de comercialización.

Entre estas notas esenciales del seguro surge
también el "reaseguro", como pilar fundamental
en cuanto a capacitación permanente y aporte a
las técnicas de diversificación y atomización del
riesgo.

No hay posibilidad de un mercado de seguros
sólido y solvente sin un esquema de reaseguros
que permita ceder los excesos de capacidad del
propio mercado y que acompañe las decisiones
de apetito de riesgo del asegurador de manera
individual.

El hecho de que el asegurador posea un am-
plio mercado reasegurador al que recurrir le
permitirá mejorar su solvencia y hacer la más
adecuada elección en cuanto a seguridad y pro-
fesionalidad.

El reaseguro trae consigo una nota esencial
que le permite cumplir acabadamente su come-
tido, que es su carácter internacional, sujeto a
principios e inveteradas prácticas y usos propios
de la actividad.

Por ello, me animo a considerar al reaseguro
como un elemento esencial en este complejo
andamiaje en que se desarrolla el seguro.

Finalmente, todos estos principios, elementos
o caracteres desembocan en el punto crucial de
todo el sistema y que será el vértice de este tra-
bajo: el contrato y, en especial, este como límite
de la prestación.

Este punto es esencial, ya que, como expresé
en párrafos precedentes, el marco del riesgo asu-
mido es trasladado en formato de clausulado al
contrato, por lo que los textos tienen su soporte
técnico que requieren observancia y respeto.

Es la plasmación escrita de una compleja téc-
nica basada en el cómputo y análisis de eventos
que se dan con cierta frecuencia e intensidad.

(4) Art. 1º, ley 20.091: "El ejercicio de la actividad
aseguradora y reaseguradora en cualquier lugar del
territorio de la Nación, está sometido al régimen de
la presente ley y al control de la autoridad creada por
ella. *Alcance de la expresión seguro.* Cuando en esta ley
se hace referencia al seguro, se entiende comprendida
cualquier forma o modalidad de la actividad asegura-
dora. Está incluido también el reaseguro, en tanto no
resulte afectado el régimen legal de reaseguro en vi-
gencia".

(5) VEIGA COPO, Abel B., "Hacia una Europóliza. Los
principios de derecho europeo del contrato de seguro
(Primera parte)".

Traspasar los límites impuestos por el contrato hace tambalear al sistema, y la generalización de esta conducta lo puede convertir en inviable.

En los próximos párrafos trataré del contrato, pero en especial del contexto que circunda la modalidad digital.

III. El contrato en la ley 17.418

Entiendo que es necesario repasar el “qué” para luego tener la posibilidad de analizar adecuadamente el “cómo”; en otras palabras, analizaré la génesis del contrato para luego ponerlo en acto en el marco de la contratación digital.

No puedo dejar pasar por alto un par de cuestiones que resulta del caso aclarar.

La Ley de Contrato de Seguro data de la década del 60 (año 1967) y, por lo tanto, va de suyo que jamás pudo tener en mente las actuales vías de contratación, estableciendo un procedimiento acorde a la época en que fue redactada.

No obstante, y como se verá más adelante, existen algunos signos que pueden amigar la estructura de la ley a las modernas vías de contratación, y esto es lo segundo que pretendo aclarar: es posible decir sin miedo a error que en la vieja ley —hoy vigente— impera la inteligencia de que el seguro es una actividad que se desarrolla mediante la contratación en masa, concepto que en aquellos tiempos ya se encontraba en boga y era comentado por insignes profesores de Derecho Comercial.

Estas dos cuestiones que resultan importantes a los efectos de la comprensión del tema se complementan a los fines didácticos con los caracteres del contrato, entre los cuales debo destacar dos que lo configuran muy particularmente.

Por un lado, el carácter consensual, que significa que el acuerdo de voluntades concluye el contrato y produce efectos aun antes de emitirse la póliza (6).

(6) Art. 4º, ley 17.418 (párr. 1º): “El contrato de seguro es consensual; los derechos y obligaciones recíprocos del asegurador y asegurado, empiezan desde que se ha celebrado la convención, aun antes de emitirse la póliza”.

Esta cualidad le imprime al contrato un nivel de flexibilidad en cuanto a la contratación se refiere, independientemente de las regulaciones que a continuación analizaré.

Pensar el contrato como consensual, carácter establecido en la ley, le permite al jurista un amplio margen de creatividad en cuanto a las vías de contratación.

Por otro lado, la aleatoriedad del contrato suma un carácter especial y definitorio en su calificación, aunque más relacionado con la interpretación que con la conclusión sinalagmática.

Así las cosas, la ley imagina, aunque no de manera imperativa, una propuesta de contrato que sale del tomador o asegurado y que el asegurador puede aceptar o no.

En esta instancia, la ley establece que la propuesta no obliga al asegurado ni al asegurador, lo que es coherente con el carácter consensual, ya que para que el contrato produzca efectos debe existir un acuerdo de partes, que significa expresiones de voluntad de cada una de ellas (7).

No ocurre lo mismo con la propuesta de prórroga, que se considera aceptada si el asegurador no la rechaza dentro de los quince días desde su recepción, salvo en los seguros de personas (8).

Celebrado el contrato, el asegurador deberá entregar una póliza debidamente firmada con ciertas características enumeradas en el segundo párrafo del art. 11 de la ley 17.418, referidas a la claridad, datos imprescindibles de las partes, del riesgo y del interés. También las condiciones generales y particulares.

(7) Art. 4º, ley 17.418 (párr. 2º): “Propuesta. La propuesta del contrato de seguro, cualquiera sea su forma, no obliga al asegurado ni al asegurador. La propuesta puede supeditarse al previo conocimiento de las condiciones generales”.

(8) Art. 4º, ley 17.418 (párr. 3º): “Propuesta de prórroga. La propuesta de prórroga del contrato se considera aceptada por el asegurador si no la rechaza dentro de los quince días de su recepción. Esta disposición no se aplica a los seguros de personas”.

En definitiva, es la prueba por excelencia del contrato, tal como establece el primer párrafo del mismo artículo (9).

En esta norma tenemos la primera referencia a la admisión de cualquier medio digital como prueba, modificación introducida por la ley 27.444 del 18/06/2018. Ya explicaremos sus fallencias y su inconsistencia en función del orden jurídico que impera en la materia.

También dentro del sistema asegurador existe una práctica generalmente aceptada que consiste en la entrega de certificados de cobertura, que contienen los datos esenciales del contrato, pero no la totalidad de las cláusulas.

Esta práctica puede darse en algunos casos en particular por pedido expreso del tomador o asegurado o por las características del contrato, en el cual se incluyen masivamente asegurados y bajo la calificación de certificados de incorporación.

En definitiva, del análisis precedente surgen ciertas notas esenciales a tener en cuenta en el contexto de la contratación digital: i) contrato consensual; ii) instrumentación mediante un documento llamado póliza o certificado de cobertura firmado; iii) necesidad de entrega del documento al asegurado.

IV. Las normas del Código Civil y Comercial de la Nación y de la Ley de Defensa del Consumidor

El contexto del Código Civil y Comercial de la Nación (Cód. Civ. y Com.) introduce una serie de normas que dan sustento legal a prácticas usuales y promueve una serie de definiciones

(9) Ley 17.418: “Póliza. Prueba del contrato. Art. 11. El contrato de seguro solo puede probarse por escrito; sin embargo, todos los demás medios de prueba serán admitidos, si hay principio de prueba por escrito. Póliza. El asegurador entregará al tomador una póliza debidamente firmada, con redacción clara y fácilmente legible. La póliza deberá contener los nombres y domicilios de las partes; el interés la persona asegurada; los riesgos asumidos; el momento desde el cual estos se asumen y el plazo; la prima o cotización; la suma asegurada; y las condiciones generales del contrato. Podrán incluirse en la póliza condiciones particulares. Cuando el seguro se contratase simultáneamente con varios aseguradores podrá emitirse una sola póliza”.

extraordinariamente amigables a la utilización de la contratación electrónica, digital o cualquier soporte distinto del papel.

En materia de actos jurídicos se establece que la expresión escrita puede hacerse constar en cualquier soporte, siempre que el texto sea inteligible aun por medios técnicos (10).

También se introduce el concepto de instrumentos privados, aquellos que se encuentran firmados, y los particulares no firmados, haciendo alusión a impresos, registros visuales o auditivos u otros registros (11); finalmente, se establece que el requisito de la firma queda satisfecho si se utiliza la firma digital (12).

En estas tres normas se concentra una visión del tema muy definido y contundente en el sentido de dar prevalencia a las modalidades de contratación que prescinden del papel, para dar vida a una nueva modalidad que, como ya he manifestado, acelera su desarrollo hasta límites desconocidos.

En este repaso por las normas del Cód. Civ. y Com. nos encontramos claramente con aquella que marca y define la inteligencia que subyace la mirada consagrada en el instrumento que referencia nuestro análisis.

(10) Art. 286, Cód. Civ. y Com.: “*Expresión escrita*. La expresión escrita puede tener lugar por instrumentos públicos, o por instrumentos particulares firmados o no firmados, excepto en los casos en que determinada instrumentación sea impuesta. Puede hacerse constar en cualquier soporte, siempre que su contenido sea representado con texto inteligible, aunque su lectura exija medios técnicos”.

(11) Art. 287, Cód. Civ. y Com.: “*Instrumentos privados y particulares no firmados*. Los instrumentos particulares pueden estar firmados o no. Si lo están, se llaman instrumentos privados. Si no lo están, se los denomina instrumentos particulares no firmados; esta categoría comprende todo escrito no firmado, entre otros, los impresos, los registros visuales o auditivos de cosas o hechos y, cualquiera que sea el medio empleado, los registros de la palabra y de información”.

(12) Art. 288, Cód. Civ. y Com.: “*Firma*. La firma prueba la autoría de la declaración de voluntad expresada en el texto al cual corresponde. Debe consistir en el nombre del firmante o en un signo. En los instrumentos generados por medios electrónicos, el requisito de la firma de una persona queda satisfecho si se utiliza una firma digital, que asegure indubitadamente la autoría e integridad del instrumento”.

Ella establece de manera general, aunque nos encontremos dentro del título de los contratos de consumo, que el requerimiento de la forma escrita debe considerarse satisfecho si está contenida en un soporte electrónico u otro similar (13).

La fórmula utilizada: “Siempre que en este Código o en leyes especiales se exija que el contrato conste por escrito...” me hace pensar que se trata de una formulación general que abarca un espectro mucho más amplio que el de los “contratos de consumo” y que se condice armónicamente con la contenida en el art. 288 del Cód. Civ. y Com.

Estas breves reflexiones permiten clarificar que toda la normativa empuja y sustenta la utilización del medio electrónico o digital o, para decirlo en una palabra, la “despapelización”, tal como fue utilizada en la obra “Un gobierno inteligente”, en este caso referido al Estado (14).

Pero, como en todo, en las leyes positivas, especialmente, aparecen nubarrones que parecieran oscurecer lo que parecía tan claro.

Me refiero a lo que se dio en llamar “la anomalía del art. 4º de la Ley de Defensa del Consumidor” (15).

(13) Art. 1106, Cód. Civ. y Com.: “Utilización de medios electrónicos. Siempre que en este Código o en leyes especiales se exija que el contrato conste por escrito, este requisito se debe entender satisfecho si el contrato con el consumidor o usuario contiene un soporte electrónico u otra tecnología similar”.

(14) CLUSELLAS, Pablo — MARTELLI, Eduardo — MARTELO, María José, “Un gobierno inteligente”.

(15) Art. 4º, LDC: “Información. El proveedor está obligado a suministrar al consumidor en forma cierta, clara y detallada todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes y servicios que provee, y las condiciones de su comercialización. La información debe ser siempre gratuita para el consumidor y proporcionada en soporte físico, con claridad necesaria que permita su comprensión. Solo se podrá suplantar la comunicación en soporte físico si el consumidor o usuario optase de forma expresa por utilizar cualquier otro medio alternativo de comunicación que el proveedor ponga a disposición. (Artículo sustituido por art. 1º de la ley 27.250, BO del 04/06/2016. Conforme pedido formal recibido por Nota de la Comisión de Defensa del Consumidor, del Usuario y de la Competencia de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación)”.

Esta norma, que había sido cambiada anteriormente en consonancia con las normas del Cód. Civ. y Com. ya citadas, en el año 2016 volvió a su anterior redacción, incorporando un concepto equívoco, que es el de “soporte físico”, en el contexto de la información que se le debe suministrar al consumidor.

Esto enfoca el análisis, por un lado, en que la norma solo aplica cuando el contrato se da en una relación de consumo y, por otro, en tratar de comprender qué es lo que entiende la ley cuando se refiere al “soporte físico”.

Es muy probable que los legisladores hayan pensado en una forma escrita o en papel, pero no es lo que dice la norma y, por lo tanto, no es posible darle fuerza de ley a lo que pensaron unos legisladores hace más de cinco años.

En una reciente clase del posgrado en Derecho del Seguro que dirijo en la Universidad Católica Argentina, el Prof. Carlos Schiavo analizó el tema sobre el significado del “soporte físico” y, de manera muy ocurrente, indicó las siguientes opciones: 1) escritos sobre papel (pulpa celulosa), con impresión degradable o no; 2) escritos sobre papel térmico o similar degradable; 3) escritos sobre plástico y otros materiales degradables o no; 4) impresiones gráficas, iconográficas en diversos medios; 5) sonoro analógico o digital, inalterable o no; 6) fílmico-video, analógico o digital inalterable o no; 7) gestuales-lenguaje de señas (cfr. art. 262, Cód. Civ. y Com.) (16).

Muchas veces el absurdo permite entrar en razones y entender que lo más importante de ese artículo no es la vía utilizada para suministrar información, sino que el proveedor está obligado a ser veraz, claro, detallista y a que efectivamente el usuario reciba toda la información que es esencial para la contratación.

Lo trascendente de la norma es el cumplimiento del deber en términos sensatos y razonables.

Cumplido el cometido, la vía por la cual la información se canalizó termina siendo intrascendente.

(16) SCHIAVO, Carlos A., en el Curso de Posgrado en Derecho del Seguro, Departamento de Posgrado de la UCA, clase del 23/04/2021.

De todos modos, no tengo dudas acerca de que la información que se suministra por vía digital es más segura y no tiene las limitaciones del papel.

Entre los parámetros de los arts. 1º y 2º del Cód. Civ. y Com. resalta la finalidad de la norma y, por lo tanto, a mi criterio, es lo que debe imperar para entender cómo debe jugar esta norma que genera controversias innecesarias (17).

Pero, finalmente, aun pensando que la norma dice “papel escrito” serían aplicables los arts. 286 y 1106 del Cód. Civ. y Com., que admiten soporte electrónico u otros similares, en la medida de su inteligibilidad.

Así vistas las cosas, pareciera que es correcto sostener, junto con doctrina en el mismo sentido (18), que esta anomalía no es tal y, por lo tanto, que no habría “discordancia” entre el Cód. Civ. y Com. y la LDC.

La importancia del deber de información, que es a lo que se dirige la norma, da la pauta de la interpretación coherente en un sensato diálogo de fuentes.

El otro aspecto que considero del caso comentar es el que se refiere a la modificación del primer párrafo del art. 11 de la ley 17.418 (19), en cuanto agrega como medio de prueba admitido a “... cualquier medio digital (...) si hay principio de prueba por escrito”.

(17) Art. 1º, Cód. Civ. y Com.: “*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 los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento”.

(18) SOBRINO, Waldo, “El deber de información, advertencia y consejo en materia de seguros”, LA LEY del 01/02/2017, año LXXXI, nro. 23.

(19) Art. 113 de la ley 27.444, del 18/06/2018.

Esta reforma no ha entendido que la forma escrita se encuentra cumplida cuando se utiliza cualquier soporte inteligible, conforme a los artículos ya citados; por lo tanto, el principio de prueba por escrito podrá ser cumplimentado de tal manera.

El que consignamos es un claro error de técnica legislativa, aunque me da la impresión de que el agregado obedeció a la intención de introducir en la ley especial alguna referencia al “medio digital”, aunque —a mi criterio— de manera sobrebundante e innecesaria.

De todas formas, es claro el panorama que nos ofrece la coherencia y complementación de las normas que vengo analizando.

V. El diálogo de fuentes en el contrato de seguro celebrado por medios digitales o electrónicos

Sentados los puntos precedentes, es posible avanzar sobre el marco legal que circunda la contratación digital en el contrato de seguro.

Como ya hemos visto, las normas aplicables no son más que aquellas que surgen del orden de prelación establecido en el Cód. Civ. y Com. (20), las normas indisponibles de la ley especial y del Cód. Civ. y Com., las particulares del contrato y supletorias.

Me estoy refiriendo a la Ley de Contrato de Seguro y al Cód. Civ. y Com., en lo pertinente a la LDC y demás legislación que resulte aplicable.

También se incluirán las emanadas del organismo de supervisión, contenidas en el Reglamento General de la Actividad Aseguradora (RGAA), normas en sentido material reglamentarias de la actividad.

Con el andamiaje jurídico legal que vengo desarrollando, ya podría afirmar que no existe obstáculo alguno para que el contrato de seguro

(20) Art. 963, Cód. Civ. y Com.: “*Prelación normativa*. Cuando concurren disposiciones de este Código y de alguna ley especial, las normas se aplican con el siguiente orden de prelación: a) normas indisponibles de la ley especial y de este Código; b) normas particulares del contrato; c) normas supletorias de la ley especial; d) normas supletorias de este Código”.

sea celebrado por medios digitales o cualquier otro distinto al papel.

Es posible afirmar que mediante una conversación telefónica en la cual ambas partes con representación suficiente expresen su voluntad, el contrato quedaría concluido sin que exista condicionamiento alguno para que sean efectivos los derechos y obligaciones de las partes.

Es necesario entender que es imprescindible la voluntad de la partes en la celebración, va de suyo, incluidos todos los elementos del acto voluntario que deben estar presentes.

Celebrado el contrato, las partes aceptan ingresar a un régimen contractual que contiene una estructura definida, principios como los analizados precedentemente e inclusive normas de carácter imperativo que no pueden ser modificadas por acuerdo de partes y otras que solo pueden serlo en favor de tomador y asegurado (21).

Este régimen complementa la voluntad de las partes y forma parte del contrato, con la plena vigencia del principio de presunción del conocimiento del derecho.

Por las razones expuestas, me animo a afirmar que tanto la propuesta como la aceptación pueden adoptar distintas formas de expresión y soportes, mas deberá aplicarse luego el marco legal referido a fin de considerar la eventual prueba del contrato.

Es por ello que la ley exige que se le entregue al tomador o asegurado el instrumento que contiene la totalidad de los detalles, que no es más que la póliza o, en su defecto, como ya comenté, un certificado de cobertura.

(21) Ley 17.418: “*Obligatoriedad de las normas*. Art. 158. Además de las normas que por su letra o naturaleza son total o parcialmente inmodificables, no se podrán variar por acuerdo de partes los arts. 5º, 8º, 9º, 34 y 38 y solo se podrán modificar en favor del asegurado los arts. 6º, 7º, 12, 15, 18 (segundo párrafo), 19, 29, 36, 37, 46, 49, 51, 52, 82, 108, 110, 114, 116, 130, 132, 135 y 140. Cuando las disposiciones de las pólizas se aparten de las normas legales derogables, no podrán formar parte de las condiciones generales. No se incluyen los supuestos en que la ley prevé la derogación por pacto en contrario”.

Respecto de este documento no hay mucho que decir, ya que debe contener la totalidad de los requerimientos que la ley establece y su aprobación por el organismo de control, en tanto se establece la necesidad de aprobación de las condiciones contractuales por parte de aquel (22).

En cuanto al soporte en el cual debe estar contenido este documento, resulta también de aplicación la totalidad de la normativa citada en párrafos anteriores, en tanto no es exigible, en modo alguno, su emisión en papel o en algún medio específico.

No ignoro que la emisión en soporte digital o electrónico implica una modificación a lo que años atrás era uso y práctica, hechos que hoy en día se vienen reduciendo, ya que la costumbre de abandonar el papel se incrementa día a día.

En este sentido, el organismo de control en la República Argentina estableció algunos lineamientos a fin de canalizar la relación entre asegurados y aseguradores y, para ello, incluyó expresas normas en el RGAA (23).

En cuanto a la oferta y comercialización, se establece el principio de que el asegurador es el responsable de la vía utilizada frente al tomador o asegurado; se incluye el principio de trato digno y equitativo, así como el deber de información.

Todo lo reglamentado implica un parafraseo de lo establecido en la LDC y el Cód. Civ. y Com., con ciertas adaptaciones al seguro, como los temas relativos al riesgo cubierto, la suma asegurada, el premio, la forma de pago y las exclusiones.

En particular, estas menciones serían también atendibles para el caso de que la contrata-

(22) Art. 23, ley 20.091: “Los aseguradores no podrán operar en ninguna rama de seguro sin estar expresamente autorizados para ello. *Planes, elementos técnicos y contractuales*. Los planes de seguro, así como sus elementos técnicos y contractuales, deben ser aprobados por la autoridad de control antes de su aplicación”.

(23) RGAA, puntos 23,24 y 25.

ción sea realizada de la manera tradicional en papel (24).

Saliendo del tema del contenido, en tanto no debería haber diferencias ya sea una u otra la vía de comercialización, es claro que toma relevancia la cuestión relativa a la entrega de la póliza, en la medida en que, si la norma general exige la entrega, será necesario definir qué se entiende por entrega de la póliza.

Considero que, desde la óptica de nuestro derecho de fondo, será la real puesta a disposición mediante sistemas idóneos e inteligibles para el tomador o asegurado de la totalidad del clausulado del contrato que rige los derechos y obligaciones de las partes.

Estos medios deberían garantizar, bajo responsabilidad del asegurador, la prueba del contrato y sus alcances.

Debo hacer una mención en este contexto: el asegurador, como entidad profesional cuyo objeto social se encuentra controlado (25), debe

(24) RGAA: “25.2.1. Las aseguradoras que utilicen medios de comunicación a distancia para la oferta y/o comercialización de seguros asumirán la responsabilidad frente al asegurable/tomador por todo proceso de oferta y/o comercialización. 25.2.2. En todo proceso de comercialización de seguros, debe garantizarse al asegurable/tomador un trato digno y equitativo cumpliendo con las siguientes condiciones: a) Identificación de la aseguradora y productor/agente institorio que interviene en la contratación, en caso de corresponder. b) Derecho a información clara, precisa y veraz acerca del seguro ofrecido, que deberá incluir información sobre el riesgo cubierto, sumas aseguradas, premio del seguro y forma de pago. c) Deberá advertirse que las pólizas contienen exclusiones y límites. d) En los seguros de personas que cubran el riesgo de fallecimiento, deberá informarse al tomador acerca del derecho a designar beneficiarios. En caso que la designación se efectúe por medios electrónicos, la aseguradora deberá adoptar los recaudos necesarios de seguridad para verificar la identidad de quien realiza la designación. e) Deberá obtenerse y conservar una grabación de la venta telefónica o bien el registro informático de la transacción, según corresponda, donde conste el consentimiento expreso de la contratación del tomador/asegurado. f) Cuando la venta es a distancia, el contratante deberá poder tener acceso en forma previa, a las condiciones contractuales de la póliza”.

(25) Art. 1º, ley 20.091: “El ejercicio de la actividad aseguradora y reaseguradora en cualquier lugar del territorio de la Nación, está sometido al régimen de la presente ley y al control de la autoridad creada por ella”.

llevar obligatoriamente registros de emisión, que son supervisados por la Superintendencia de Seguros de la Nación (SSN); estos no son más que la contrapartida de los contratos que emite y entrega en un único ejemplar al tomador o asegurado.

A tal punto que el tomador o asegurado tiene la facultad de solicitar la emisión de un duplicado (26), cuestión que devendría innecesaria una vez digitalizado el documento.

Lo que quiero significar es que la póliza no es la única prueba del contrato, ya que los registros del asegurador tienen una participación definitiva, en especial cuando hacen plena prueba de los términos de la contratación.

Pero, volviendo a la entrega de la póliza, el RGAA regula algunas cuestiones que intentan dar certeza a las partes.

Tan es así que el citado RGAA expresamente acepta la entrega electrónica (27), requiriendo la capacidad del medio para la lectura y la posibilidad de un enlace para la descarga.

Asimismo, se acepta el envío por correo electrónico al domicilio denunciado por el tomador o asegurado, o la descarga desde una página web o por la utilización de aplicaciones móvi-

(26) Ley 17.418: “*Duplicaciones de declaraciones y póliza*. Art. 14. El asegurado tiene derecho, mediante el pago de los gastos correspondientes, a que se le entregue copia de las declaraciones que formuló para la celebración del contrato y copia no negociable de la póliza”.

(27) RGAA: “25.3.1.c) *Constancia de la entrega de documentación por medios electrónicos*: La documentación deberá remitirse a través de un medio electrónico que permita su lectura, el cual debe incluir el enlace para su descarga. La entrega por medios electrónicos puede efectuarse a través de: I. Envío de la documentación por correo electrónico del asegurado y/o tomador, que debe ser declarado al momento de solicitar la contratación, sea esta en forma personal o por medios electrónicos. II. Puesta a disposición en la página web de la aseguradora, cuya dirección debe constar en los formularios de propuesta del seguro o en la página web por la cual, el asegurado y/o tomador haya solicitado la contratación de la póliza. III. Puesta a disposición a través de aplicaciones móviles, que deben ser indicadas por la aseguradora al momento de la contratación de la póliza. La entrega de su póliza y/o endosos a través de medios electrónicos no impide la solicitud de la documentación física, si el asegurador o tomador lo requiere”.

les que deben ser indicadas al momento de la contratación.

Finalmente, la SSN vuelve a la posibilidad de que el tomador o asegurado tenga la facultad de solicitar la documentación física.

El supervisor incurre en el mismo error que el ya comentado art. 4º de la LDC, que es la cuestión del documento físico.

Si se emitió un documento digital, el único que tiene validez es este, y no otro; si se le da forma física o, mejor dicho, en papel, será una representación del original, que es digital, esto es, una mera impresión.

En materia probatoria, el soporte digital en concordancia con los registros del asegurador hará prueba del contrato, aun en discordancia con un soporte distinto al elegido, en este caso, el papel.

Así como se impone al asegurador la responsabilidad por el medio de comercialización elegido, la SSN agrega en el Reglamento algunas cuestiones relativas a la inalterabilidad de los documentos emitidos y su conservación, aun cuando asuman la forma de soporte digital, lo que a mi juicio resulta razonable y, en cierta medida, no solo protege al tomador o asegurado de toda incertidumbre en cuanto a la conservación de sus derechos, aun cuando la posesión del medio digital debería ser suficiente, sino que, además, releva de contingencias posibles al asegurador, dando un marco a los necesarios requisitos de la operación establecidos a nivel reglamentario (28).

(28) RGAA: “25.3.2. Las aseguradoras que utilicen los medios electrónicos conforme lo dispuesto en el inc. c) del punto 25.3.1 deberán contar con una página web institucional, mediante la cual en su página de inicio y de manera fácilmente visible se brinde la información acerca de la forma de requerir copia de la póliza u otra documentación contractual, efectuar una denuncia de siniestro, acceder al servicio de atención al asegurado y solicitar la rescisión del seguro. 25.3.3. Las aseguradoras deben garantizar la inalterabilidad de los contenidos de la información emitida, remitida, transferida o publicada por los procesos de medios electrónicos, particularmente en lo referido a las fechas y numeración correlativa de emisión. Asimismo, deben adoptar los recaudos necesarios para garantizar la seguridad y confidencialidad de la información procesada por medios electrónicos con sus

Asimismo, se establece la obligación de contar con una página web institucional que facilite al tomador o asegurado la interacción por dicha vía y —va de suyo— acceder a las condiciones de su contrato, la existencia de un servicio de atención al asegurado y, especialmente, la posibilidad de rescindir el contrato por la misma vía por la que lo celebró —en este caso, la digital—, en concomitancia con el conocido botón de arrepentimiento establecido por resolución de la Secretaría de Comercio Interior (29) en el año 2020.

Resulta claro que, si a esta altura me remonto a la revisión normativa del principio de este trabajo, la contratación digital o electrónica es compatible y a medida de la operación de seguro, con mayores seguridades y garantías que el método tradicional que implicaba la utilización del papel.

VI. Validez del documento. Firma

Todas las consideraciones realizadas en los puntos precedentes no provienen de un desvarío abstracto y de laboratorio, ya que, como dije al principio, una tendencia generalizada opta por la contratación “despapelizada”, y ello no solo ha tenido su correlato en las normas precedentes de la ley 17.418, del Cód. Civ. y Com. y de la SSN, sino que, además, ha tenido implementaciones que han dado al marco una mayor seguridad.

Quiere decir que parecería que el marco regulatorio acompaña a la transformación.

El uso de la póliza digital y electrónica ha sido adoptado en la mayoría de los ramos de seguros, apoyado especialmente, en cuanto a su seguridad, en el sistema que permite a las entidades enviar todas las pólizas que ellas emiten a la SSN, para su registro.

Este proceso fue iniciado por la res. SSN 503/2018, que establece la Gestión Documental Electrónica (GDE), para luego implementar el

asegurados. 25.3.4. Las aseguradoras deben conservar y poner a disposición de esta SSN, las constancias que respalden la entrega de la documentación al asegurado, cualquiera sea el medio utilizado.”

(29) Secretaría de Comercio Interior, res. 424/2020.

Generador de Documentos Oficiales (GEDO), que permite generar, registrar y archivar todos los documentos oficiales electrónicos necesarios para vincularlos a una actuación.

Lo establecido por el dec. 894/2017, que modificó la reglamentación de la Ley de Procedimientos Administrativos, y por el dec. 733/2018, que dispuso: “La totalidad de los documentos, comunicaciones, expedientes, actuaciones, legajos, notificaciones, actos administrativos y procedimientos en general, deberán instrumentarse en el Sistema de Gestión Documental Electrónica —GDE—, permitiendo su acceso y tramitación digital completa, remota, simple, automática e instantánea, excepto cuando no fuere técnicamente posible...”

Del primer decreto mencionado resulta relevante resaltar lo previsto en el art. 16, en los incs. d) y e), en cuanto ordenan la digitalización de toda presentación en papel y consideran lo digitalizado como original y con total eficacia probatoria (30).

Además, de acuerdo con lo previsto en el Manual de Usuario: “Módulo generador electrónico de documentos oficiales” emitido por la Presidencia de la Nación —Ministerio de Modernización— en el mes de junio del 2017: “Una vez firmado, el sistema cierra el documento con la

estampa de la numeración, el sello del usuario firmante y el sello del servidor”.

En este contexto, no puede dejarse de lado lo previsto en el art. 289 del Cód. Civ. y Com., en cuanto extiende el concepto de instrumento público a los otorgados por funcionarios públicos con los requisitos que establecen las leyes (31).

No obstante lo expuesto, existen dos cuestiones ya analizadas en este trabajo y que surgen expresamente de los extremos que fija el ya aludido art. 11 de la ley 17.418, en cuanto a la entrega de la póliza y a la firma.

En lo que se refiere a la primera cuestión, la SSN estableció claramente en el RGAA las vías por las cuales podían ser entregadas las pólizas, y específicamente estableció en el inc. c) del punto 25.3.1 del RGAA la entrega por medios electrónicos, brindando un amplio abanico de opciones que ya fueron analizadas detalladamente.

Por lo tanto, no hay duda sobre la licitud de la entrega electrónica, cuya plasmación en el RGAA se condice con las normas del Cód. Civ. y Com. y de la Ley de Contrato de Seguro ya comentada.

En cuanto al requisito de la firma, si bien la solución reglamentaria es anterior a la vigencia del Cód. Civ. y Com., es compatible en su totalidad con las normas que vengo citando, cumpliendo el principio interpretativo del diálogo de fuentes.

En este punto debe recordarse el principio de responsabilidad del asegurador por la vía de comercialización elegido y el registro de emisión supervisado.

Las pólizas deben ser firmadas por el representante legal o el apoderado designado; en ambos casos, el asegurador queda obligado por el contrato suscripto.

(31) Art. 289: “*Enunciación*. Son instrumentos públicos: a) las escrituras públicas y sus copias o testimonios; b) los instrumentos que extienden los escribanos o los funcionarios públicos con los requisitos que establecen las leyes; c) los títulos emitidos por el Estado Nacional, provincial o la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, conforme a las leyes que autorizan su emisión”.

(30) Art. 16, dec. 894/2017: “... d) Los documentos presentados en soporte papel ante la Administración deberán ser digitalizados de acuerdo con la normativa vigente, por las Mesas de Entradas para su incorporación al expediente electrónico, devolviéndose los originales al interesado, previa constatación de su carácter de original o de copia autenticada, sin perjuicio de aquellos supuestos en que la norma determine la custodia por la Administración de los documentos presentados o resulte obligatoria la presentación de objetos o de documentos en un soporte específico no susceptibles de digitalización. La digitalización del documento realizada de acuerdo con los procedimientos establecidos en la normativa vigente y su vinculación al Sistema de Gestión Documental Electrónica importa su autenticación siendo responsabilidad del personal interviniente la verificación del instrumento. e) Todo documento electrónico firmado digitalmente en el Sistema Electrónico de Gestión Documental tendrá carácter de original, y los reproducidos en soporte electrónico a partir de originales de primera generación en cualquier otro soporte, digitalizados de acuerdo con el procedimiento que establezca la normativa aplicable serán considerados originales y tendrán idéntica eficacia y valor probatorio que sus equivalentes en soporte papel”.

En función de la masividad de los contratos, la SSN autorizó la utilización de la firma facsimilar bajo determinadas condiciones, entre ellas la renuncia a oponer defensas relacionadas con la falsedad o inexistencia de firma (32).

Lo expuesto significó que en casi todos los ramos se utilizara este sistema, que hoy viene a reforzarse con la registración que se realiza de cada póliza en la SSN mediante los sistemas GDE y GEDO, ya mencionados.

En estas condiciones, una póliza emitida en papel o digitalmente obliga al asegurador, y se trata de un documento que hace plena prueba y permite al tomador y asegurado ejercer los derechos que le corresponden con certeza.

A los efectos de dar mayor seguridad a asegurados y beneficiarios en lo que se refiere al documento que se emite, este debe ser firmado digitalmente por un apoderado con firma digital registrada o, lo que es lo mismo, ingresar la firma facsimilar registrada.

El documento digital es enviado a la SSN bajo las plataformas GDE y GEDO citadas, y ello da al documento un nivel de certeza apropiado, ya que la póliza obra en un registro del supervisor estatal.

Por otro lado, quien realiza el trámite de envío debe tener su firma registrada en la SSN, de acuerdo con lo previsto en el punto 7.5 del RGAA, la que puede coincidir o no con la que se incluye en el documento (33).

(32) RGAA: “7.8. *Firma facsimilar para suscribir pólizas*. La utilización de firma facsimilar para suscribir pólizas debe tratarse y aprobarse en el acta de directorio, acta del consejo de administración o por decisión del representante legal inscripto en caso de sucursales extranjeras, según corresponda, consignando las personas facultadas para ello, con expresa renuncia a oponer defensas relacionadas con la falsedad o inexistencia de firma. En el frente de las pólizas así firmadas debe incluirse el siguiente texto: ‘La presente póliza se suscribe mediante firma facsimilar conforme lo previsto en el punto 7.8 del Reglamento General de la Actividad Aseguradora’.”

(33) “7.5. *Registro único de firmas autorizadas*. 7.5.1. Las tramitaciones administrativas que deban cumplir las entidades únicamente podrán ser llevadas a cabo por las personas expresamente designadas a tal efecto. La referida designación deberá ser ejercida, exclusivamente por su presidente o representante legal, debiéndose

De tal forma, el sistema establecido por la ley y la reglamentación daría plena certeza a tomadores o asegurados de la veracidad de las firmas, al encontrarse registradas ante un órgano estatal.

En conclusión, la póliza digital con firma digital y registración mediante el sistema GEDO cumple con los parámetros de certeza contractual más que suficientes para que los tomadores o asegurados puedan ejercer válidamente los derechos que emanan del documento emitido, y cumple con los extremos que establecen las normas legales y reglamentarias en materia aseguradora.

Este sistema, en la medida en que se mantiene su implementación, producirá los efectos explicados, pero no debe olvidarse que, aun fuera de este sistema, una póliza emitida requiere su inclusión en los registros de emisión, y su envío al tomador o asegurado en un soporte digital hace plena prueba en virtud de la responsabilidad que le impone al asegurador el RGAA.

Por lo tanto, de una u otra forma, el requisito de la firma, a mi criterio, se encuentra cumplido.

VII. Comentarios adicionales: consecuencias de la utilización del sistema

Es claro que la contratación digital dispara ciertas consecuencias que —entendiendo— sería

justificar su personería con los pertinentes documentos habilitantes con certificación notarial. 7.5.2. A los efectos señalados en el punto precedente, las entidades deberán remitir el formulario que se acompaña como ‘Anexo del punto 7.5.2., formulario 1); cumplimentando todos los datos con la firma del representante legal y los funcionarios que se autoricen para actuar ante esta repartición en nombre y representación de las mismas. Similar procedimiento se deberá observar en los casos de sustitución de tales personas, para lo cual la comunicación del pertinente reemplazo deberá ser diligenciada dentro del plazo de cuarenta y ocho [48] horas, desde que opere aquel, cumplimentando el formulario que se acompaña como ‘Anexo del punto 7.5.2., formulario 2)’. 7.5.3. La Gerencia de Autorizaciones y Registros tendrá a su cargo la verificación del cumplimiento de lo dispuesto en los puntos 7.5.1 y 7.5.2. A tales fines mantendrá un registro único y sistematizado de las personas que se hallen debidamente autorizadas, de conformidad con lo establecido en el presente Reglamento, para efectuar gestiones, diligenciamientos y/o cualquier otro trámite ante esta SSN, con indicación expresa de los datos personales que permitan la identificación fehaciente de las mismas”.

interesante comentar antes de concluir con el presente trabajo.

Algunas cuestiones ya fueron comentadas, y en especial el punto que reitero sin miedo a ser redundante: la responsabilidad del asegurador por la herramienta de comercialización que propone.

En caso de tratarse de contratos celebrados en el contexto de una relación de consumo, deben observarse las normas ya referidas en cuanto al deber de información, en tanto supone una obligación que pone en cabeza del asegurador, que debe suministrar los datos esenciales de la contratación, mas las partes quedan luego sujetas al régimen que estatuye la ley especial y las demás aplicables.

El deber de información tiene su correlato en la razonabilidad de los extremos que necesariamente deben ser suministrados al tomador o asegurado, teniendo en cuenta la importancia del contrato como límite de la prestación.

No dudo acerca de que una estructura más simple y una redacción más coloquial mejorarían el nivel de comprensión de los clausulados, y este es un tema en el cual debería trabajarse a la brevedad.

De todos modos, en materia de seguros, el deber de información puede ser directo por parte del asegurador o con la intervención de intermediarios (productores y asesores de seguros), que con su saber específico deben cumplir con la norma que claramente les alcanza.

Esta duplicación de obligados debería favorecer al contratante.

También merece la pena comentar el ya más que comentado “derecho a revocación” en los contratos celebrados a distancia, lo que sería el caso del contrato de seguro celebrado por vía digital.

El Cód. Civ. y Com. establece un plazo de 10 días para ejercer el derecho y, a mi modo de ver, el instituto se superpone con la posibilidad de rescisión unilateral sin expresión de causa, incluida en la casi totalidad de los contratos de

seguros patrimoniales, en función de lo previsto en el art. 18 de la ley 17.418 (34).

En virtud de esta norma, las partes pueden acordar la rescisión unilateral sin expresión de causa, imponiéndosele al asegurador un preaviso de 15 días, lo que parece más que razonable a fin de que el asegurado tenga tiempo suficiente para encontrar cobertura en otro asegurador.

Comparadas las dos normas, tengo por muy claro que la cláusula incluida en el contrato debe aplicarse prioritariamente, ya que amplía un derecho establecido en el Cód. Civ. y Com. y patentiza lo regulado por la ley 17.418.

La ampliación consiste en que el tomador o asegurado puede rescindir en cualquier momento el contrato, y en la revocación tiene solo un plazo de 10 días desde la celebración —en este caso, la aceptación en virtud del carácter consensual del contrato—.

Quedaría por analizar sus efectos antes de la rescisión, y en este caso es muy clara la ley: el tomador o asegurado debe hacerse cargo del período de cobertura corrido.

Ahora bien, si por vía de hipótesis entendiéramos que se aplica la revocación prevista en el Cód. Civ. y Com., es claro que nos encontraríamos en presencia de la imposibilidad de devolución del riesgo corrido y, por lo tanto, siempre ese período deberá cargarse al tomador o asegurado.

Va de suyo que todo siniestro ocurrido antes de la rescisión o revocación será amparado por el asegurador.

(34) Art. 18, ley 17.418: “La responsabilidad del asegurador comienza a las doce horas del día en el que se inicia la cobertura y termina a las doce horas del último día del plazo establecido, salvo pacto en contrario. *Cláusula de rescisión.* No obstante el plazo estipulado, y con excepción de los seguros de vida, podrá convenirse que cualquiera de las partes tendrá derecho a rescindir el contrato sin expresar causa. Si el asegurador ejerce la facultad de rescindir, deber dar un preaviso no menor de quince días y reembolsará la prima proporcional por el plazo no corrido. Si el asegurado opta por la rescisión, el asegurador tendrá derecho a la prima devengada por el tiempo transcurrido, según las tarifas de corto plazo”.

Es claro que, en particular, la norma del Cód. Civ. y Com. sobre revocación no fue hecha para el seguro.

VIII. Conclusión

En conclusión, el marco regulatorio existente permite y promueve la contratación digital; no

tengo dudas acerca de que el sistema es perfectible y que con el avance de la tecnología sería del caso evolucionar hacia reglamentaciones aún más amigables para esta forma de contratación, quedando para los expertos informáticos la responsabilidad de brindar las mayores seguridades en pos de la mayor difusión y certeza para todos los participantes del sistema.

SOCIEDADES

DOCTRINA

Uruguay: seguridad jurídica en materia societaria en contexto de pandemia

Flavia Mazzucco (*)

La mayoría de la gente ve lo que es, y nunca ve lo que puede ser.
Albert Einstein.

La lamentable situación mundial de pandemia no solo ha significado la pérdida de millones de vidas y un duro golpe a la institución familiar, sino que se han visto afectadas las economías de los países, y en especial la de aquellos que tomaron medidas más restrictivas de la movilidad, que han anesthesiado la economía, repercutiendo de forma negativa en la figura de los empresarios, emprendedores y trabajadores, y también afectando las inversiones extranjeras, dado que la seguridad jurídica ha sido puesta en tela de juicio.

En Uruguay, en la órbita del derecho societario, la pandemia trajo consecuencias jurídicas, esto es: se ha presenciado un cúmulo de sociedades anónimas que han devenido acéfalas, a causa del fallecimiento de la figura del único director.

Y, más allá de lo que es la materia societaria, no debe dejarse de lado que detrás de estos tipos societarios muchas veces hay un negocio familiar de muchos años de duro trabajo y buenas decisiones.

En dicho contexto, la operativa de las sociedades anónimas que han devenido acéfalas constituyó un grave problema en nuestro país, teniendo presente que son muchos los hermanos argentinos que adquieren y constituyen sociedades anónimas uruguayas, ya sea

para invertir en nuestro país o como forma de estructurar su patrimonio, en el entendido de que Uruguay se ha caracterizado por tener una plaza financiera segura, así como un marco jurídico estable.

En materia societaria, tanto Uruguay como la Argentina centran sus estructuras jurídicas básicamente en tres tipos sociales: la sociedad de responsabilidad limitada, la sociedad anónima y las sociedades por acciones simplificadas (en adelante, SRL, SA y SAS, respectivamente).

En la Argentina, las SA están reguladas en la ley 19.550 de 1984, y las SAS fueron creadas por la ley 27.349 de 2017; encontramos las homónimas uruguayas en la ley 16.060, que regula la SRL y la SA, y en la ley 19.820, que creó las SAS uruguayas, como fomento al emprendimiento.

Es menester agregar que en nuestro país son muchos los inversionistas argentinos en lo que a proyectos de inversión se refiere, así como en la adquisición de propiedades y desarrollo de actividades comerciales; y en vuestro país las SAS no fueron un vehículo tan atractivo ni que haya resaltado entre las diversas figuras jurídicas reguladas en materia societaria.

Sin embargo, en Uruguay, si bien en un primer momento las SAS se pensaron para emprendimientos de pequeño y mediano porte, terminaron siendo un tipo societario elegido por grandes empresarios, atento a su bajo costo de adquisición y a su adecuamiento a la nueva era digital.

(*) Doctora en Derecho y Ciencias Sociales. Encargada del Departamento Jurídico Societario de Estudio Vignoli Laffitte Lublinerman, Montevideo, Uruguay.

Por lo tanto, desde la creación de las SAS en nuestro país, dicho vehículo societario ha estado en el centro de la palestra jurídica en materia societaria.

Sin embargo, la figura de la sociedad anónima clásica, sea con acciones nominativas o al portador, sigue teniendo adeptos tanto locales como extranjeros, dada la certeza jurídica que han brindado durante años tanto su adquisición como todo lo que a reformas implica: aumentos de capital, integraciones, etcétera.

Si bien algunos sosteníamos que en parte se había desnaturalizado su esencia, específicamente respecto a las acciones al portador, con la obligación de comunicar los datos de los titulares de participaciones patrimoniales al Banco Central del Uruguay (1), aunque dicha información sea reservada, no puede hacerse la vista a un lado acerca de que, a partir de la suscripción del Tratado Multilateral de Intercambio de Información Financiera con Fines Fiscales propuesto por la OCDE (2) y el G20 (3), esto ha significado el advenimiento del fin del secreto bancario y, por ende, del anonimato, en este mundo globalizado, por lo que el secretismo ha llegado a su fin.

El Grupo de los 20, o G20, es un foro internacional que reúne a los jefes de Estado y Gobierno, ministros de Finanzas y presidentes de Bancos Centrales de las diecinueve principales economías del mundo, incluyendo a Alemania, Arabia Saudita, Argentina, Australia, Brasil, Canadá, China, Corea del Sur, Estados Unidos, Francia, India, Indonesia, Italia, Japón, México, Reino Unido, Sudáfrica y Turquía; junto con la Unión Europea, representada como tal; estar incluido en ese elenco no solo significa un peso económico, sino que los países que participan en el G20 lo hacen también por su peso estratégico a nivel global o regional (4).

(1) Ley 18.930 de Convergencia Técnica en Materia de Transparencia Fiscal Internacional, del 27/07/2012.

(2) Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico.

(3) Véase <https://www.g20.org/es/g20/que-es>.

(4) MERKE, Federico — ZACCATO, Carolina, “Introducción: el G20 en tiempos inciertos”, *Pensamiento Propio*, Argentina, p. 15.

De todas formas, se ha vislumbrado que, si bien se ha suscrito, asimismo, un Tratado Bilateral de Intercambio de Información y para Evitar la Doble Imposición Fiscal entre la Argentina y Uruguay, llevar a la práctica el intercambio de dicha información por parte de las Administraciones Fiscales competentes es otra historia.

Volviendo a la materia societaria, y dejando de lado mi pasión por la fiscalidad internacional, nuestro país no solo elaboró normas con beneficios tributarios que apuntan directamente a hacernos atractivos frente a nuestros hermanos argentinos (5), sino que en la última Ley de Presupuesto se *aggiornò* o, mejor dicho, se adaptó la figura de la sociedad anónima, a efectos de que responda a las necesidades actuales de acuerdo con el contexto de pandemia, y esto es: a la limitación de la movilidad de las personas por el cierre de fronteras, y a las sociedades que han quedado acéfalas por fallecimiento del único director.

En efecto, la nueva ley uruguaya 19.924 de Presupuesto, promulgada el 18/12/2020, ha introducido modificaciones a los artículos relevantes en materia de SA de la ley 16.060 de Sociedades Comerciales (en adelante, “LSC”), que no solo han mejorado este tipo social y lo han adaptado a los tiempos que corren, sino que, además, han resuelto un gran problema que se ha suscitado durante años: los casos en que las SA quedan acéfalas por falta de director.

Los cambios fundamentales en materia de SA son respecto a dos cuestiones que a nuestro criterio brindan soluciones jurídicas: en primer lugar, respecto a la celebración de las asambleas

(5) Ley 19.937 de Residencia Fiscal, del 12/01/2021: “Artículo único. Las personas físicas que hayan hecho uso de la opción prevista en el art. 6° bis del tít. 7 del texto ordenado 1996, en la redacción dada por el art. 1° de la ley 18.910, de 25/05/2012, podrán optar por tributar el impuesto a las rentas de los no residentes, por hasta un plazo máximo de diez ejercicios fiscales contados desde el año civil siguiente a que obtuvo la residencia fiscal en las mismas condiciones establecidas en el art. 1° de la ley 19.904, de 18/09/2020, siempre que acrediten haber adquirido un inmueble por un valor superior a UI 3.500.000 (tres millones quinientas mil unidades indexadas) a partir de la vigencia de la presente ley y registren en el país una presencia efectiva durante el año civil de al menos 60 (sesenta) días calendario”.

de accionistas (6) y, en segundo lugar, la eliminación de la necesidad de la convocatoria previa a asambleas con sus respectivas formalidades de antaño (7).

En lo que se refiere a la celebración de asambleas de la SA, antes de la precitada Ley de Presupuesto dichas sociedades estaban obligadas a realizar la convocatoria a asamblea con todas las formalidades del caso, y debían celebrarse de forma presencial en el domicilio de la socie-

(6) Art. 340, ley 16.060: “*Concepto, resoluciones y celebración.* Las asambleas de accionistas estarán constituidas por estos, reunidos en las condiciones previstas por la ley y el contrato social en la sede social o en otro lugar de la misma localidad en caso de ser presenciales. Asimismo, se podrán realizar por videoconferencia o por cualquier otro medio de comunicación simultánea que brinden certeza sobre la identidad de los participantes, así como respecto a la conexión bilateral o plurilateral en tiempo real en imagen y sonido de los asistentes en remoto. Las actas correspondientes a estas deliberaciones deberán elaborarse y asentarse en el libro respectivo dentro de los treinta días siguientes a aquel en que concluyó la asamblea, dejando expresa constancia del medio de comunicación utilizado. No se requerirá en este caso la firma del accionista asistente en el Libro de Registro de Asistencia de Accionistas a las Asambleas, debiendo dejarse expresa constancia que la asistencia fue por medio virtual. Sus resoluciones, en los asuntos de su competencia, obligarán a todos los accionistas, aun disidentes y ausentes, cuando hayan sido adoptadas conforme a la ley y al contrato. Deberán ser cumplidas por el órgano de administración”.

(7) Art. 348, ley 16.060: “*Convocatoria en sociedad anónima cerrada.* Tratándose de sociedades anónimas cerradas, la convocatoria a las asambleas podrá efectuarse mediante citación personal fehaciente al accionista, en el domicilio registrado por este en la sociedad a tal efecto. Para este tipo de sociedades no será necesaria la convocatoria, cuando asistan accionistas que representen el 100% del capital integrado”.

dad; a diferencia de las SAS, que no requerían dicho requisito, ya que las asambleas podían realizarse de forma virtual, existiendo, asimismo, la autoconvocatoria de los accionistas por unanimidad para la celebración de aquellas.

Los cambios se han vislumbrado en la órbita de la SA, y más específicamente en lo que a la celebración de las asambleas de accionistas se refiere.

Respecto a estas, actualmente dichas asambleas podrán celebrarse por videoconferencia o cualquier otro medio de comunicación simultánea que brinde certeza de la identidad de los participantes —dejándose constancia de ello en el acta dentro de los 30 días siguientes—.

En lo que tiene que ver con la convocatoria a las asambleas, permite la celebración sin previa convocatoria, siempre que asistan los accionistas que representen el 100% del capital integrado, evitando así las formalidades que existían antes y resolviendo el problema de las sociedades que quedaban acéfalas por falta de director, pudiendo nombrarse de esta forma una nueva persona en el cargo.

Por tanto, a fin de brindar más seguridad jurídica y adecuarse al contexto y las necesidades de los accionistas de las SA y de aquellos que viven en el extranjero, estos cambios vienen a dar soluciones en el actual contexto.

La seguridad jurídica es un camino. La globalización trajo una nueva era en la comunicación, y también esa invisibilidad en las fronteras, ese acercamiento, facilitó que todos suframos esta pandemia; sin embargo, no todos transitamos el mismo camino.

Planificación de la sucesión en las empresas familiares: el pacto de herencia futura como herramienta para prevenir y solucionar conflictos

Facundo J. San Lorenzo

Sumario: I. Introducción. — II. “Pacto de Herencia Futura”. — III. Análisis descriptivo de la excepción del pacto de herencia empresarial futura. — IV. Conceptualización. — V. El rol del abogado como coordinador interdisciplinario en la empresa familiar. — VI. Conclusión.

I. Introducción

Como todos sabemos, el deceso de cualquier persona humana tiene como principal consecuencia jurídica que el patrimonio, entendido este como un todo ideal inherente a toda persona humana, sea transmitido a los herederos forzosos. Esta transmisión puede resultar de la ley, o bien por disposición voluntaria del difunto.

La transmisibilidad de los bienes, derechos y obligaciones, que descansa sobre el hecho biológico de la muerte, se encuentra condicionada por dos factores sociales de contenido variable: por un lado, la organización, titularidad y distribución de la propiedad; y, por otro lado, la organización y estructura de la familia.

Los problemas y controversias que rodean y se entrecruzan en la llamada “empresa de familia” no siempre son sencillos y en más de una oportunidad sobresalen o sobrepasan una complicada madeja de conflictos que superan al expediente judicial, al tribunal y a los propios abogados.

Desde una perspectiva, estamos ante una organización jurídica que ensambla dos institu-

ciones con valores no siempre coincidentes: la empresa y la familia.

En la vida familiar existe un amplio campo regulado por el derecho y otro amplio panorama de la vida familiar ajeno al derecho. Este punto de fricción entre lo jurídico y lo no jurídico es donde se encuentran muchas de las particularidades de la empresa familiar.

La temática de la “empresa familiar” en nuestro país posee escaso reconocimiento desde el ámbito del derecho, enunciado que resulta paradójico en comparación con la gran trascendencia mundial que le es otorgada.

Desde el punto de vista social, las empresas familiares son más consistentes, puesto que soportan mejor las crisis económicas debido a su vocación de permanencia, tienden a generar mano de obra intensiva y estable, y a realizar inversiones a largo plazo sin la compulsión de ganancias inmediatas.

Desde otro punto de vista, la importancia ética de la empresa familiar es evidente y resulta de los propios valores de la familia: afecto, unión, confianza, protección, educación, transmisión cultural, esfuerzo y solidaridad.

Resulta imperioso resaltar que las empresas familiares se configuran, en estos días, como uno de los motores más eficaces de la economía argentina, muy vapuleados por esta pandemia que asoló el mundo.

En nuestro país se estima que el 90% de las pymes son familiares y, de acuerdo con el Club Argentino de Negocios de Familia (CANAF), mueven el 70% del empleo privado y generan el 68% del PBI (1).

Si bien no existe norma que las defina o regule, se considera que estas son las que están “compuestas en su totalidad o en porción mayoritaria del capital social por el grupo constituido por cónyuges, descendientes, ascendientes o colaterales hasta el segundo grado”, y aunque no hay estadísticas precisas, las investigaciones coinciden en que el 65% muere en el traspaso hacia la segunda generación; un 25% muere antes de llegar a la tercera; solo el 9% llega a los nietos, y únicamente el 1% alcanza la cuarta generación.

Adviértase aquí el altísimo número de empresas familiares en la Argentina que, luego de la tercera generación, exponen tendencia al quebranto, debido a innumerables causas, entre otras: la incorporación de personas que no la integraban al momento de su fundación o de otras que no pertenecían al grupo familiar (parientes por afinidad) o de quienes no hicieron o no apreciaron el esfuerzo de sus fundadores (2), y que pueden no tener mayor interés en el negocio o tener como única intención la de liquidarlo (3). Todas estas circunstancias conducen a disputas y conflictos que se desarrollan en el marco de una empresa familiar.

Aquí es donde encontramos el mayor punto de conflictividad en nuestro tema a desarrollar, y es cómo determinar el patrimonio del futuro causante sin que ello implique la destrucción de la unidad organizativa de la

empresa, la persistencia de ciertos valores familiares y la continuidad de la gestión de la empresa familiar.

Por su parte, la muy limitada jurisprudencia existente que ha considerado el tema de la “sociedad de familia” como tal se refiere a cuestiones societarias y laborales, y en pocas ocasiones se ha asignado una solución especial y tutelar de su continuidad (4).

La ausencia de regulación legal y la falta de proteccionismo estatal sobre la empresa familiar han llevado, en la práctica, a su reglamentación por vía contractual por parte de los miembros de la familia y de la empresa.

Esto ha dado lugar a una práctica instrumental pormenorizada y minuciosa, consistente en la inserción de diversas cláusulas en contratos, estatutos societarios, redacción de reglamentos, pactos de accionistas, convenios privados, fideicomisos y testamentos; todos ellos tendientes a reglamentar las relaciones entre la familia y la empresa a fin de procurar una ordenada sucesión de la propiedad y de la gestión social (5).

Aquí es donde resaltamos la importancia de la planificación sucesoria de las empresas familiares, puesto que importará determinar cómo continuará la vida de esta persona de existencia ideal (en caso de que sea una persona jurídica) o, en todo caso, la organización productiva, una vez fallecido el fundador de esta.

Esta planificación importa un gran trabajo previo, que excede el marco jurídico, puesto que se encuentran en juego muchos intereses, patrimoniales y extrapatrimoniales, que tienen raigambre en el derecho crediticio, contractual, societario, impositivo, así como también en el derecho de familia.

Desde otro punto de vista totalmente diferente, el tema de la empresa de familia resulta apasionante por su carácter interdisciplinario,

(1) *La Nación* del 29/07/2015.

(2) LORENZETTI, Ricardo L. (dir.), “Código Civil y Comercial de la Nación comentado”, 1ª ed., Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015, t. V, ps. 740/1.

(3) BUERES, Alberto J. (dir.), “Código Civil y Comercial de la Nación”, 1ª ed., Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2014, t. I, p. 583.

(4) FAVIER DUBOIS, Eduardo M. (h.) (dir.), “La agenda jurídica de la empresa familiar”, 1ª ed., Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2010, ps. 108 y ss.

(5) FAVIER DUBOIS, Eduardo M. (h.) (dir.), “La agenda jurídica de la empresa familiar”, ob. cit., p. 112.

puesto que el fenómeno de la empresa familiar no solo reúne elementos propios de la administración de empresas y del derecho, sino también de la economía, psicología, sociología, de la ética, del *counseling*, de la dinámica de grupos, de la mediación, de la negociación y hasta de la religión.

Es decir que el tema convoca a profesionales de muy diversos ámbitos y distintas especialidades, hacia un objetivo de lograr una buena relación de las empresas con la familia, como un modo de procurar la sustentabilidad de ambas, no solo en lo económico y jurídico, sino también en lo relacional y afectivo (6).

Los datos propiciados al inicio convencen de la importancia de preservar las empresas familiares y de evitar mediante la legislación los conflictos que estas producen.

Adentrándonos de a poco en la temática que delimitamos en nuestro marco teórico, decimos que, como regla general, en la legislación argentina actual, como norma o principio general, una herencia futura no puede ser aceptada ni repudiada ni ser objeto de contratos, ni tampoco pueden serlo los derechos hereditarios eventuales sobre objetos particulares (arts. 2286 y 1010, párr. 1º, Cód. Civ. y Com.).

La prohibición expresa contenida en la norma morigera sus consecuencias cuando establece la posibilidad de establecer los llamados “pactos de herencia futura”.

II. “Pacto de herencia futura”

II.1. Los pactos de herencia como nueva herramienta jurídica incorporada por el Código Civil y Comercial

Durante la vigencia del Código velezano, la doctrina autoral y jurisprudencial coincidía en que la prohibición de la ley se basaba en la inmoralidad de los tratos sobre herencia futura de personas vivas (7).

(6) FAVIER DUBOIS, Eduardo M. (h.) (dir.), “La empresa familiar: encuadre general, marco legal e instrumentación”, 1ª ed., Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2010, ps. 15 a 19.

(7) FAVIER DUBOIS, Eduardo M. (h.) (dir.), “La empresa familiar...”, ob. cit., ps. 15 a 19.

II.2. Antecedentes

El derecho romano, en coherencia con varios de sus principios fundamentales, como la libertad de testar y la revocabilidad del testamento, fue hostil a los pactos sucesorios, entendiendo que ellos eran inmorales porque generaban una especulación económica sobre la muerte del futuro causante (8).

El derecho germánico, por el contrario, admitió históricamente los pactos sucesorios, los cuales tienen amplio desarrollo.

Luego de la invasión germánica al Imperio Romano, el derecho germánico recepcionó el testamento romano, pero mantuvo los pactos sobre herencia futura como medio tradicional de política posesoria, sobre todo en grandes familias.

Estos pactos eran utilizados como medios jurídicos para mantener el sistema feudal. Desde el siglo XV, los germanos comenzaron a reglamentar los pactos sobre herencia futura, que se han conservado hasta la actualidad (9).

Las legislaciones latinas (España, Francia e Italia, entre otras) receptaron la prohibición de contratar sobre una herencia futura (10).

En nuestro país, el antiguo Código Civil establecía la prohibición expresa de los pactos sobre herencias futuras; el eje de esta prohibición se encontraba en el art. 1175, pero eran numerosos los artículos en los cuales reiteraba la condena a los pactos sobre herencia futura.

El Código velezano seguía la orientación romanista e hispánica seguida por el Código de Napoleón de 1804.

(8) FERRER, Francisco A. M., “Pactos sucesorios en el Código Civil y Comercial”, LA LEY 2015-D, 1124.

(9) SPILA, Francisca — PERRÓN, Vanina — EGUIAZU, Pedro, “Pactos de herencia futura permitidos en el Código Civil y Comercial”, en ORDULAS SALAS, Federico C. — HEFLING, Mariana (coords.), *XXVII Encuentro Nacional del Notariado Novel, Formosa, 2016*, 1ª ed., Ed. Contexto, Resistencia, 2016, p. 91.

(10) MARTÍNEZ, Andrés, “Pactos sobre herencia futura (art. 1010 del Código Civil y Comercial)”, en ORDULAS SALAS, Federico C. — HEFLING, Mariana (coords.), *XXVII Encuentro Nacional...*, ob. cit., p. 59.

La sanción a la violación de esta prohibición era la nulidad absoluta de los pactos, ya que afectaban el orden público; el carácter absoluto de la nulidad era sostenido por la generalidad de la doctrina y por numerosos fallos.

A su vez, la ley 14.394, promulgada en el año 1954, contemplaba en sus arts. 51, 52 y 53 la posibilidad de impedir la partición de los establecimientos (comerciales, industriales, agrícolas, ganaderos, mineros o cualquier otro que constituya una unidad económica), mediante el recurso legal de indivisión ante el fallecimiento de la persona que ejercía su control.

Podemos denotar que dicha norma tenía como finalidad la protección de la familia, como objeto legal; sin embargo, toda herramienta jurídica que tienda a facilitar la transferencia de la empresa familiar y simplificar este pasaje, sin conflicto entre los familiares, debe poseer precisiones técnicas ciertas que protejan los derechos de los legitimarios, siendo ello necesario atento al alto nivel de litigiosidad existente en materia sucesoria.

En virtud de ello, creemos que el contrato es aquella herramienta que participa de una disciplina común, desde el punto de vista de los efectos, ya que los que produce son inmediatos, y esos acuerdos, en esos contenidos, deben conciliarse con el contenido propio del derecho sucesorio, que solo produce efectos después de la muerte.

En algunos casos se trata de un contrato tri-lateral, porque tiene en consideración, por un lado, las relaciones entre el disponente y el beneficiario y, por el otro, las de los beneficiarios y los legitimarios eventuales excluidos de la sucesión en la empresa.

II.3. Derecho comparado

Desde el punto de vista del derecho comparado, en los últimos años se han producido diferentes reformas que han admitido importantes excepciones, como ser:

II.3.a. FranciaEl Código Civil francés aún mantiene el principio de la no validez de los pactos sucesorios; sin embargo, en el año 2006 se introdujo una importante excepción a la re-

gla, permitiendo que cualquier legitimario pueda renunciar a ejercitar en el futuro una acción de reducción de donaciones y de liberalidades hechas por el futuro causante, tanto *inter vivos* como *mortis causa* (conforme lo establecen los arts. 929 y 930 del Cód. Civil francés).

II.3.b. ItaliaEl Código Civil italiano sigue la misma línea expuesta anteriormente, consagrando, en el art. 458, la prohibición de pactos sobre sucesiones. Sin embargo, la ley 55, del 14/02/2006, lo modificó e introdujo la posibilidad de realizar pactos de familia, entendidos como aquel contrato por el cual el empresario transfiere, total o parcialmente, la empresa, y el titular de participaciones sociales transfiere, total o parcialmente, sus cuotas a uno o más descendientes.

II.3.c. EspañaEl art. 1271 del Cód. Civil español prohíbe la celebración de contratos sobre la herencia futura, salvo aquellos que tengan por objeto practicar entre vivos la partición de la herencia realizada por el testador. En dicha línea argumentativa, el art. 816 del mismo Código tampoco permite la renuncia o transacción entre el causante y los herederos forzosos en relación con la legítima de la herencia futura (11).

Sin perjuicio de ello, la aplicación del derecho nacional en España es supletoria, por lo que los pactos sucesorios son admitidos en varios derechos civiles forales, a saber: Navarra, Galicia, Cataluña, Baleares, Aragón y País Vasco.

II.4. Cambio de orden moral

Entendemos que el nuevo cambio de orden moral responde a la necesidad económica de poder brindar una herramienta a las empresas familiares, de evitar la aventura del proceso sucesorio, cuya consecuencia puede llevar al desmembramiento de la actividad económica.

Es por eso que este cambio no debe ser encuadrado como una omisión querida por quienes hayan participado de la redacción del Código Civil y Comercial de la Nación, sino más bien como una intención, no consensuada por la doctrina ni por los científicos

(11) MARTÍNEZ, Andrés, "Pactos sobre herencia futura..." ob. cit., p. 60.

del derecho, pero que plantea la necesidad de empezar a tratar el tema con mayor seriedad y profundidad.

Como dijimos anteriormente, según lo establecen los arts. 2286 y 1010, párr. 1º, del Cód. Civ. y Com., una herencia futura no puede ser objeto de los contratos; por ende, no puede ser aceptada ni repudiada.

Dicho principio tiene una excepción: “aque- llos pactos que se refieran a entes productivos, que persigan una finalidad específica”.

En este sentido, lo que se ha intentado hacer prevalecer es la estabilidad de las relaciones ju- rídicas, que encuentra fundamento en las nece- sidades del tráfico y en la protección de los dere- chos de terceros; como consecuencia, ello trae aparejado un cambio en la concepción de orden público que tiende a encontrar un objeto-fin en la transmisión hereditaria diverso que el impe- rante en la época del Código Civil velezano.

Es así como la prohibición legislada como re- gla morigeradora sus consecuencias al establecer la excepción mencionada.

III. Análisis descriptivo de la excepción del pacto de herencia empresarial futura

A efectos de comprender la excepción aludi- da, entendemos conveniente desmembrar el articulado y analizar los componentes por se- parado.

“Los pactos relativos a una explotación pro- ductiva o a participaciones societarias de cual- quier tipo, con miras a la conservación de la uni- dad de la gestión empresarial o a la prevención o solución de conflictos, pueden incluir disposi- ciones referidas a futuros derechos hereditarios y establecer compensaciones en favor de otros legitimarios. Estos pactos son válidos, sean o no parte el futuro causante y su cónyuge, si no afectan la legítima hereditaria, los derechos del cónyuge, ni los derechos de terceros”.

En primer lugar, denotamos que dicha excep- ción se encuentra regulada dentro del Libro III: “Derechos personales”, Tít. II: “Contratos en ge- neral”, cap. 5: “Objeto del contrato” del Código Civil y Comercial; por ende, entendemos que

debe ser analizada y entendida a la luz de la teo- ría general del contrato.

En segundo lugar, y en consonancia con lo expuesto, podemos vislumbrar que dentro de la excepción legislada encontramos ciertos ele- mentos tipificantes específicos, requeridos para su encuadramiento, como ser: 1) legitimación subjetiva y capacidad: pues para que sea en- cuadrada resulta imprescindible que quien la pretenda aplicar sea una explotación producti- va o que ostente participaciones societarias de cualquier tipo; 2) causa-fin determinada: nece- sariamente debe perseguir dos fines específi- cos: “conservación de la unidad de la gestión” o “prevención o solución de conflictos”; 3) en relación con la metodología utilizada por el co- dificador, la forma en que se debe celebrar dicha excepción es a través de “pactos”, donde enten- demos que prima el principio de libertad de for- mas; 4) la validez del pacto se encuentra condi- cionada por requisitos específicos del tipo —los que podrían ser encuadrados como elementos particulares especiales del tipo contractual—: la no afectación de la legítima hereditaria, de- rechos del cónyuge ni derechos de terceros; y 5) prerrogativas otorgadas por la ley para lo- grar el consentimiento (facultad de los sujetos legitimados para establecer compensaciones a favor de otros legitimarios).

Por todo ello, decimos que encontramos en esta excepción los elementos específicos de un tipo contractual determinado, pues reúne los requisitos de sujeto y capacidad, presupuesto necesario para la existencia de un proceso de formación del consentimiento, causa-fin, obje- to, forma, así como también elementos particu- lares especiales del tipo contractual.

IV. Conceptualización

IV.1. Pacto

Respecto a la naturaleza de accesoriedad, entendemos que, más allá de los términos utili- zados por el Código Civil y Comercial de la Na- ción, esta excepción reúne todos los elementos para que pueda ser considerada como contrato autónomo.

Reiteramos, se encuentra regulada el cap. 5, Tít. II, referente al objeto de los contratos. En la

misma regulación, encontramos: la legitimación subjetiva (sujeto que sea titular de una explotación productiva o participaciones societarias, pudiendo intervenir o no el futuro causante y su cónyuge); causa-fin específica (conservación de la unidad de la gestión empresarial y prevención y solución de conflictos); consentimiento (facultad de los sujetos legitimados para establecer compensaciones a favor de otros legitimarios); forma (a través de pactos, donde prima el principio de libertad de formas); respeto al orden público (validez íntimamente vinculada a la no afectación de la legítima hereditaria y de los derechos del cónyuge ni de terceros).

En este sentido, siguiendo a Lorenzetti, el pacto es entendido como una cláusula especial del contrato que modifica los efectos naturales (v.gr., el pacto de retroventa modifica el efecto natural de la compraventa, que es transmitir el dominio al comprador, ya que la cosa termina finalmente en el patrimonio del vendedor) (12).

De este modo, el pacto podría ser incluido tanto en un protocolo de empresa familiar como así también en un contrato constitutivo de una sociedad determinada, aclarando que aquellos deberían contar con publicidad suficiente para que sean oponibles a terceros.

En efecto, entendemos que la regulación del pacto de herencia empresarial futura ha incurrido en un error en cuanto a técnica legislativa, pudiendo regular acabadamente la naturaleza jurídica de esta excepción.

IV.2. Explotación productiva

La expresión “explotación productiva” no tiene un contenido jurídico preciso. Cierta doctrina entiende que el Código quiere referirse a la “empresa individual o familiar” en la que trabajan padres e hijos y, eventualmente, otros parientes, muchas veces de manera informal, y que constituye la fuente del sustento familiar (13).

(12) LORENZETTI, Ricardo L., “Tratado de los contratos. Parte general”, 3ª ed. revisada, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2018, p. 230.

(13) RIVERA, Julio C., “Comentario del artículo 1010”, en RIVERA, Julio C. — MEDINA, Graciela (dirs.), *Códi-*

No obstante, se podría decir que la norma sería aplicable a todo tipo de explotaciones productivas (agropecuarias, industriales, comerciales, etc.), tanto a pequeñas y medianas empresas como así también a las grandes empresas (14).

IV.3. Participaciones societarias de cualquier tipo.

La norma se refiere a todo tipo de participaciones en sociedades de las reguladas en la Ley General de Sociedades (ley 19.550), sean estas sociedades colectivas, en comandita, de capital e industria, de responsabilidad limitada o anónimas, incluido el supuesto de asociación bajo forma de sociedad del art. 3º, las comprendidas en los arts. 17 y 21 y las del art. 31, ya que la norma no exige que la actividad empresarial sea ejercida directamente por la sociedad cuyas participaciones sean objeto del pacto.

Si bien el texto, al referirse a participaciones societarias, no distingue tipos sociales, tal condición es necesaria pero no suficiente, ya que expresa: “... con miras a la conservación de la unidad de la gestión empresarial...”

Ello nos lleva a considerar, dice Cesaretti, que las participaciones respecto a una sociedad meramente tenedora de bienes no podrían ser objeto del pacto, “por no desarrollar una actividad referida a la producción o intercambio de bienes y servicios” (15).

En este sentido, entendemos que la visión de cierto sector de la doctrina que predica que una sociedad meramente tenedora de bienes no podría ser objeto del pacto, por no desarrollar una actividad referida a la producción o intercambio de bienes y servicios, no encuadrando dicho negocio con “... miras a la conservación de la unidad de la gestión empresarial...”, no es correcta,

go Civil y Comercial de la Nación comentado, Ed. La ley, Buenos Aires, 2014, t. III, p. 517.

(14) Para Ferrer, en principio solo sería aplicable a pequeñas o medianas empresas de carácter familiar; en FERRER, Francisco A. M., “Pactos sucesorios en el Código...”, ob. cit., p. 1124.

(15) CESARETTI, María — CESARETTI, Oscar, “El pacto sucesorio y la empresa familiar en la unificación”, *Revista del Notariado*, nro. 918, julio de 2015.

puesto que es la misma norma la que también hace mención de otro fin tutelado por el ordenamiento jurídico, que es “... la prevención o solución de conflictos...”, pudiendo en este caso ser objeto del pacto una sociedad meramente tenedora de bienes.

IV.4. *Compensaciones*

Estos pactos pueden incluir disposiciones referidas a futuros derechos hereditarios y establecer compensaciones en favor de otros legitimarios.

Tanto si los convenios se realizan entre herederos como si son realizados por el causante y su cónyuge se pueden establecer compensaciones económicas que variarán de acuerdo con quiénes sean los que participen.

Así, si son los legitimarios, quienes pactan pueden obligarse a distribuir los bienes de manera tal que alguno de ellos continúe con la empresa y otros reciban otros bienes, ya sea de los mismos legitimarios o ya sea bienes que se presuma que formarán parte del caudal relicto.

Si, en cambio, son los padres los que realizarán el pacto sobre herencia futura, pueden prever que la administración de la empresa sea llevada por alguno de los hijos que ha trabajado en ella, o que las acciones o las cuotas sociales no sean divididas y en compensación se les atribuyan a los otros herederos bienes que no sean los de la empresa (16).

IV.5. *Finalidad del pacto*

El pacto debe tener por finalidad “la conservación de la unidad de la gestión empresarial” o “la prevención o solución de conflictos”.

Esta finalidad fundamenta la excepción legal, pues permite el apartamiento de la regla general que aún hoy impide que sean objeto de los contratos las herencias futuras. Podemos identificar, entonces, que esta excepción es solo a los efectos de permitir la conservación de la empresa familiar.

(16) MEDINA, Graciela, “La empresa familiar”, en FAVIER DUBOIS, Eduardo (h.) (dir.), *Código Civil y Comercial*, 1ª ed., Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2015, p. 291.

Lo antedicho implica que la propia ley estipula la causa-fin del acto jurídico y que el alejamiento de este precepto implicará la irremediable invalidez del acto, por considerarse incluido en la prohibición general del primer párrafo. Lo mismo ocurrirá con la utilización de la figura para otros fines distintos establecidos en la normativa.

En relación con las causas establecidas en la norma, podemos inferir que la locución “gestión empresarial” se refiere a la dirección y/o a la administración de la empresa. En otras palabras, el fin último de la ley es proteger la continuidad, integridad y permanencia de la empresa y, en última instancia, de la familia.

Con relación a la “prevención o solución de conflictos”, la norma de no deja de tener un carácter meramente enunciativo. Si el pacto es para prevenir conflictos, ello supone que *a priori* este no se ha producido. Por el contrario, si el conflicto ya está presente, la norma tiene por finalidad brindar el marco para solucionarlo. Así, el pacto vendría a resolverlo (17).

IV.6. *Validez de los pactos*

La excepción hasta aquí comentada establece que “los pactos son válidos, sean o no parte el futuro causante y su cónyuge, si no afectan la legítima hereditaria, los derechos del cónyuge, ni derechos de terceros”.

Resulta necesario dilucidar cuál es la naturaleza jurídica de la validez o invalidez que emana de los pactos de herencia empresarial futura.

En este sentido, entendemos que todo acto jurídico válido es aquel que posee la aptitud de producir ciertos y determinados efectos que le son propios, y precisamente en ello residirá su eficacia.

Es decir que por eficacia del acto jurídico debemos entender la aptitud que se predica de él

(17) ROLÓN, Avelino, “Pactos sobre herencia futura permitidos en el Código Civil y Comercial (art. 1010, segundo párrafo): una interesante herramienta de planificación del patrimonio familiar”, RCCyC, año II, nro. 4, mayo de 2016, p. 130.

para alcanzar sus efectos propios **(18)**. Así lo determina la propia definición del art. 259 del Cód. Civ. y Com.

La invalidez, por el contrario, es un supuesto comprendido dentro del concepto amplio de ineficacia, alcanzando esta última a todos aquellos supuestos en que los actos carecen de aptitud para lograr sus efectos propios.

Por el contrario, se considera a la invalidez como una especie de ineficacia que surge por tener afectado un elemento esencial del negocio, acarreado como consecuencia la nulidad del acto.

Se podría pensar que el efecto que se generaría en caso de que el pacto de herencia futura se considere inválido sería el de la “nulidad”, entendida como una sanción legal que priva al acto de sus efectos propios, debido a que no cumplió con los elementos constitutivos originarios dispuestos por el ordenamiento jurídico para el reconocimiento jurisgenético de la autonomía privada.

Coincidimos parcialmente con Graciela Medina **(19)**, al decir que actualmente la nulidad no alcanza a la excepción legislada en el párr. 2º del art. 1010 del Cód. Civ. y Com., porque en estos casos no hay una razón inmoral, dado que no se especula con la futura muerte, sino que se acepta el fallecimiento como un hecho inevitable y se tiende a minimizar los impactos sobre las empresas o a prevenir o solucionar los conflictos que la transmisión empresarial genera.

A nuestro modo de ver, el pacto de herencia futura que no reúna los requisitos establecidos respecto a su legitimación subjetiva, consentimiento, objeto y causa-fin será nulo de nulidad absoluta, por no reunir los elementos esenciales especiales requeridos para la configuración del tipo contractual.

En este sentido, la jurisprudencia argentina, durante la vigencia del Código velezano, con

(18) ZANNONI, Eduardo, “Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos”, 2ª reimp., Ed. Astrea, Buenos Aires, 2000, p. 124.

(19) MEDINA, Graciela, “La empresa familiar”, ob. cit., p. 281.

relación a los convenios de herencia futura, ha señalado que eran nulos por la inmoralidad de especular sobre la muerte de una persona y porque se tiende a impedir que se generen convenciones que vulneren el principio democrático de la división igualitaria entre sucesores y que se realicen estipulaciones usurarias acerca del deceso de una persona **(20)**. De este modo, privaban de efectos a los convenios sobre herencia futura, quitándole idoneidad al objeto (por afectar el orden público imperante en ese momento), y por tal motivo el acto era considerado nulo de nulidad absoluta.

Surge el siguiente cuestionamiento al respecto: ¿qué sucedería si un pacto de herencia futura que cumpla con los requisitos esenciales especiales para la configuración típica del pacto de herencia futura (sujeto, consentimiento, objeto y causa) afectara la legítima hereditaria, derechos del cónyuge o derechos de terceros?

Nuestra postura entiende que la afectación a cualquiera de estos tres supuestos constituye la falta de configuración de elementos particulares especiales del tipo contractual, que no son considerados elementos esenciales para la configuración del tipo contractual especial; por ende, la sanción legal de la nulidad no podría ser encuadrada.

Ante la afectación de alguno de los supuestos mencionados se activarían, dentro del sistema jurídico argentino, diversos mecanismos de protección que sirven para defender la intangibilidad e integridad de la legítima hereditaria; los derechos del cónyuge, dependiendo del régimen conyugal adoptado; así como también los derechos de los terceros que puedan ver afectado su crédito.

IV.6.a. Afectación de la legítima hereditaria

El pacto de herencia legislado no instituye la calidad de heredero, la cual se encuentra dada por la ley y/o por testamento (conforme lo establece el art. 2337 del Cód. Civ. y Com.).

(20) Véase la jurisprudencia citada por Graciela Medina en FERRER, Francisco — MEDINA, Graciela (dirs.), “Código Civil comentado. Sucesiones”, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003, t. II, p. 106.

Conviene aclarar que, en los pactos de herencia empresarial futura, el futuro causante conserva la titularidad de los bienes hasta tanto fallezca. Acaecido el hecho causal de la defunción, y habiéndose configurado el pacto de herencia futura, cabe distinguir tres posibles situaciones que se pueden dar en la práctica:

1°) aquel pacto que al momento de su perfeccionamiento se configura, excluyendo y privando totalmente a alguno de los herederos legítimos de su porción legítima;

2°) aquel pacto que al momento de su perfeccionamiento se configura y se determina la violación de la porción legítima de uno o varios herederos forzosos;

y 3°) aquel pacto que fue perfeccionado respetando las cuotas legítimas de los herederos forzosos, deviniendo en violación de ellas por el transcurso del tiempo, desde el momento de su perfeccionamiento hasta la fecha de defunción del causante.

Respecto a la primera situación, no cabe lugar a dudas acerca de que el pacto será inoponible al legítimo excluido del pacto, que no será alcanzado por ninguno de los efectos de este (conforme lo establecido en el art. 396 del Cód. Civ. y Com.).

Respecto a la segunda y tercera situación, entendemos que las consecuencias son las mismas en ambos casos, dado que no puede saberse de antemano si el pacto afectará o no la legítima hereditaria.

Si bien no existe solución prevista para esta situación, como consecuencia no nos queda otro camino que transitar la analogía como único sistema posible para entender cómo resolvemos esta incógnita (conforme lo establece el art. 2° del Cód. Civ. y Com.).

La solución podría ser encuadrada análogamente, cuando por donación o por partición testamentaria se ha violado la legítima de algún heredero. En estos casos se activa el derecho a reclamar por parte de los legítimos, a través de acciones hereditarias específicas.

Ante estas situaciones, la ley se preocupa de que el donante, testador o futuro causante —en este caso— respete la intangibilidad e integridad de la legítima hereditaria.

Así, el ordenamiento jurídico coloca a disposición de los herederos legítimos dos tipos de acciones: de complemento y de reducción.

Estas últimas son acciones patrimoniales hereditarias, dirigidas contra los herederos o coherederos o sus sucesores, en su caso, instituidos por el testador o futuro causante, a quienes se hubiere dejado por cualquier título (acto entre vivos o *mortis causa*) menos de la porción legítima que les correspondiese.

La finalidad de la acción de complemento y de la de reducción, en principio, es similar; se ha dicho que, en rigor, cualquier acción de reducción es por su naturaleza de complemento o suplemento, y la acción de complemento es, a la vez, de reducción, porque el complemento solo puede obtenerse si se reduce una disposición del testador (21). No obstante, se señala que se trata de acciones distintas que no resultan incompatibles (22). Legalmente estas acciones solo son ejercitables por los legítimos perjudicados por el acto de disposición que afecta la legítima (arts. 2451 y 2452 del Cód. Civ. y Com.).

De acuerdo con el sistema sucesorio argentino, estas acciones están siempre disponibles a favor del heredero que, inclusive en el supuesto de la partición por donación con el consentimiento del cien por ciento de los herederos, si al momento de la apertura del sucesorio y de la partición judicial el valor de los bienes se modifica, generando por lo tanto una alteración en el valor de la legítima hereditaria, nace a favor del heredero damnificado (legítimo) el derecho a cuestionar la donación, recuperando el valor perdido de su legítima y, en consecuencia, agrediendo al resto de los coherederos que se beneficiaron por el mayor valor adquirido.

(21) GAGLIARDO, Mariano, "Cuestiones societarias", Ed. LexisNexis, Buenos Aires, 1988, p. 437.

(22) LAJE, Eduardo J., "Los actos gratuitos del causante y la protección de la legítima", JA 1948-I-63, p. 75.

En definitiva, entendemos que la integración de la legítima hereditaria afectada en los pactos de herencia empresarial futura se logra con las acciones de complemento y reducción, mas no con la nulidad del acto.

En efecto, consideramos que la técnica de redacción legislativa en este punto ha sido defectuosa, puesto que entendemos que genera dudas respecto al alcance de la invalidez del pacto, considerando que este, al ser un contrato, debe ser interpretado (conf. arts. 1061 a 1068) e integrado (art. 964), respetando la prelación normativa (art. 963), el orden público (art. 12) y la buena fe (art. 961, Cód. Civ. y Com.).

En este sentido, entendemos que la violación de la porción legítima de los herederos configuraría una norma de orden público de carácter indisponible por las partes, pero, a su vez, también encontramos que el articulado del Código Civil y Comercial flexibiliza dicho criterio, estableciendo diversos mecanismos que las partes afectadas podrían accionar, tendientes a proteger la legítima hereditaria, que a su vez podrían servir de actos que confirmen la nulidad y conviertan al acto originalmente nulo en uno válido (art. 384, Cód. Civ. y Com.).

En caso de duda respecto a la validez o no de un pacto de herencia futura nos encontramos ante la situación de debatir si aplicar el principio de conservación (art. 1066 del Cód. Civ. y Com.) o bien, al encontrarse un orden público flexibilizado, si estamos ante un supuesto de fraude a la ley (art. 12 del Cód. Civ. y Com.), que establece que las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia está interesado el orden público.

En este sentido, todo texto legal que persiga un resultado similar al prohibido por una norma imperativa (prohibición de pacto de herencia futura) se considera otorgado en fraude a la ley, debiendo en este caso someterse a la norma imperativa que se trate de eludir.

III.6.b. Afectación de los derechos del cónyuge

El actual Código Civil y Comercial de la Nación modificó el régimen matrimonial. Entre las

principales reformas se destacan las modificaciones a los derechos y deberes de los cónyuges, la existencia de una opción por un régimen de “separación patrimonial” [arts. 420, inc. j); 446, inc. d), y 449 del Cód. Civ. y Com.] frente al mantenido régimen general de comunidad de ganancias (art. 463 del Cód. Civ. y Com.) y el divorcio sin “causal” y sin necesidad de mutuo acuerdo, denominado “unilateral” o “expres” (arts. 437 y 438 del Cód. Civ. y Com.).

En cuanto al régimen patrimonial, entendemos que la vinculación de la validez de los pactos con los derechos del cónyuge se refiere a aquellos actos que son comunes para ambos regímenes matrimoniales: el deber de contribución al sostenimiento propio, del hogar y de los hijos comunes, en forma solidaria (arts. 455 y 461 del Cód. Civ. y Com.); el asentimiento de ambos cónyuges para disponer de la vivienda familiar y accesorios, etc. (aunque sean propiedad de uno solo), y la inejecutabilidad de tales bienes por deudas contraídas sin el consentimiento de tal (art. 456 del Cód. Civ. y Com.); la posibilidad de que los cónyuges se otorguen entre sí mandato (art. 459 del Cód. Civ. y Com.) y que celebren sociedades de cualquier tipo (art. 27 de la ley 19.550 —Ley General de Sociedades—), sin perjuicio de la prohibición de otros contratos si hay comunidad de ganancias [art. 1002, inc. b), del Cód. Civ. y Com.] (23).

Cabe preguntarse, entonces, si la afectación de cualquiera de estos derechos afectaría a los pactos de herencia empresarial futura, pues surge claramente del art. 454 del Cód. Civ. y Com. que las disposiciones se aplicarán cualquiera sea el régimen matrimonial, siendo inderogables por convención de los cónyuges, anterior o posterior al matrimonio, excepto disposición expresa en contrario.

A partir de la primera lectura pareciera que las disposiciones comunes a los regímenes matrimoniales son inderogables, pero al final del articulado se flexibiliza la cuestión, al establecer la excepción de disposición expresa en contrario.

(23) FAVIER DUBOIS, Eduardo M. (h.), “La empresa familiar”, en FAVIER DUBOIS, Eduardo (h.) (dir.), *Código Civil y Comercial*, ob. cit., ps. 107 y 108.

Podríamos vincular directamente este punto al pacto de herencia empresarial futura, que también, al ser una disposición expresa, podría establecer reglas en relación con las disposiciones comunes a los regímenes matrimoniales; pero, al ser una disposición que se delega en la autonomía de la voluntad de las partes, también podría ser considerada una convención que contraría el orden público de inderogabilidad de las disposiciones establecidas en ambos regímenes matrimoniales.

En definitiva, denotamos una constante derivación de normas, que siempre podrían ser cuestionadas en cuanto a la afectación o no de los derechos, lo que dependerá del criterio interpretativo que adopte el juez en caso de controversia.

IV.6.b.1. El régimen de comunidad de ganancias

Como sabemos, en este régimen, cada cónyuge administra y dispone libremente de sus bienes propios y administra los por él adquiridos, pero necesita el asentimiento conyugal para enajenar o gravar bienes registrables, acciones nominativas no endosables, salvo oferta pública, y otras participaciones societarias o en fondos de comercio (art. 470 del Cód. Civ. y Com.) (24).

En este caso, denotamos claramente que, ante la falta de asentimiento conyugal, la sanción prevista para este supuesto es la nulidad del acto, sujeta a un plazo de seis meses de haber conocido la causal, pero no más allá de seis meses de la extinción del régimen conyugal.

En este punto, surge claramente cuál será el efecto que acarrearía la afectación del derecho del cónyuge de prestar conformidad al acto de enajenación o de gravar ciertos bienes que se encuentran protegidos por la ley, debido a que cumplen un fin social dentro de la familia. Estos son la vivienda familiar y los bienes muebles indispensables de esta, así como también objetos destinados al uso personal o al ejercicio del trabajo o profesión del cónyuge afectado (arts. 456 y 462 del Cód. Civ. y Com.).

IV.6.b.2. El régimen de separación de bienes

Lo fundamental en este sistema es que cada cónyuge conserva la libre administración y disposición de sus bienes personales, adquiridos antes o durante el matrimonio (art. 505 del Cód. Civ. y Com.), con la salvedad del asentimiento necesario para disponer de la vivienda familiar propia (art. 456 del Cód. Civ. y Com.).

Cada cónyuge responde por sí respecto de las deudas contraídas, salvo en caso de solidaridad por el sostenimiento del hogar y educación de los hijos (art. 461 del Cód. Civ. y Com.).

En este sentido, cabe señalar que, en caso de fallecimiento del cónyuge, el no familiar solo recibirá bienes como heredero de una parte igual a la de sus hijos (art. 2433 del Cód. Civ. y Com.).

Ante el supuesto de no haber prestado asentimiento conyugal referente a la vivienda familiar y a las cosas indisponibles de esta, el acto será pasible de ser nulo.

Pero en el caso de afectación a la posibilidad de solventar las necesidades del hogar y educación de los hijos, entendemos que el pacto será válido, en tanto y en cuanto el cónyuge supérstite, en caso de que sus hijos sean menores de edad, accione en calidad de representante legal, en defensa de la legítima hereditaria de aquellos y, en su caso, solicite las acciones de reducción y complemento que le correspondan.

IV.6.c. Afectación de derechos de terceros

Cuando el fundador dueño de la empresa o director de la sociedad muere, la empresa entra en sucesión, no existiendo solamente un tema económico, sino también un tema de gestión directa o indirecta que hace a la economía general (25).

En el caso de la afectación de terceros que se han visto afectados por el pacto de herencia empresarial futura, no les serán oponibles los efectos propios del pacto y podrán solicitar judicialmente el reclamo de sus acreencias al causante.

(24) FAVIER DUBOIS, Eduardo M. (h.), "La empresa familiar", ob. cit., p. 108.

(25) CÓRDOBA, Marcos, "Comentario al artículo 1010", en LORENZETTI, Ricardo L., *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, ob. cit., t. V.

Ante este supuesto deberán solicitar la apertura de la sucesión y acreditar su calidad de legitimarios ante el juez competente.

El juez, ante esta situación, deberá llamar a los herederos forzosos y, una vez acreditada la deuda, solicitar que con los bienes pertenecientes al causante se salde la deuda correspondiente.

Ahora bien, corresponde analizar quiénes podrían ser considerados terceros y la extensión de su afectación, pues claramente los socios sobrevivientes del causante pueden ser considerados terceros, que se ven afectados por el pacto al comprobar que el causante ha transmitido su posición en la empresa a uno o varios de sus hijos, sin que ellos tengan confianza en que los herederos sean capaces de gestionar la empresa.

Aquí las cláusulas de limitación de transición de cuotas o acciones sociales jugarían un rol crucial si estuviesen delimitadas en el contrato o estatuto social.

En caso de que así no lo fuera, los socios del causante, considerados terceros legitimados, deberían acreditar ante el juez competente cuál sería la afectación a la que se verían expuestos, en caso de que la posición del causante dentro de la empresa sea transmitida a los herederos forzosos.

Quedan comprendidas en esta normativa las cláusulas de continuación facultativa y la de opción recíproca para todos, por la cual, en caso de muerte de un socio, el socio supérstite tiene la opción sobre la participación que forma objeto de la sucesión (26).

Desde otro punto de vista, pareciera surgir que el pacto de herencia empresarial futura no puede ser celebrado por terceros, en virtud de que el texto indica que los pactos “pueden establecer compensaciones a favor de otros legitimarios”; de esta frase se podrían colegir las compensaciones que se pueden entregar a los legitimarios que no han sido adjudicatarios de la explotación productiva o de las cuotas sociales.

A nuestro entender, más allá de la deficiente redacción de la norma, es posible afirmar que, si bien no puede ser parte del pacto, un tercero no

heredero legítimo del futuro causante podría llegar a ser beneficiario.

Ahora bien, más allá de no tener una regulación directa, existen normas que tienden a proteger la transmisión de los bienes por causa de muerte, facilitando la sucesión del empresario creador o partícipe de una empresa familiar (27); entendemos que existen herramientas jurídicas que permiten efectuar la transferencia de las unidades económicas, cuotas sociales y/o bienes que forman parte de empresas familiares (podemos encontrar la atribución preferencial, normas que evitan el parcelamiento de empresas, partición por donación, transmisión de bienes a legitimarios, indivisión forzosa y fideicomiso accionario, etc.).

No obstante, también entendemos que, en caso de conflicto, el juez debe interiorizarse de la dinámica de la empresa familiar y equilibrar las pretensiones teniendo en cuenta el rol que cumplen aquellas en nuestra sociedad.

V. El rol del abogado como coordinador interdisciplinario en la empresa familiar

En este rol, el abogado, como operador jurídico, debería tener presente que el tratamiento de las relaciones familiares que emergen de la actividad económica puede ser tan angustiante desde lo emocional que las partes prefieran postergarlo.

A nuestro modo de ver, la manera más conveniente para compatibilizar estos temores razonables es no imaginar al pacto de herencia futura como un instrumento único que deba ser configurado de una sola vez, sino pensarlo como una oportunidad para que el causante y los herederos puedan negociar los esquemas de poder desde los distintos roles contractuales.

Para ello, entendemos que el proceso judicial no es el ámbito idóneo para resolver controversias suscitadas a raíz de inconvenientes familiares que han traído consecuencias en los vínculos y relaciones que emanan de la empresa, sino que sería conveniente generar conciencia a los miembros de la empresa para comprometerse

(26) Graciela Medina cita a LUCCHINI GUASTALLA, Emanuele, “Il contratto e il fatto illecito”, en *Corso di diritto civile*, Giuffrè, Milán, 2012, p. 147.

(27) MEDINA, Graciela, “La empresa familiar”, ob. cit., ps. 273 y ss.

con la creación de mecanismos de resolución de conflictos internos.

No debemos perder de vista la costumbre, aunque no tenga el valor ni la autoridad de la ley: la misma conducta proyectada en el tiempo, que a su vez sea respetada por los integrantes de una determinada comunidad, generará la conciencia de su obligatoriedad, igualando el efecto de la ley.

A nuestro humilde entender, más allá de las cuestiones legales que pueden surgir dentro del ámbito de actuación de las empresas familiares, lo que cuestionarán los eventuales futuros herederos legitimarios al causante o a los herederos que han suscripto el pacto de herencia futura será la transparencia en todo el proceso formativo del pacto, así como también el modo de valuación del patrimonio comprometido en la empresa familiar y los frutos de esta.

Ante esta situación, creemos que el protocolo de empresa familiar es una buena excusa para iniciar este proceso; no obstante, nunca debe entenderse la redacción de las reglas del juego como la solución de fondo a los problemas de la familia.

Como regla, el protocolo no tiene valor frente a terceros, salvo que se incluyan sus previsiones en los estatutos o reglamentos societarios inscriptos, o en fideicomisos o en otros contratos traslativos de propiedad.

V.1. Aporte innovativo

Entendemos que tanto la familia como la empresa se enfrentan a un dilema crucial, que es el cambio de visión que está ocurriendo en toda la cultura occidental.

En esta época, en que se privilegia lo veloz, lo nuevo, el éxito fácil y el artificio, el conocimiento es el recurso sostenible por excelencia.

En este sentido, creemos necesario incentivar la construcción de mecanismos morales y legales que coadyuven a las empresas familiares a afrontar sus problemas y traspasarlos, sin que ello genere fricción y desconfianza entre los herederos de la empresa ni con el fundador o director de la empresa familiar (futuro causante).

En clara consonancia con lo que venimos exponiendo, y con el objeto de intentar innovar en

el modo de configuración de un posible pacto de herencia empresarial futura, que puede o no ser configurado dentro de un protocolo familiar, a efectos de poder materializar un proceso formativo de acuerdo familiar que genere confianza en los miembros de la familia empresarial, entendemos que dicho instrumento debería ser plasmado en una serie de documentos que acrediten el *iter* contractual.

Ante ello, creemos que resulta trascendental que todos los integrantes de la familia que poseen potencialidad para ser titulares de la empresa participen en el proceso formativo, con la debida asistencia técnica, en caso de ser necesario.

En este caso, creemos que la configuración de este instrumento podría ser perfectamente encuadrada en las disposiciones establecidas en la sección 3ª, Tít. II, Libro III, del Código Civil y Comercial. Dichas disposiciones se refieren a las tratativas contractuales que permiten a cada parte interesada elaborar el contenido de su declaración de voluntad, en búsqueda de la formación del consentimiento.

Estas disposiciones establecen que durante las tratativas preliminares las partes deben obrar de buena fe. Este principio, establecido como deber en materia contractual y de tratativas negociales, es utilizado en materia de interpretación y de integración como fuente de deberes secundarios de conducta y como elemento correctivo del ejercicio de los derechos (28).

El principio de buena fe es un principio general del nuevo Código, establecido ya en el art. 9º de su Título Preliminar y reiterado en numerosos artículos del Código Civil y Comercial. Como factor de moralización de las relaciones intersubjetivas, es uno de los pilares sobre los que se asienta la hermenéutica negocial, y exige que la conducta de las partes se ajuste a un comportamiento correcto y leal, de conformidad con principios éticos. Implica un deber de coherencia del comportamiento, que consiste en la necesidad de observar en el futuro la conducta que los actos anteriores hacían prever, regla que gobierna tanto el ejercicio de los derechos como la ejecución de los contratos y es

(28) LORENZETTI, Ricardo L., "Código Civil y Comercial de la Nación comentado", ob. cit., t. I, p. 51.

aplicable por igual en el campo del derecho privado y en el del derecho administrativo (29).

Por su parte, dentro de las tratativas contractuales, se establece el deber de confidencialidad, normativa cuya inclusión resulta novedosa. Si bien el artículo no avanza sobre pautas relativas a qué debe considerarse confidencial, se puede establecer que corresponderá a las partes definirlo y aclararlo o, en su caso, recurrir a la ley 24.766 (Ley de Confidencialidad sobre Información y Productos que Estén Legítimamente bajo Control de una Persona y se Divulgue Indebidamente de Manera Contraria a los Usos Comerciales Honestos). La referencia a los aspectos de la vulneración de la confidencialidad resulta acertada, en cuanto cubre tanto la revelación a terceros como el propio uso inapropiado de aquella (30).

Frente a esta regulación, las partes durante el proceso formativo podrán pactar la confidencialidad de determinada información, que no podrá ser divulgada, so pena de incurrir en incumplimiento precontractual, generando el deber de resarcir el daño causado.

En cuanto a la descripción del daño —más allá del daño sufrido—, la/s parte/s podrá/n, si correspondiere, reclamar una indemnización que será cuantificada en la medida del enriquecimiento del

infractor [daño lucrativo, hasta hoy desconocido por nuestro ordenamiento jurídico (31)].

A modo de introducción, podemos decir que cuando hablamos del contrato preliminar hacemos referencia a aquel contrato mediante el cual una de las partes o bien las dos se obligan a celebrar en un momento ulterior otro contrato que, por contraste, se llama definitivo (32).

En esta modalidad, existen dos momentos bien definidos donde se manifiestan las voluntades de contratar: en un primer momento, cuando las partes contratan, manifestando su consentimiento y determinando el objeto de celebrar otro contrato en un momento posterior. En un segundo momento, las partes, en cumplimiento del contrato anterior, manifiestan su consentimiento creando de este modo otro contrato distinto al anterior, pero que las partes tuvieron en vista desde el primer momento (llamamos a este último contrato definitivo). Los contratos preliminares constituyen una categoría general comprensiva de las promesas de contratos y del contrato de opción. Ambas modalidades obligan a la celebración de un contrato definitivo, exigiéndose como recaudo que haya acuerdo sobre aquellas obligaciones nucleares que permiten identificar el tipo de contrato de que se trata y su contenido esencial (33).

La regulación expresa de los contratos preliminares en una sección dentro de las disposiciones dedicadas a la formación del consentimiento ratifica un camino consolidado en la doctrina nacional, puesto que asume la incorporación al derecho positivo de una categoría contractual que contaba con una tradicional elaboración doctrinal a nivel universal.

Otorgar regulación a los contratos preliminares equivale a dotar a la regulación sobre la formación del consentimiento de herramientas

(29) CS, 19/10/2000, Fallos 323:3035.

(30) La ley 24.766 de Confidencialidad, en su art. 1º, establece que las personas físicas o jurídicas podrán impedir que la información que esté legítimamente bajo su control se divulgue a terceros o sea adquirida o utilizada por terceros sin su consentimiento, de manera contraria a los usos comerciales honestos, mientras dicha información sea secreta, tenga por ello un valor comercial y haya sido objeto de medidas razonables para la preservación de su carácter secreto. La ley se aplica a la información que conste en documentos, medios electrónicos o magnéticos, discos, ópticos, microfilmes, películas u otros elementos similares (art. 2º), y para que la información deba considerarse confidencial basta con la prevención en tal sentido, la que de por sí impone a quien la recibe el deber de abstenerse de usarla y de revelarla sin causa justificada o sin consentimiento de la persona que guarda dicha información o de su usuario autorizado (art. 3º). Esa información confidencial suele ser el activo principal de muchas empresas, y es por ello que quien habrá de proporcionarla suele exigir que quien habrá de recibirla acepte un pacto o acuerdo de confidencialidad, en el que pueden verse penalidades para el caso de incumplimiento.

(31) BUERES, Alberto J. (dir.), "Código Civil y Comercial de la Nación, analizado, comparado y concordado", Ed. Hammurabi.

(32) MOSSET ITURRASPE, Jorge, "Contratos", 1ª ed., 5ª reimp., Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2010, p. 133.

(33) LORENZETTI, Ricardo L., "Código Civil y Comercial de la Nación comentado", ob. cit., p. 685.

conceptuales acordes con la diversidad de formas y usos con que se manifiesta la autonomía privada en la actualidad.

Dichos contratos prestan servicio a los particulares, toda vez que, aun conociendo los caracteres económicos de un contrato que aspiran a llevar a cabo más adelante, en lugar de realizarlo, se obligan a hacerlo en el futuro.

Es por ello por lo que entendemos que esta figura contractual perfectamente podría brindar el marco configurativo de un pacto de herencia futura o de un protocolo familiar; sin embargo, entendemos que no será lo suficientemente hermético como para que las partes, en caso de ver afectados sus derechos, no puedan reclamar judicialmente; pues, como vimos a lo largo del presente trabajo, las partes siempre podrán accionar ante la justicia para revisarlos.

No obstante, también creemos que, ante el hipotético caso de que un pacto de herencia futura fuese configurado de esta manera y posteriormente cuestionado por una de las partes intervinientes, el magistrado en este caso tendrá la noble y magistral tarea de interpretar hermenéuticamente el contrato, donde podrá analizar la manifestación de voluntad de las partes a través de un proceso formativo del consentimiento, que estará plasmado en una serie concatenada y continuada de documentos que servirán para acreditar o no la evolución de las tratativas contractuales, como así también el consentimiento prestado por aquellas.

Asimismo, el contrato preliminar es una figura en la que el tiempo cobra un rol especial (34). La disposición legal establecida en el Código Civil y Comercial requiere que su contenido permita identificar el futuro contrato definitivo, lo que resulta una exigencia mínima a fin de tornar eficaz la figura: no tendría razón de ser obligarse a celebrar un futuro contrato si no se puede establecer desde el origen cuál es.

Sin embargo, no se exige que el preliminar establezca de manera completa la totalidad del contenido del futuro contrato. Aquellos elemen-

tos no precisados serán integrados a partir de las normas dispositivas que regulen la relación de que se trate (art. 964 del Cód. Civ. y Com.).

VI. Conclusión

- La temática de la “empresa familiar” en nuestro país posee escaso reconocimiento desde el ámbito del derecho, enunciado que resulta paradójico en comparación con la gran trascendencia mundial que le es otorgada.

- En virtud de ello, debemos puntualizar que la planificación de la sucesión en las empresas familiares tiene como principal objetivo evitar y solucionar conflictos que pueden ocurrir una vez fallecido el causante. Todo ello siempre y cuando se persiga la conservación de la empresa y la unidad de la gestión empresarial.

- La excepción regulada en el derecho argentino al que denominamos “pacto de herencia empresarial futura” es un instrumento que implica un nuevo orden moral.

- Respecto a la naturaleza jurídica de la excepción *supra* mencionada, entendemos que, más allá de los términos utilizados por el Código Civil y Comercial de la Nación, reúne todos los elementos para que pueda ser considerada como contrato autónomo, pues en ella encontramos ciertos elementos contractuales tipificantes específicos, requeridos para su encuadramiento, como ser:

1) legitimación subjetiva y capacidad: pues para que sea aplicada dicha excepción resulta imprescindible que quien la pretenda aplicar sea una explotación productiva o que ostente participaciones societarias de cualquier tipo;

2) causa-fin determinada: necesariamente debe perseguir dos fines específicos: “conservación de la unidad de la gestión” o “prevención o solución de conflictos”; fundamenta la excepción legal, pues permite el apartamiento de la regla general que aún hoy impide que sean objeto de los contratos las herencias futuras. Podemos identificar, entonces, que dicha excepción es solo a los efectos de permitir la conservación de la empresa familiar;

3) en relación con la metodología utilizada por el codificador, la forma en que se debe ce-

(34) LORENZETTI, Ricardo L., “Código Civil y Comercial de la Nación comentado”, ob. cit., p. 687.

lebrar dicha excepción es a través de “pactos”, donde entendemos que prima el principio de libertad de formas;

4) la validez del pacto se encuentra condicionada por requisitos específicos del tipo —los que podrían ser encuadrados como elementos particulares especiales del tipo contractual—, que no son considerados elementos esenciales; por ende, la sanción legal de la nulidad no podría ser encuadrada. Ante la afectación de alguno de los supuestos mencionados se activarían, dentro del sistema jurídico argentino, diversos mecanismos de protección que sirven para defender la intangibilidad e integridad de la legítima hereditaria; los derechos del cónyuge, dependiendo del régimen conyugal adoptado; así como también los derechos de los terceros, que puedan ver afectado su crédito.

- El verdadero problema de este tipo de acuerdos es que somete su propia “validez” a eventos futuros e inciertos que son difíciles de predecir al momento de celebrar el pacto y planificar cómo se van a distribuir los bienes a la fecha de fallecimiento del fundador de la empresa familiar. En efecto, consideramos que la técnica de redacción legislativa en este punto ha sido defectuosa, puesto que entendemos que genera dudas respecto al alcance de la invalidez del pacto, considerando que aquel, al ser un contrato autónomo, debe ser interpretado (conf. arts. 1061 a 1068) e integrado (art. 964), respetando la prelación normativa (art. 963), el orden público (art. 12) y la buena fe (art. 961, Cód. Civ. y Com.).

- Entendemos que la violación de la porción legítima de los herederos configuraría una norma de orden público de carácter indisponible por las partes, pero, a su vez, también encontramos que el articulado del Código Civil y Comercial flexibiliza dicho criterio, estableciendo diversos mecanismos que las partes afectadas podrían accionar, tendientes a proteger la legítima hereditaria. En este punto, las dudas generadas al respecto encuentran fundamento al cuestionar si el pacto de herencia empresarial futura persigue o no un resultado sustancialmente análogo al prohibido por una norma imperativa (prohibición de pacto de herencia futura: art. 1010, párr. 1º, del Cód. Civ. y Com.), y que por lo tanto ha sido otorgado en fraude a la ley (art. 12 del Cód. Civ. y Com.), debiendo en este caso

someterse a la norma imperativa que se trate de eludir;5) regulación del instrumento dentro del cap. 5, Tít. II, Libro III, del Código Civil y Comercial, que regula el objeto de los contratos en general; y

6) prerrogativas otorgadas por la ley para lograr el consentimiento (facultad de los sujetos legitimados para establecer compensaciones a favor de otros legitimarios).

- Entendemos que la regulación del pacto de herencia empresarial futura ha incurrido en un error en cuanto a técnica legislativa, pudiendo regular acabadamente la naturaleza jurídica de esta excepción.

- A los fines pretendidos por la ley, entendemos que debería actuar el abogado coordinador de las empresas familiares. En este rol, el operador jurídico debería compatibilizar el tratamiento de las relaciones familiares y la actividad económica que surge de la misma empresa; que no se debería imaginar al pacto de herencia futura como un instrumento único que deba ser configurado de una sola vez, sino como un procedimiento que coadyuve a la toma de decisiones.

- Entendemos que el proceso judicial no es el ámbito idóneo para resolver controversias suscitadas a raíz de inconvenientes familiares que han traído consecuencias en los vínculos y relaciones que emanan de la empresa, sino que sería conveniente generar conciencia a los miembros de la empresa para comprometerse con la creación de mecanismos de resolución de conflictos internos. Asimismo, resaltamos la necesidad de tomar a la costumbre como fuente de obligaciones morales, entendida como aquella conducta proyectada en el tiempo que, a su vez, es respetada por los integrantes de una determinada comunidad y generará la conciencia de su obligatoriedad, igualando el efecto de la ley.

- En clara consonancia con lo que venimos exponiendo, y con el objeto de intentar innovar en el modo de configuración un posible pacto de herencia empresarial futura, que puede o no ser configurada dentro de un protocolo familiar, y a efectos de poder materializar un proceso formativo de acuerdo familiar que genere confianza en los miembros de la familia empresarial, entendemos que dicho instrumento debería ser plasmado en una serie de documentos que acrediten el *iter* contractual.

COMENTARIOS JURISPRUDENCIALES

DERECHO DE RECESO

Reembolso de acciones. Determinación del valor. Facultad del accionista que recede para impugnar los estados contables. Equidad.

Con nota de Luis Alberto Miguel y Jaime Roig

1. — Debe reconocerse al accionista que recede, una acción para impugnar los estados contables para determinar el valor de reembolso de las acciones recedidas, distinta e independiente de la regulada en el art. 251 de la Ley N° 19.550, que, por ello, no está sujeta al plazo de caducidad de tres meses que prescribe la norma específica del ordenamiento societario. Esta acción, en tanto tiene por finalidad la defensa de intereses individuales —y no meramente en cuanto socio— de quien se retira, nace en el momento en que se ejerce el derecho de receso, a raíz de que es también ése el momento en que la sociedad adopta las resoluciones que determinan la decisión de separarse del socio que recede.
2. — Un concepto básico de equidad impone que el valor que se otorgue a la participación del socio que se retira sea razonable, vinculando esa razonabilidad más con una valuación real de la empresa —y, a partir de allí, la de las acciones del socio que recede—, que con una mera aplicación porcentual de los valores de balance.
3. — Si como ocurre en el caso, el balance anterior a tener en cuenta para la fijación del valor de reembolso se remonta a casi un año antes de la asamblea en que se adoptaron las decisiones sociales que motivaron la voluntad de retirarse, no resulta razonable exigir a quien recede en estas condiciones que observe e impugne los estados contables dentro del plazo del art. 251 de la Ley N° 19.550, previendo anticipadamente la ocurrencia de acontecimientos que al tiempo del tratamiento del balance y durante los tres meses siguientes no pasan de constituir una mera eventualidad.

**CS Tucumán, sala civil y penal, 19/02/2020.
- Terán, Guido Máximo c. Azucarera Juan M. Terán S.A s/ especiales (residual).**

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/81892/2020]

COSTAS

Se imponen a la demandada.

Expediente 1877/11

San Miguel de Tucumán, febrero 19 de 2020.

El doctor *Leiva* dijo:

I. Vienen a conocimiento y resolución de esta Corte, los recursos de casación interpuestos por el actor (fs. 1069/1075) y por la demandada (fs. 1078/1087), contra la sentencia de la Sala III de la Excm. Cámara en lo Civil y Comercial Común del 27/03/2018 (fs. 1058/1065 y vta.), que fueran concedidos por resolución de ese mismo Tribunal de fecha 18/06/2018 (fs. 1101 y vta.).

II. La referida sentencia de fs. 1058/1065 acogió parcialmente los recursos de apelación que ambas partes dedujeran contra la sentencia del señor Juez de grado de fecha 24/11/2016 (fs. 998/1006) que, a su turno, había hecho lugar a la demanda interpuesta por Guido Máximo Terán, condenando a Azucarera Juan M. Terán SA a pagar la suma de \$1.285.776,71 (valor que incluía, conforme resolución aclaratoria de fs. 1021, el rubro “valor llave”), en concepto de reembolso de las acciones de las que Guido Máximo Terán fuera titular en la sociedad demandada, como consecuencia del ejercicio del derecho de receso previsto en el art. 245 de la Ley N° 19.550.

III. Entre los antecedentes del caso, relevantes para resolver los recursos traídos a conocimiento y decisión, se destacan los siguientes:

III.1. El accionante promovió demanda para que se determine el valor de las acciones de las que era titular en la sociedad demandada y condene a esta última al pago de la suma resultante (fs. 49/59). Aseveró haber sido accionista de Azucarera Juan M. Terán SA, con 1.215.443 acciones, de las cuales 398.336 pertenecían al grupo “A”, con derecho a cinco votos cada una; y 817.107 al grupo “B”, con derecho a un voto cada una.

Relató que en la Asamblea Extraordinaria celebrada el 01/04/2011, para tratar y resolver la prórroga de la vigencia de la sociedad y la ampliación del objeto social, incluyendo en él la generación de energía eléctrica, se opuso a la adopción de ambas decisiones —que fueron aprobadas por la mayoría de los accionistas— y ejerció el derecho de receso en los términos previstos en el art. 245 de la ley de sociedades, lo que comunicó formalmente mediante carta documento del 05/04/2011. Destacó, asimismo, que a la fecha de la demanda (01/07/2011), no había arribado a un acuerdo con la sociedad respecto al valor de reembolso de las acciones recedidas, ni en las conversaciones mantenidas al efecto entre las partes, ni en la etapa previa de mediación extrajudicial obligatoria.

Señaló, en este sentido, que conforme la reforma introducida por Ley N° 22.903 en el texto del art. 245 de la Ley N° 19.550, que sustituyó la expresión “balance aprobado” por “balance realizado”, correspondía tomar como base para el cálculo del valor de las acciones de las que fuera titular, el balance cerrado el 30/04/2011 que, a la fecha de la demanda, no había sido aún puesto a consideración de la asamblea, por lo que desconocía sus datos.

Sostuvo también que para la determinación del importe de reembolso de las acciones debía considerarse el valor real de la empresa, pues ello se conformaba a las previsiones de los arts. 13, inc. 5); 92, inc. 1); 22, cuarto párrafo; 223, inc. 1); 238 cuarto párrafo; 194 y 195 de la Ley N° 19.500; así como las del art. 1788 bis del Cód. Civil velezano, todas las cuales reputó aplicables a la cuestión en debate. En la misma línea, indicó que el valor real de la empresa, no estaba consignado en los balances confeccionados de conformidad con las normas contables aplicables, los que tampoco contemplaban los rubros “valor llave” y “empresa en marcha”; entendió por ello que, atenderse exclusivamente a ellos, conllevaría privar al socio que se retira de una parte de su propiedad —quizá, la mayor—, vulnerando el art. 17 de la Constitución Nacional. Por lo mismo, dejó impugnados los balances cerrados por la accionada al 30/04/2010 y 30/04/2011, reiterando que este último no había sido, a la fecha de la demanda, aprobado por los accionistas de la sociedad demandada.

A todo evento, introdujo reserva del caso federal, por inconstitucionalidad del art. 245, Ley N° 19.550, para el supuesto que “en el caso concreto de autos, el valor del reembolso resultara notoriamente separado del valor real”.

III.2. Al contestar demanda (fs. 198/207), la accionada se opuso a la pretensión del actor, a la que negó sustento jurídico. Sostuvo que la forma de fijar el valor de las acciones de un accionista recedente se encontraba clara y expresamente establecida por el art. 245 de la Ley N° 19.550 y se correspondía con el último balance realizado o que debió realizar la sociedad; que en el caso de autos se trataba del balance cerrado por Azucarera Juan M. Terán SA el 30/04/2010, no resultando necesaria la intervención de Juez alguno que determine dicho valor. De acuerdo a esas pautas, expresó que la suma a reembolsar por las acciones de marras ascendía a \$398.687, importe cuyo pago la sociedad ofreciera oportunamente al actor.

A mayor abundamiento, señaló que la forma de liquidación y pago del valor se encontraba expresamente prevista y regulada en el art. 18 del estatuto societario.

La demandada se opuso también a la inclusión de valores intangibles en la valuación de las acciones recedidas, alegando que su cómputo se encontraba excluido por el propio art. 245, Ley N° 19.550, destacando que, a contrario, otras disposiciones de la misma ley lo admitían para supuestos diferentes. Alegó que ese tratamiento desigual que la ley dispensaba, según se tratara del ejercicio del derecho de receso o del retiro de socios por otras causas, no fue casual, sino que reflejaba la explícita voluntad del legislador en tal sentido.

Para el caso concreto, reiteró que consideraba aplicable el balance cerrado por la sociedad al 30/04/2010, respecto al cual resultaba improcedente la impugnación intentada por el actor, toda vez que había concurrido a la asamblea en que fuera tratado, aprobándolo junto al resto de los socios. Además, resaltó que el plazo de tres meses para formular la impugnación, previsto por el art. 251, Ley N° 19.550, se encontraba en la especie largamente vencido. Igualmente, consideró inadmisibles la pretensión del actor de impugnar el balance correspondiente al ejercicio económico siguiente, cerrado el 30/04/2011, pues a esa fe-

cha, el accionante ya había ejercido el derecho de receso y, consecuentemente, había dejado de ser accionista de la sociedad, careciendo entonces de legitimación para formular la impugnación.

En definitiva, la demandada concluyó que el actor conocía, al momento de ejercer el derecho de receso, cuál era el valor de las acciones, sometiéndose, voluntariamente, al procedimiento establecido por el art. 245 de la Ley N° 19.550.

III.3. De las pruebas rendidas en autos merecen destacarse la tasación que practicara la martillera Silvia Noemí Albornoz (fs. 370/385) y la pericial contable a cargo del Contador Raúl Albornoz Mena (fs. 505/518). En la primera, la tasadora informó valores de los bienes inmuebles y rodados que pudo detectar como de titularidad de la sociedad demandada, así como los de la planta industrial del ingenio “Santa Bárbara”, única a la que se le permitió ingresar. Indicó asimismo, la evaluación del “valor llave” y de la “empresa en marcha” de la misma planta. También estimó —ya que no pudo verificarlo in situ—, la evaluación del “valor llave” y de “empresa en marcha” correspondiente a la planta del ingenio y destilería “Ñuñorco”.

Por su parte, la pericial contable, siguiendo los lineamientos propuestos por el actor oferente de la prueba, tomó como base de los cálculos efectuados el balance del ejercicio económico de Azucarera Juan M. Terán SA cerrado el 30/04/2012.

Conforme a dichos estados contables y en los términos del art. 245, Ley N° 19.550, el perito valuó la totalidad de las acciones de las que fuera titular el actor, en \$1.285.776,71, otorgando porcentuales de participación diferentes a las acciones clase “A” y clase “B” de las que fuera titular el accionante. A ese guarismo, adicionó un 20%, derivado del incremento del patrimonio neto resultante de la comparación entre el ejercicio cerrado al 30/04/2012 con el inmediato anterior. Estimó que el valor “empresa en marcha” resultaba razonable calcularlo con la proyección de utilidades estimadas de la sociedad, en un lapso de cinco años. Finalmente, calculó el “valor llave” en un 50% adicional de la suma de \$1.285.776,71, por lo que avaluó la participación accionaria del actor en la demandada en la suma de \$1.928.665,06, con la inclusión de este último rubro.

III.4. Por sentencia de fecha 24/11/2016 (fs. 998/1006) el señor Juez de 1ª Instancia hizo lugar a la demanda y condenó a la accionada a abonar al actor la suma de \$1.285.776,71 en concepto de reembolso del valor de las acciones de las que éste fuera titular en la sociedad, con más los intereses a calcularse con la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina, desde el 01/06/2011 (conforme art. 245, quinto párrafo, Ley N° 19.550 —fijación del valor—) y hasta el efectivo pago. Las costas fueron impuestas a la demandada vencida.

Para así decidir, en primer lugar, el Juzgador desestimó la pretensión de la accionada de aplicar, a los efectos de la fijación del valor de las acciones, el mecanismo regulado en el art. 18°, inc. f) del estatuto social. Expresó, al respecto, que la referida norma estatutaria regulaba un procedimiento particular para el “rescate de acciones”, distinto al ejercicio del derecho de receso que motivara esta litis.

En cuanto al balance a tomar en cuenta para la fijación del valor de reembolso, el Sentenciante indicó que debía estarse a los estados contables correspondientes al ejercicio económico cerrado al 30/04/2011, en el entendimiento que el receso se produjo prácticamente al cierre de ese ejercicio (el 01/04/2011) y se trataba del período contable durante el cual el receso tuvo lugar.

Por su parte, para la determinación del valor de reembolso de las acciones recedidas, consideró adecuado estar a la pericial contable practicada, desestimando las impugnaciones formuladas por la demanda a las que calificó carentes del rigor técnico necesario para desvirtuar los sólidos fundamentos del informe practicado por el contador Raúl Albornoz Mena.

Mediante sentencia de fecha 20/02/2017 (fs. 1021), se aclaró que la suma de \$1.285.776,71 a cuyo pago fuera condenada la demandada, incluía el “valor llave”.

III.5. La decisión del Inferior fue apelada por ambas partes.

a. En sus agravios (fs. 1029/1036), la demandada tachó de arbitraria a la sentencia recurrida, por inadecuada e insuficiente fundamentación, sosteniendo que la misma se apoyaba exclusi-

vamente en la voluntad del Juzgador. Cuestionó que, contra la letra expresa del art. 245 de la Ley N° 19.550, se estuviera a los resultados de un ejercicio económico aún no cerrado a la fecha en que el accionista ejerció el derecho de receso, insistiendo en que en la especie, correspondía atenerse al último balance societario practicado con anterioridad al retiro del socio, esto es, el cerrado al 30/04/2010.

Asimismo, la accionada entendió que el decisorio que apelaba resultaba autocontradictorio, pues mientras por una parte, el Juzgador expresaba que el valor de reembolso de las acciones recedidas debía surgir del balance cerrado al 30/04/2011, por otra, hacía suyos los guarismos de la pericia contable, practicada conforme el balance y estados contables cerrados al 30/04/2012, como expresamente señalara el perito interviniente.

También observó la inclusión en la avaluación de las acciones del “valor llave”, insistiendo en la exégesis del art. 245 de la Ley N° 19.550 que propusiera al contestar demanda.

Finalmente, impugnó la aplicación de la tasa activa de interés, sosteniendo que en la especie debía aplicarse en todo caso, la tasa de interés pasiva, puesto que no se trataba de una vinculación comercial o financiera que justificara el uso de la tasa de interés más onerosa posible.

b. Los agravios del actor (fs. 1045/1049), por su parte, objetaron solamente que la sentencia apelada no contemplara la totalidad de la prueba producida en autos, para la determinación del “valor llave” en la fijación del importe de reembolso de las acciones recedidas. Impugnó en ese sentido, que el Inferior omitiera deliberadamente pronunciarse específicamente sobre el referido rubro y su cuantificación, interpretando que no estaba incluido en el monto de condena establecido.

Sostuvo que si bien la determinación del monto quedaba a consideración del amplio criterio judicial, debió fijarse una suma específica, reflejada en un número cierto y concreto, bajo el título “valor llave”, teniendo en cuenta no sólo la pericial contable producida, sino también la tasación practicada, en tanto proporcionó al Juez información sobre el valor de los bienes y pro-

ducción de la sociedad demandada, de la que no podía prescindir sin fundamentación.

III.6. Por sentencia del 27/03/2018 (fs. 1058/1065), la Sala III de la Excma. Cámara en lo Civil y Comercial Común, hizo lugar parcialmente a ambos recursos de apelación.

a. Del recurso de la demandada, prosperó la impugnación al balance tomado para la determinación del valor de reembolso de las acciones recedidas. Al respecto, el Tribunal *a quo* señaló que debió estarse al balance cerrado al 30/04/2010 y no al que cerró el 30/04/2011, pues a la fecha en que el actor ejerció el derecho de receso (05/04/2011), no podía imponerse a la sociedad la obligación de confeccionar un balance por un ejercicio aún no cerrado. El decisorio agregó que la expresión de la ley “valor resultante del último balance realizado o que deba realizarse” no podía interpretarse en el sentido que brindaba dos opciones para que los interesados hicieran valer indistintamente según su conveniencia, sino en realidad una única alternativa que imponía atenerse al último balance realizado, siendo sólo admisible adoptar aquél que debió realizarse cuando el ente societario se retrasó en la confección de los estados contables de que se trate, que no era el caso de autos.

b. Respecto del recurso del actor, el Tribunal *a quo* admitió la procedencia de utilizar un método de valuación que, además de valorar los datos contables reflejados en el último balance, incorporen el real valor de las acciones, con especial consideración de los activos intangibles de la compañía. Por ello, resolvió hacer lugar a la impugnación formulada por el accionante al balance N° 85 de Azucarera Juan M. Terán SA, cerrado el 30/04/2010.

Sin perjuicio de ello, el pronunciamiento en crisis destacó que ni la pericial contable ni la tasación producida en la etapa probatoria podían ser atendidas. La primera, porque no había tomado el balance que correspondía, sino aquél cerrado al 30/04/2012. La última, por las serias inconsistencias que contenía, a partir de datos genéricamente expresados, habiendo admitido la tasadora que su informe tomó en cuenta exclusivamente la planta del ingenio “Santa Bárbara” —por no haber podido tener contacto directo con los demás bienes ni plantas industriales—,

así como reconocido los errores incurridos al incorporar bienes que no pertenecían a la sociedad demandada, yerro estos que, no obstante, no habían sido enmendados, impidiendo que se consideraran fidedignos los valores a los que arribara.

c. En función de ello, el pronunciamiento de la Alzada hizo lugar parcialmente a los recursos incoados y, en consecuencia, dispuso que en la etapa de ejecución de sentencia, partiendo del balance cerrado por Azucarera Juan M. Terán SA al 30/04/2010, los peritos actuantes en autos establecieran el monto líquido que refleje el valor real de los activos, incluyendo los intangibles, como el valor de la “empresa en marcha” y el “valor llave”, aplicando en todos los casos la tasa de interés activa del Banco de la Nación, aspecto que confirmó de la sentencia apelada.

El Tribunal *a quo*, atendiendo a la complejidad de la cuestión controvertida, las deficiencias probatorias y la posición adoptada por el órgano jurisdiccional, entendió que las costas de ambas instancias se distribuyeran por su orden, modificando también en ese tópico la decisión del Inferior.

IV. En desacuerdo con lo resuelto, actor y demandada interpusieron los recursos de casación en estudio (fs. 1069/1075 y 1078/1087, respectivamente).

IV.1. Agravia al actor que el decisorio de fs. 1058/1065 no fijara un monto cierto, real y concreto para el reembolso de las acciones recedidas, que incluyera los intangibles “valor llave” y “empresa en marcha”. Afirma el recurrente que al efecto, el Tribunal contaba con las pericias producidas en autos y, en caso de considerar no atendibles los dictámenes periciales, debió ordenar una medida para mejor proveer, conforme a las facultades conferidas por el art. 39 del ordenamiento adjetivo.

Manifiesta que al decidir de ese modo, la Cámara incurrió en infracción a los arts. 34, 264, y 265 inc. 6) del Cód. Proc. Civ. y Comercial, violando el principio de congruencia, al omitir pronunciar la decisión expresa, positiva y precisa, con arreglo a las acciones deducidas, declarando el derecho de las partes.

También agravia al actor la imposición de las costas por el orden causado. En ese sentido, re-

salta que en términos generales, resultó ganador en el proceso, por cuanto más allá de sus deficiencias, quedó claro en los pronunciamientos de ambas instancias, que el valor de reembolso de las acciones recedidas no era el pretendido por la sociedad demandada. Además, considera que la admisión del “valor llave” y el valor “empresa en marcha” en el importe a reembolsar por las acciones recedidas, importó también el acogimiento de su pretensión y el rechazo de las defensas de la demandada.

Por ello, concluye que la imposición de costas por su orden convierte al decisorio recurrido en autocontradictorio.

IV.2. Por su parte, agravia a Azucarera Juan M. Terán SA que la sentencia del Tribunal de mérito admitiera la impugnación que el actor formulara en su demanda al balance cerrado el 30/04/2010, soslayando que a la fecha de interposición de la acción, el plazo de tres meses del art. 251 de la Ley N° 19.550 se encontraba largamente vencido.

Como argumento adicional al vencimiento del término establecido en la Ley N° 19.550, la demandada considera inadmisibles la impugnación al balance cerrado el 30/04/2010, sobre la base de la doctrina de los propios actos. En este sentido, señala que de las actas de la asamblea que consideró dichos estados contables, las cuales se encuentran incorporadas a la causa, surge evidente la intervención del actor en la aprobación unánime del indicado balance por los accionistas de Azucarera Juan M. Terán SA.

En la misma línea, critica el fallo de la Cámara porque no brinda justificación alguna de la decisión que adopta en tal sentido, tachándolo por ello de arbitrario y carente de motivación.

Por lo demás, insiste con la argumentación sostenida desde el responde, en cuanto a que el art. 245 de la Ley N° 19.550 consagra una solución específica para la cuestión debatida, de la que el actor pretende sustraerse, no obstante haberse colocado y consentido voluntariamente la misma disposición legal que ahora cuestiona. De ello concluye que no se conforma a derecho la decisión que admite la incorporación de intangibles en la fijación del valor de reembolso de las acciones recedidas, la que pide se revoque.

IV.3. Previa sustanciación (fs. 1091/1093 y 1097/1098), los recursos de casación fueron concedidos por interlocutoria de fecha 18/06/2018 (fs. 1101).

V. Descriptos los agravios en que se sustentan los recursos en análisis, corresponde reexaminar la admisibilidad de las impugnaciones extraordinarias intentadas.

Los escritos recursivos se bastan a sí mismos, haciendo una relación completa de los puntos materia de agravio; han sido interpuestos en término y han dado cumplimiento al depósito de ley (fs. 1068 y 1077). Ambos se dirigen contra una sentencia definitiva, invocan la infracción de normas de derecho sustancial y formal y alegan arbitrariedad.

Por tanto, los recursos resultan admisibles, correspondiendo, en consecuencia, ingresar al examen de su procedencia.

VI. Primeramente, entiendo necesario formular algunas precisiones, que tendrán relevancia en los desarrollos posteriores. Así, resulta de importancia puntualizar que:

VI.1. En autos no está controvertido que el actor fuera titular de 1.215.443 acciones (sumadas las correspondientes al grupo “A” y al grupo “B”) de la sociedad demandada y que ejerciera, debida, fundada y oportunamente, el derecho de receso normado por el art. 245, Ley N° 19.550.

Por su parte, no obstante haber requerido la consideración de balances posteriores para la determinación del valor de reembolso de las acciones recedidas, tanto en su demanda como al ofrecer la prueba pericial contable, el actor no cuestionó en el recurso de casación que dedujera contra la sentencia de fs. 1058/1065, la decisión de tomar como base a tales efectos, el balance cerrado por la sociedad en abril de 2010, consintiendo en ese punto lo resuelto por el Tribunal *a quo*.

VI.2. La materia en debate se circunscribe entonces a la determinación concreta del valor de reembolso de las acciones de que era titular el actor en la sociedad accionada y si éste debe coincidir con el guarismo contable que surge del balance cerrado al 30/04/2010 o, en su caso, la cifra que así resulte constituye sólo el punto de partida para

calcular el valor real de los títulos recedidos, con la inclusión de los intangibles de la compañía.

La decisión sobre los referidos aspectos requerirá analizar y resolver igualmente, si el actor se encontraba facultado para impugnar el balance cerrado por la sociedad el 30/04/2010 —o, por el contrario, el plazo para hacerlo se encontraba vencido— y cuál es la adecuada hermenéutica del art. 245 de la Ley N° 19.550.

VI.3. A los fines de resolver la cuestión controvertida, la actora ofreció y produjo dos pruebas periciales, una contable y otra de tasación.

Ambas instancias prescindieron de la consideración de la tasación practicada por la martillera Albornoz, a raíz de sus serias inconsistencias y el error de incluir bienes que no pertenecían a la accionada, yerro que aunque reconocido, no derivó en la corrección de los valores globales asignados a los bienes materiales e intangibles.

A su turno, la pericial contable realizada por el contador Albornoz Mena constituyó la base del pronunciamiento del Magistrado Inferior y fue dejada de lado por el Tribunal de apelación por haber tomado como punto de partida, indebidamente, el balance cerrado por Azucarera Juan M. Terán SA el 30/04/2012.

VI.4. El derecho de receso ha sido definido como “la atribución acordada por la ley a los accionistas disconformes con determinadas resoluciones asamblearias, para retirarse de la sociedad mediante su manifestación unilateral de voluntad, con reembolso del valor de sus acciones” (CNCom., Sala D, 08/05/1992, “Tacchi, Carlos c. Peters Hnos.”, LA LEY, 1994-A, 384, cita Online, AR/JUR/266/1992).

Los autores nacionales subrayan que la determinación del valor de reembolso que la sociedad debe abonar al accionista que recede, constituye el aspecto más conflictivo del instituto, debido a la formulación del texto legal sobre el particular (confr. Dasso, Ariel G., “El receso y la exclusión del socio. En torno a un *leading case*”, LA LEY, 2012-C, 410, cita Online, AR/DOC/2219/2012).

En efecto, el artículo 245 de la ley 19.550, con la modificación introducida por ley 22.903, reza en lo pertinente: “las acciones se reembolsarán por el valor resultante del último balance realizado o

que deba realizarse en cumplimiento de normas legales o reglamentarias”.

La doctrina mayoritaria fustiga el contenido de la norma, considerándola fundamentalmente injusta para el accionista que decide retirarse de la sociedad —e incluso disuasiva del ejercicio del derecho de recesso—, pues de ordinario las valuaciones contables de los bienes de la empresa no guardan relación con el valor de realización (confr. Dasso, Ariel G., ob. cit.; Nissen, Ricardo A., “Ley de Sociedades Comerciales comentada”, T. III, p. 251, LA LEY, Bs. As., 2017). Se afirma, en cambio, que un concepto básico de equidad impone que el valor que se otorgue a la participación del socio que se retira sea razonable, vinculando esa razonabilidad más con una valuación real de la empresa —y, a partir de allí, la de las acciones del socio que recede—, que con una mera aplicación porcentual de los valores de balance (confr. Vítolo, Daniel R., “Sociedades Comerciales. Ley N° 19.550 comentada”, T. IV, ps. 183 y ss., Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2008).

VI.5. En la búsqueda de una hermenéutica equitativa y razonable del texto legal, merecen destacarse dos precedentes que reflejan la evolución de nuestra jurisprudencia en la materia.

a. En el primero de ellos, la Sala D de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, en autos “Tacchi, Carlos c. Peters Hnos.” (Fallo del 08/05/1992, LA LEY, 1994-A, 384, cita Online, AR/JUR/266/1992), consideró que para la determinación del valor de sus acciones, el accionista que recede debe aceptar el último balance común que realizó o debió realizar la sociedad, aun cuando contenga defectos, sin poder pretender la confección de un balance especial. Sin embargo, admitió excepcionalmente el derecho de quien recede a impugnar ese balance y obtener su rectificación más allá del plazo de tres meses establecido por el art. 251 de la Ley N° 19.550, cuando exista irracionalidad o arbitrariedad manifiestas en las constancias del estado contable, lo que por lo demás, la experiencia enseña que es lo que ocurre de ordinario, pues como regla, los balances se confeccionan conforme a pautas meramente contables que no reflejan el valor real de la empresa.

Para el Tribunal, la acción prevista en el art. 251 es una acción “social-particular” o “mixta”, en el sentido de que por ella se intenta la protección

tanto de intereses sociales cuanto particulares del socio, en tanto socio. Como acción “mixta”, difiere y no es asimilable a la que compete a un socio que ve afectado exclusivamente su derecho particular, como es aquél que recede. En este caso, el accionista que se retira dispone de una acción individual, en defensa de sus intereses particulares, que no es la prevista en el art. 251 —ni en otra norma expresa—, cuyo ejercicio no está sujeto al plazo de tres meses, pues las normas sobre caducidades no son aplicables por extensión. De ello concluye que no pesa sobre el socio recedente la carga de impugnar el balance por la vía del art. 251, Ley N° 19.550.

b. Por su parte, la Sala I de la Suprema Corte de la provincia de Mendoza, en sentencia del 21/12/2011 *in re* “Sar Sar, Roberto M. c. Hemodíalisis San Martín SRL” (La Ley, cita Online AR/JUR/85425/2011), para la determinación de la suma a reintegrar al socio recedente, ordenó adicionar el “valor llave” a la valuación de las acciones derivada del último balance, entendiendo que al efecto no era necesario declarar la inconstitucionalidad del art. 245, Ley N° 19.550.

El Supremo Tribunal mendocino juzgó que pese a que la referida norma no contempla el valor llave en modo alguno, lo cierto es que tampoco prohíbe expresamente su inclusión. Por ello, al no contener la ley específica norma alguna al respecto, entendió que podía recurrirse a lo establecido en el art. 1788 bis del Cód. Civil, por vía supletoria, toda vez que allí se dispone que “en la liquidación parcial de la sociedad por fallecimiento o retiro de algún socio, la parte del socio fallecido o saliente se determinará, salvo estipulación en contrario en el contrato social, computando los valores reales del activo y el valor llave, si existiese”.

Para el Alto Tribunal, lo contrario significaría una notoria injusticia y una clara violación al derecho de propiedad del socio que se retira, pues si la sociedad fuera vendida con posterioridad a la salida del socio recedente, los demás socios pedirían al comprador el reconocimiento de ese valor y la operación sería completamente legítima.

VI.6. Asegurando la justicia de la decisión de la Corte de Mendoza en “Sar Sar”, nuestra doctrina destacó que no era ajeno a las normas de interpretación del derecho positivo, una hermenéutica

integradora y superadora del texto explícito de una norma, cuyo sentido debe correlacionarse y armonizarse coherentemente, no sólo con el resto del ordenamiento jurídico, sino fundamentalmente, con los principios constitucionales. En este sentido, se ha destacado que reiteradamente la Corte Suprema de Justicia de la Nación afirmó que “por encima de lo que las leyes parecen decir literalmente, es propio de la interpretación indagar lo que ellas dicen jurídicamente, es decir en conexión con las demás normas que integran el ordenamiento general del país”. En esta indagación no cabe prescindir de las palabras de la ley, pero tampoco atenerse rigurosamente a ellas, cuando la interpretación razonable y sistemática así lo requiere (Fallos: 241:227; 244:229; 255:369). El espíritu de la ley está en lo que propone; se identifica con su finalidad. Los jueces, en cuanto servidores del derecho para la realización de la Justicia, no pueden prescindir de la búsqueda de la significación jurídica de las normas aplicables al caso que consagre su versión técnicamente elaborada y adecuada a su espíritu y finalidad (confr. Dasso, Ariel G., ob. cit.).

VII. Efectuadas las aclaraciones precedentes, abordaré los recursos de casación deducidos por actor y demandada, haciéndolo conjuntamente por razones metodológicas.

VII.1. Compartiendo el razonamiento de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial en “Tacchi c. Peters Hnos.”, considero debe reconocerse al accionista que recede, una acción para impugnar los estados contables a tener en cuenta para determinar el valor de reembolso de las acciones recedidas, distinta e independiente de la regulada en el art. 251 de la Ley N° 19.550, que por ello, no está sujeta al plazo de caducidad de tres meses que prescribe la norma específica del ordenamiento societario.

Esta acción, en tanto tiene por finalidad la defensa de intereses individuales —y no meramente en cuanto socio— de quien se retira, nace en el momento en que se ejerce el derecho de receso, a raíz de que es también ése el momento en que la sociedad adopta las resoluciones que determinan la decisión de separarse del socio que recede.

Si como ocurre en el caso, el balance anterior a tener en cuenta para la fijación del valor de reembolso se remonta a casi un año antes de la

asamblea en que se adoptaron las decisiones sociales que motivaron la voluntad de retirarse, no resulta razonable exigir a quien recede en estas condiciones que observe e impugne los estados contables dentro del plazo del art. 251 de la Ley N° 19.550, previendo anticipadamente la ocurrencia de acontecimientos que al tiempo del tratamiento del balance y durante los tres meses siguientes no pasan de constituir una mera eventualidad.

En ese marco, la valoración del accionista que se retira, no como socio de la entidad sino como acreedor de ésta por el valor de reembolso de las acciones recedidas, justifica la resolución del Tribunal *a quo* de hacer lugar a la impugnación del balance N° 85 de Azucarera Juan M. Terán SA y disponer que se adicione al “valor libro” de las acciones, conforme a los referidos estados contables, los intangibles “valor llave” y “empresa en marcha”.

Como destaca expresamente la resolución recurrida en casación refiriéndose a la posición asumida por la accionada en autos, “no resulta admisible —pues repugna a la protección constitucional de la propiedad misma (art. 17, CN)— admitir que ‘el único cálculo posible es el que surge de determinar el valor de las acciones conforme al último balance’”, sin que se demuestre o intente demostrar —agrego—, que el balance y estados contables correspondientes reflejan los valores reales —y no meramente contables— del patrimonio social. Esto no significa una inversión de las reglas del *onus probandi*, sino simplemente, la necesidad de colaboración de las partes para coadyuvar a la justa aplicación del derecho (confr. CSJTuc., sentencia N° 277 del 19/04/2001, “Acuña, Miguel Á. y otros c. San Bernardo SRL y otro s/ cobros”).

Por ello, la queja de la demandada no puede prosperar, debiendo rechazarse el recurso de casación que articulara.

VII.2. La conclusión precedente anticipa que, para determinar el quantum del reembolso de las acciones recedidas, no habrán de tomarse sin más, los valores que resultan del balance cerrado al 30/04/2010, en la proporción del paquete accionario del que fuera titular el actor.

Comparto en este aspecto la solución de la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Men-

doza en “Sar Sar” así como la interpretación integral y armonizadora allí postulada, de modo de reembolsar las acciones recedidas por su “justo precio” (confr. Verón, Alberto V., “Ley de Sociedades Comerciales 19.550”, T. V, p. 399, LA LEY, Bs. As., 2015).

No se requiere, para ello, prescindir de la aplicación del art. 245 de la Ley N° 19.550 —ni declararlo inconstitucional—, sino efectuar su exégesis de modo de compatibilizarlo con la normativa constitucional protectoria del derecho de propiedad, así como con otras disposiciones del propio ordenamiento societario (v.gr., el art. 13, inc. 5, Ley N° 19.550) y con el art. 1788 bis del Cód. Civil, de aplicación subsidiaria en el *sub lite*, por su vigencia al tiempo de los hechos en debate (confr. art. 7, Cód. Civ. y Com. de la Nación).

A tal efecto, las constancias incorporadas a la causa y la prueba pericial contable producida, constituyen elementos cuya ponderación no podía soslayarse íntegramente, como de hecho hizo el Tribunal de mérito al resolver diferir, para la etapa de ejecución de sentencia, la concreta determinación de la suma a reembolsar al actor como consecuencia del ejercicio del derecho de recesso, sin siquiera fijar pautas concretas que derivan de las actuaciones válidamente cumplidas.

En esa línea, esta Corte tiene dicho que el principio de gradualidad procesal, custodiado por la preclusión y fincado en las reglas del debido proceso y del derecho de propiedad, impide retrotraer un juicio a etapas ya superadas (confr. CSJTuc., sentencia N° 542 del 27/07/2002, autos “Leiva, Toribio Eulogio c. Cooperativa Trabajadores Unidos Campo de Herrera s/ cobro ordinario”).

Desde esta perspectiva, la decisión recurrida implica, tal como sostiene el actor en el recurso en trato, incumplir el mandato que emerge del inc. 6° del art. 265 procesal, que impone a los jueces decidir, expresa, positiva y precisamente, las pretensiones deducidas en el juicio. La doctrina local ha destacado que el más Alto Tribunal nacional elevó a condición fundamental de validez de una sentencia, que ella se ajuste al contenido de las peticiones formalizadas, debiendo el órgano jurisdiccional pronunciarse respecto al pedido de protección de derechos que se hace valer, pues si no hay decisión sobre alguna cues-

tión oportunamente propuesta, se genera una omisión que afecta el derecho del recurrente (confr. “Código Procesal Civil y Comercial de Tucumán”, Bourguignon - Peral [Directores], T. I-B, p. 990, Bibliotex, Bs. As., 2012).

También ha dicho la Suprema Corte de la Nación que la omisión de pronunciamiento respecto de cuestiones conducentes para la solución de la causa y oportunamente propuestas por las partes, privan a la sentencia del juicio, de fundamentos bastantes para sustentarla, haciendo procedente su invalidación (confr. CSJN, Fallos: 247:111; 234:307; 241:405 y otros).

En razón de lo expuesto, entiendo que debe hacerse lugar, parcialmente, al recurso de casación del actor contra la sentencia en recurso, la que propongo se case, sobre la base de la siguiente doctrina legal: “Debe descalificarse como acto jurisdiccional válido, la sentencia que violentando los principios de preclusión y progresividad, retrotrae el procedimiento, ordenando reeditar actos ya cumplidos y omitiendo decidir, expresa y precisamente, la pretensión deducida por el actor al demandar”.

VII.3. No resulta atendible, en cambio, el agravio del actor dirigido a cuestionar la imposición de costas por el orden causado. Los embates del recurrente no alcanzan a conmovir las razones que la Cámara tuvo en cuenta para distribuir de ese modo los causídicos, esto es, la complejidad de las cuestiones controvertidas, las deficiencias probatorias y la posición del órgano jurisdiccional, todo lo cual surge manifiesto de los desarrollos precedentes.

VII.4. En virtud de lo expresado, admitiéndose parcialmente el recurso de casación deducido por el actor, corresponde remitir las actuaciones al Tribunal *a quo* para que, con diferente integración, dicte nueva resolución conforme a lo considerado.

A ese fin, la prueba pericial contable producida en autos, aunque realizada en base a un balance y estados contables incorrectos, arroja luz sobre los criterios a los que ajustar la determinación del valor de reembolso que le corresponde percibir al actor.

En otros términos, aunque los importes que resultan de la prueba pericial contable produci-

da no pueden tomarse en consideración ya que, como dijera, el balance tenido en cuenta por el experto es posterior a aquél que debió ser objeto de su análisis, son las operaciones efectuadas por el perito las que permitirán determinar el valor de las acciones recedidas. En efecto:

a. El perito indicó que el valor de las acciones surge de prorratar el paquete accionario del que era titular el actor en el patrimonio neto de la sociedad según el respectivo balance (véase fs. 539). Corresponderá, en consecuencia, proporcionar las acciones que pertenecían a Guido Máximo Terán con el patrimonio neto de Azucarera Juan M. Terán SA conforme al balance y estados contables cerrados al 30/04/2010, cuya copia obra a fs. 139/171 de autos.

En este punto, siendo que todas las acciones de la sociedad demandada, cualquiera sea su clase o grupo, tienen el mismo valor (conforme al art. 5° del contrato social, fs. 181 vta.), corresponderá aclarar el distingo que efectúa el experto en la avaluación —y asignación de porcentual en el capital social— de las acciones recedidas, según éstas fueran clase “A” o clase “B”.

b. También informó el perito que un método para determinar el valor de la “empresa en marcha”, consiste en estimar sus utilidades futuras sobre la base de la utilidad del ejercicio que corresponda tomar como punto base de cálculo (en el caso, según se viera, el cerrado al 30/04/2010), proyectándolas en un lapso de cinco años.

Como el mecanismo no ofreció reparos de las partes, para la fijación del valor “empresa en marcha”, deberán proyectarse las utilidades de Azucarera Juan M. Terán SA durante un período de cinco años, partiendo de las obtenidas en su ejercicio económico N° 85, cerrado el 30/04/2010, para luego prorratar el producto resultante en el porcentual que las acciones recedidas representan del capital social.

c. Por último, el “valor llave” surgirá de adicionar un cincuenta por ciento (50%) al “valor libro” de las acciones, atento el método de valuación propuesto por el experto.

Si bien el mecanismo de fijación del “valor llave” fue observado por la demandada, sus embates no pueden tenerse en cuenta pues reflejan su mera discrepancia con el criterio del perito, mas

resultan insuficientes para apartarse del procedimiento de valuación que consideró apropiado quien ostenta conocimientos técnico-contables y, en tal carácter ha sido llamado a intervenir en autos.

d. Finalmente, a todas las sumas obtenidas, deberán aplicárseles intereses, desde el 30/04/2010, de acuerdo a la determinación efectuada por la Alzada, dado que no fue materia de agravio por parte de los recurrentes.

e. Huelga decirlo, para la fijación del valor de reembolso de las acciones recedidas, incluyendo los intangibles “valor llave” y “empresa en marcha”, el Tribunal *a quo* dispone de todas las facultades que le confiere el ordenamiento jurídico, inclusive las del art. 39 del CPCCT si estima pertinente su ejercicio.

VIII. Atento el modo en que se resuelve, las costas de ambos recursos se imponen a la parte demandada, en su carácter de vencida, por ser ley expresa (art. 105, CPCCT).

El doctor *Posse* dijo:

Estando de acuerdo con los fundamentos dados por el doctor *Leiva*, vota en idéntico sentido.

La doctora *Sbdar* dijo:

Comparto la prolija reseña de los antecedentes de la causa y la conclusión sobre el juicio de admisibilidad de los recursos de casación interpuestos por la actora y la demandada, apartados I a V del voto del señor Vocal preopinante, doctor Daniel Leiva. Asimismo, comparto y adhiero a los fundamentos expresados en los apartados VI, VI.1, VI.2, VI.3, VI.4, VI.5, VI.6, VII, VII.1, VII.2, VII.3, VIII y a la parte resolutive del referido voto.

Visto el resultado del precedente acuerdo, la Excma. Corte Suprema de Justicia, por intermedio de su Sala en lo Civil y Penal, resuelve: I. No hacer lugar, con pérdida del depósito, al recurso de casación deducido por la demandada contra la sentencia de la Sala III de la Excma. Cámara en lo Civil y Comercial Común del 27/03/2018. II. Hacer lugar parcialmente, con devolución del depósito, al recurso de casación interpuesto por el actor contra la sentencia de la Sala III de la Excma. Cámara en lo Civil y Comercial Común del 27/03/2018 y, en consecuencia, casar el decisorio

en recurso en base a la doctrina legal enunciada. III. Reenviar las actuaciones al Tribunal *a quo* a fin de que, con nueva integración, dicte nuevo pronunciamiento conforme lo considerado. IV. Costas conforme lo considerado. V. Reservar pronunciamiento sobre regulación de honorarios para su oportunidad. Hágase saber. — *Claudia B. Sbdar* (con su voto). — *Daniel O. Posse*. — *Daniel Leiva*.

DERECHO DE RECESO

Reembolso de acciones. Determinación del valor.

Con nota de Luis Alberto Miguel y Jaime Roig

1. — Siendo que todas las acciones de la sociedad demandada, cualquiera sea su clase o grupo, tienen el mismo valor, corresponderá aclarar el distingo que efectúa el experto en la evaluación de las acciones recedidas, según éstas fueran clase “A” o clase “B”.
2. — Si bien el mecanismo de fijación de “valor llave” fue observado por la demandada, sus embates no pueden tenerse en cuenta, pues reflejan su mera discrepancia con el criterio del perito, más resultan insuficientes para apartarse del procedimiento de valuación que consideró apropiado quien ostenta conocimientos técnico-contables y, en tal carácter ha sido llamado a intervenir en autos.

CCiv. y Com. Común, Tucumán, sala III, 12/03/2021. - Teran, Guido Maximo c. Azucarera Juan M. Teran S.A. s/ Especiales (residual).

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/51220/2021]

Expte. N° 1877/11

2ª Instancia.- San Miguel de Tucumán, marzo 12 de 2021.

¿Está ajustada a derecho la sentencia apelada?

El doctor *Ibáñez* dijo:

1. Que vienen nuevamente los autos para resolver los recursos de apelación interpuestos por

el actor y la demandada en contra de la sentencia de fecha 24/11/2016 (fs. 998/1006), en virtud que la sentencia dictada por esta Cámara con distinta composición de fecha 27/03/2018 (fs. 1058/1065), ha sido casada parcialmente por la Excm. Corte Suprema de Justicia, mediante la sentencia de fecha 19/02/2020 (fs. 1111/1120).

2. En dicha sentencia casatoria, la Excm. Corte Suprema de Justicia ha rechazado el recurso de casación deducido por la demandada y hace lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto por el actor, disponiéndose el reenvío de las actuaciones al Tribunal a fin de que, con nueva integración, dicte un nuevo pronunciamiento, conforme a lo allí considerado.

En la referida sentencia, el alto Tribunal ha determinado que “la prueba pericial contable producida en autos, aunque realizada en base a un balance y estados contables incorrectos, arroja luz sobre los criterios a los que hay que ajustar la determinación del valor de reembolso que le corresponde percibir al actor.

También ha resuelto que “aunque los importes que resultan de la prueba pericial contable producida no pueden tomarse en consideración ya que el balance tenido en cuenta por el experto es posterior a aquél que debió ser objeto de su análisis, son las operaciones efectuadas por el perito las que permitirán determinar el valor de las acciones recedidas. En efecto:

a. El perito indicó que el valor de las acciones surge de prorratear el paquete accionario del que era titular el actor en el patrimonio neto de la sociedad según el respectivo balance (véase fs. 539). Corresponderá, en consecuencia, proporcionar las acciones que pertenecían a Guido Máximo Terán con el patrimonio neto de Azucarera Juan M. Terán SA conforme al balance y estados contables cerrados al 30/04/2010, cuya copia obra a fs. 139/171 de autos.

En este punto, siendo que todas las acciones de la sociedad demandada, cualquiera sea su clase o grupo, tienen el mismo valor (conforme al art. 5° del contrato social, fs. 181 vta.), corresponderá aclarar el distingo que efectúa el experto en la evaluación —y asignación de porcentual en el capital social— de las acciones recedidas, según éstas fueran clase “A” o clase “B”.

b. También informó el perito que un método para determinar el valor de la “empresa en marcha”, consiste en estimar sus utilidades futuras sobre la base de la utilidad del ejercicio que corresponda tomar como punto base del cálculo (en el caso, según se viera, el cerrado el 30/04/2010), proyectándolas en un lapso de cinco años.

Como el mecanismo no ofreció reparos de las partes, para la fijación del valor “empresa en marcha”, deberán proyectarse las utilidades de Azucarera Juan M. Terán SA durante un período de cinco años, partiendo de las obtenidas en su ejercicio económico N° 85, cerrado el 30/04/2010, para luego prorratear el producto resultante en el porcentual que las acciones recedidas representan del capital social.

c. Por último, el “valor llave” surgirá de adicionar un 50% al “valor libro” de las acciones, atento al método de valuación propuesto por el experto.

Si bien el mecanismo de fijación de “valor llave” fue observado por la demandada, sus embates no pueden tenerse en cuenta pues reflejan su mera discrepancia con el criterio del perito, más resultan insuficientes para apartarse del procedimiento de valuación que consideró apropiado quien ostenta conocimientos técnico-contables y, en tal carácter ha sido llamado a intervenir en autos.

d. Finalmente, a todas las sumas obtenidas deberán aplicárseles intereses, desde el 30/04/2010, de acuerdo a la determinación efectuada por la Alzada, dado que no fue materia de agravio por parte de los recurrentes.

e. Huelga decirlo para la fijación del valor de reembolso de las acciones recedidas, incluyendo intangibles “valor llave” y “empresa en marcha”, el Tribunal *a quo* dispone de todas las facultades que le confiere el ordenamiento jurídico, inclusi-

ve las del art. 39 del CPCCT si estima pertinente su ejercicio” (fs. 1119).

3. Por lo tanto, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia casatoria, ha establecido que debe determinarse el valor de las acciones recedidas del actor en base al balance y estados contables cerrados el 30/04/2010, a lo que deben sumarse los intangibles de “empresa en marcha” y “valor llave” en base a las pautas establecidas por el perito contador, y también aclara que este tribunal puede recurrir a las facultades del art. 39 del CPCCT a los efectos de determinar los montos resultantes.

4. Por lo tanto, atento a lo resuelto por el alto Tribunal, previo a resolver corresponde disponer como medida para mejor proveer que el perito contador designado en autos Raúl Albornoz Mena, determine el valor de las acciones recedidas del actor en base al balance del 30/04/2010, el valor empresa en marcha y el valor llave, todo ello de conformidad a las pautas establecidas por la Excma. Corte Suprema de Justicia.

Es mi voto.

La doctora *Amenábar* dijo:

Que estando de acuerdo con los fundamentos dados por el Sr. Vocal preopinante, se adhiere a los mismos, votando en igual sentido.

Visto el resultado de la votación consignada precedentemente, se resuelve: Disponer como medida para mejor a proveer, previo a resolver, que el perito CPN Raúl Albornoz Mena, designado en autos, proceda a determinar el valor de las acciones recedidas del actor en base al balance del 30/04/2010, el valor empresa en marcha y el valor llave, todo ello de conformidad a las pautas establecidas por la Excma. Corte Suprema de Justicia en la sentencia del 19/02/2020. Hágase saber. — *Carlos M. Ibáñez*. — *María D. P. Amenábar*.

El derecho de receso: su actualidad

Luis Alberto Miguel (*)

Jaime Roig (**)

Sumario: I. Introducción.— II. Los estados contables.— III. Acción de impugnación de estados contables.— IV. La impugnación autónoma.— V. El derecho de receso.— VI. El recedente ¿es un tercero frente a la sociedad comercial?— VII. Una verdad de Perogrullo.— VIII. El contenido económico del receso.— IX. Un interesante fallo.— X. Su análisis.— XI. ¿Es necesario solicitar la inconstitucionalidad del art. 245 de la LGS?— XII. ¿Es necesario impugnar el balance sobre el que debe calcularse el reembolso?— XIII. ¿El valor llave es o no comprensivo del valor empresa en marcha?— XIV. ¿Qué implica la modificación de la LGS, que ahora se refiere al balance “a realizarse”?— XV. Una cuestión de tiempos.— XVI. De nuevo con la tasa.— XVII. Conclusiones.

I. Introducción

La Corte Suprema de Justicia de la provincia de Tucumán hizo lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto por el actor en contra de la sentencia de la sala III de la Cámara en lo Civil y Comercial Común del 27/03/2018.

El fallo en cuestión introduce a debate ciertos interrogantes para la doctrina societaria, a saber:

1. Pese a la redacción del art. 245, Ley General de Sociedades (LGS), ¿se puede considerar estados contables a los balances que aún no estuviesen aprobados por el órgano de gobierno de la sociedad?

2. ¿Cuál es la acción de impugnación de estados contables a la que se refiere el fallo?

3. El valor de las acciones recedidas ¿puede determinarse por otras constancias que no sean

las de los estados contables ya aprobados con anterioridad?

4. El socio que recede ¿es considerado socio o tercero a los efectos de la acción de impugnación de estados contables?

II. Los estados contables

La interpretación del art. 245 de la ley 19.550 con la modificación introducida por ley 22.903 constituye el criterio del fallo, que en lo pertinente reza: “las acciones se reembolsarán por el valor resultante del último balance realizado o que deba realizarse en cumplimiento de normas legales o reglamentarias”.

La confección del balance y de los demás estados contables constituyen actos complejos que, siguiendo las normas técnicas de la profesión y el procedimiento previsto por la normativa societaria, suponen una verdadera expresión de voluntad que determina una multiplicidad de efectos jurídicos y no una mera operación aritmética a partir del inventario.

Para que la información contable preparada o confeccionada por el órgano de administración pueda formalmente considerarse como “estados contables”, es menester que sea aprobada por el órgano de gobierno de la sociedad, en reunión o asamblea de socios, previo dictamen

(*) Profesor Asociado a cargo de las cátedras de Derecho Comercial I y Derecho Privado II. Facultad de Humanidades. UNSE. Profesor Adjunto de Derecho Societario. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales UNT.

(**) Abogado (UNT), Magíster en Economía y Derecho (UTDT), Profesor Adjunto de Derecho de la Empresa I (USPT), Profesor Adjunto de Derecho Privado Empresarial y Práctica Concursal Societaria (USPT).

previsto dentro de las competencias del órgano de fiscalización (art. 294, inc. 5º, LGS).

La doctrina y la jurisprudencia tienen dicho que en las sociedades en general, por definición de funciones, la responsabilidad de formular el balance es originaria de los administradores, por lo que es un “proyecto de balance” que, a partir del momento en que el órgano de gobierno lo aprueba, se trata formalmente del balance de la sociedad, y emerge legalmente la utilidad “líquida y realizada”.

Los estados contables adquieren virtualidad jurídica mediante resolución de la asamblea o reunión de socios. La aprobación asamblearia resulta así un acto necesario para completar la eficacia de los estados contables, esto es, un acto social de eficacia interna, a partir del cual recién se configura el presupuesto del art. 68, LGS, que habilita la distribución de los beneficios, condenando a la repetición de las ganancias repartidas en violación a esta regla.

En efecto, son los socios quienes pueden observar, rechazar o aprobar los resultados que arroja la información contable y, con ello, la deducción de quebrantos anteriores, las reservas y la utilidad; a la vez, habrán de decidir repartir o no tales utilidades y lo atinente a los honorarios de los administradores y síndicos, si correspondiera.

El derecho a la aprobación o impugnación de los estados contables es irrenunciable, y cualquier convención en contrario es nula, conforme lo estatuye el art. 69 de la LGS. Este derecho es de orden público, derivado del derecho de información que tienen los socios.

III. Acción de impugnación de estados contables

El tratamiento de lo que se conoce comúnmente como “impugnación de los estados contables”, es decir, de aquella documentación que ha sido elaborada siguiendo los procesos o etapas correspondientes, observando las normas pertinentes y luego sometida al proceso aprobatorio final, acompañado de las características jurídicas de las figuras y órganos intervinientes en dicho proceso, implica estudiar la institución de la impugnación de la decisión asamblearia

del art. 251 de la LGS y su correlato: la suspensión preventiva de la ejecución de la resolución impugnada (art. 252, LGS), tratándose obviamente de aquellas sociedades que cuentan con órgano asambleario, como la sociedad por acciones. Se trata así de la acción judicial-societaria de impugnación, que ataca a una o más resoluciones asamblearias, prevista en los arts. 251 a 253 de la LGS.

La acción de impugnación de la resolución asamblearia permite que pueda plantearse su nulidad dentro del plazo de caducidad de tres meses de clausurada la asamblea, en los casos en que lo resuelto sea contrario a la ley, estatuto o reglamento —interpretado ello conforme a la abundante doctrina y jurisprudencia que se ha construido en torno a esta temática—. En efecto, de acuerdo con lo normado por el art. 234 de la LGS, “corresponde a la asamblea ordinaria considerar y resolver (...) 1) Balance general, estado de resultados, distribución de ganancias, memoria e informe del síndico y toda otra medida relativa a la gestión de la sociedad que le compete resolver conforme a la ley y el estatuto o que sometan a su decisión el directorio, el consejo de vigilancia o los síndicos”.

Se trata entonces de materia pasible de impugnación, según lo allí resuelto.

IV. La impugnación autónoma

El fallo en comentario parece innovar en la materia tras considerar la acción como tercero del socio recedente, quizá confiriéndole una acción autónoma de impugnación de estados contables.

Dentro de la opción prevista en el art. 251, la LGS no asigna legitimación activa a quienes, sin estar enumerados en los puntos precedentes, demuestren un interés legítimo. La jurisprudencia se muestra muy restrictiva; solo admite esta circunstancia en algunos supuestos en los que entendió que mediaba una nulidad absoluta.

La posibilidad de impugnar los estados contables de manera autónoma, sin tener que recurrir a la impugnación de la decisión asamblearia, no ha recibido, en cambio, un tratamiento sistemático por parte de la doctrina nacional, pudiendo advertirse solo ligeras referencias sobre algunos supuestos concretos de aplicación.

En efecto, se ha sostenido que solamente lo que respecta a los estados contables falsos es aplicable a las normas contenidas en el Código Civil y Comercial de la Nación, pudiendo prescindirse del término establecido en la LGS para intentar la invalidez de cualquiera de los documentos previstos en el inc. 1º del art. 234, LGS.

Ello significa que, en lo atinente a los estados contables, se puede demandar la declaración de nulidad de una decisión asamblearia con prescindencia del plazo del artículo pertinente de la Ley de Sociedades, cuando se trate de un balance falso cuya entidad y proyecciones afecten el “orden público” económico mercantil.

Por el contrario, cuando en un balance se violan algunos de sus principios informadores, tales como el de claridad y exactitud, su eventual invalidez debe encuadrarse en el régimen específicamente societario de impugnación de las decisiones asamblearias.

Pero, quien pretenda la declaración de nulidad de una decisión asamblearia aprobatoria de un balance falso de tal magnitud, amén de la acreditación de los extremos demostrativos de su falsedad, debe probar la existencia de un interés para lograr la declaración de invalidez.

Debe tenerse en cuenta que los estados contables no son una simple operación objetiva y exacta que resume, a un momento dado, los saldos de la empresa a partir de las existencias constatadas en el inventario y la documentación respaldatoria de las cuentas de ingresos y egresos como de las de contenido patrimonial, ya que, si se impugna el estado de resultados, se modificará el balance general en la composición del patrimonio neto y su cuadro de “estado de evolución”. Por lo que son un instrumento jurídico fuertemente impregnado de consideraciones económicas, financieras y contables, en cuya confección participan distintos órganos societarios hasta la consideración final por parte de la asamblea que lo aprueba, pudiendo entenderse como un acto jurídico típicamente mercantil.

Desde esta interesante perspectiva conceptual, Cabanellas de las Cuevas sostiene que, con prescindencia del tratamiento asambleario, el balance en sí “es un acto jurídico imputable a la

sociedad, con una multiplicidad de efectos sobre esta, sus socios y terceros, acto que como tal puede ser impugnado en razón de sus vicios” (1). Esta apreciación admite la impugnación de los balances y demás estados contables en cuanto acto jurídico comercial, aplicando las normas de nulidad de tales actos.

El balance y demás estados contables no constituyen uno más de los puntos a tratar en una asamblea societaria, sino que adquieren entidad propia, poseen efectos jurídicos específicos y conforman un acto de formulación compleja, que pasa por distintos estadios intra-societarios y del que la aprobación asamblearia es la última de sus fases. Por lo tanto, su nulidad podría plantearse de manera independiente, y la sentencia que se dictara tendría los efectos propios de la nulidad de un acto jurídico de naturaleza comercial.

V. El derecho de receso

Es fácil tomar la decisión de entrar en una sociedad, pero ¿qué sucede cuando se quiere salir?

Como en todo contrato, tiene que haber una cláusula de escape. En las sociedades comerciales, el escape se llama “receso”. Está previsto en el art. 245, LGS. Permite a los integrantes de una sociedad separarse de ella siempre que se reembolse el valor de su participación.

En la práctica, es usual que se presente la discusión en torno a su cuantificación. Partiendo de la premisa de que las condiciones de su ejercicio no están plasmadas en el estatuto y de que los estados contables (“EE.CC.”) arrojan saldo positivo, debemos remitirnos a la LGS, que establece que ese importe debe surgir del último balance realizado o a realizarse. Sin embargo, ese balance no siempre refleja la realidad comercial de la sociedad, que, quizás por temor a entrar en el radar del Fisco, no expone la plusvalía que otorgan los bienes intangibles.

La pregunta, entonces, parece ser: ¿confeccionamos un balance especial de receso, que

(1) CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo, “Los órganos societarios”; en *Derecho societario, Parte general*, Ed. Heliasta, Buenos Aires, 1996, p. 25.

no tenga impacto fiscal, o entramos en un juicio eterno para que un perito determine el valor de la acción?

La primera opción no está prevista en la ley —tampoco prohibida—. La segunda tiene años de trámite y algunas incógnitas, como, por ejemplo, ¿debí impugnar el balance?; ¿indico que el valor llave no comprende al de la empresa en marcha?; ¿cuál es el balance a realizarse?; ¿es inconstitucional el art. 245?

VI. El recedente ¿es un tercero frente a la sociedad comercial?

El receso es la dimisión del socio o accionista al ejercicio de sus derechos y obligaciones dentro de la sociedad comercial.

Se trata de la atribución que la ley acuerda al integrante disconforme con determinadas resoluciones asamblearias de retirarse o separarse de la sociedad, por la sola manifestación, con el correspondiente reembolso del valor de sus acciones.

Se considera al derecho de receso como un acto unilateral (declaración del recedente de ejercerlo) y recepticio (la consiguiente obligación de la sociedad de admitirlo), que no requiere aceptación por la sociedad. Está disponible con la sola aprobación asamblearia del asunto que otorga tal derecho al disconforme, pero requiere de una inequívoca manifestación de voluntad del recedente, que pierde su carácter de socio para transformarse en acreedor de la sociedad, hasta que se le pague el valor de las acciones recedidas. Además de ser un acto unilateral, se incluye en la categoría de los derechos potestativos extintivos, dado que depende de la sola voluntad del socio (2).

En el caso que vamos a comentar, el accionista Guido M. Terán votó en contra de la decisión de Azucarera Juan M. Terán SA, adoptada en el marco de la asamblea general extraordinaria del 01/04/2011, consistente en aprobar la prórroga del plazo de duración de la sociedad (extendiéndolo hasta el 01/07/2030) y ampliar el

objeto social (incorporando como actividad de la sociedad “la producción, generación y/o co-generación de energía eléctrica, y su transferencia, distribución, entrega, o comercialización, bajo cualquier figura o modalidad que resulte válida de acuerdo con la normativa legal que se encuentre vigente”).

Posteriormente, dentro del quinto día de la clausura de la asamblea, ejerce su derecho de receso. Manifiesta su voluntad en forma clara y contundente mediante carta documento del 05/04/2011, en cuyo párrafo pertinente expresa: “... vengo formalmente a ejercitar mi derecho de receso de conformidad al art. 245 y ccdd. de la ley 19.550 y sus modificaciones, comprendiendo en el mismo la totalidad de mis acciones de Azucarera Juan M. Terán SA”.

Guido M. Terán dejó de ser accionista, para convertirse en tercero, el 05/04/2011. La sociedad tenía una forma de revertir esta situación y permitir el reingreso de Terán a la sociedad, pero no echó mano a esa alternativa, consistente en revocar su decisión dentro de los sesenta días contados a partir del vencimiento del plazo para receder. Por todo ello es que, para el accionista, a partir de la notificación del receso, cesa en el haz de derechos y obligaciones que tiene con la sociedad para dar lugar a un derecho creditorio en contra de ella, consistente en el reembolso de sus acciones.

La arista contable debe estar presente en la determinación de este reembolso: vendrá de la mano del contador que firmó el balance de la sociedad o del perito que ejerza su función en el juicio ordinario que se inicie cuando su cuantía sea cuestionada.

Se suma como opción la confección de un balance especial de receso, que tendrá como ventaja la posibilidad de reflejar la real situación económico-financiera de la sociedad, mientras que tiene la contra de que visualizará intangibles que magnifican el valor de una sociedad, con el consecuente riesgo de que este incremento sea expuesto y gravado por el Fisco.

La práctica de una pericia contable impide que los intangibles sean alcanzados por impuestos, pero implica adentrarnos en una contienda que puede tomar años en su resolución.

(2) CARLINO, Bernardo P., “Receso con PN negativo”, LA LEY del 11/02/2014; LA LEY 2014-A, 917; *Enfoques* 2014 (marzo); LL AR/DOC/181/2014.

En consecuencia, la decisión de la sociedad deberá girar en torno a cuantificar, por un lado, el valor asignado a su cuota por el recedente y, por el otro, el importe de las costas en un proceso judicial, sin soslayar que, en un caso, el desembolso es inmediato y, en el otro, puede dilatarse en el tiempo (3).

VII. Una verdad de Perogrullo

Está latente la incapacidad de los principios y normas contables actuales para prescribir cómo identificar, medir y gestionar recursos de forma adecuada. La contabilidad presenta serias deficiencias en cuanto a la revelación de su información: algunos se contabilizan como activos (p. ej., una patente adquirida a terceros), otros como gastos (en general reciben este tratamiento los costos de investigación) y otros no se contabilizan en absoluto (p. ej., la capacidad organizativa de la empresa o el valor de su capital humano). La falta de información completa y homogénea sobre los intangibles impide que las potencialidades de las empresas se conozcan, y afecta la toma de decisiones de los distintos agentes económicos. La evidencia de diferencias importantes entre los valores de mercado de muchas empresas y sus valores de libros sugiere que los mercados están considerando aspectos no incluidos en los actuales EE.CC., como, por ejemplo, los activos intangibles no reconocidos contablemente. Esta brecha se observa especialmente en los sectores intensivos en alta tecnología y conocimiento, en los cuales las empresas realizan grandes inversiones en investigación y desarrollo (I+D) y marcas (4).

No con poco asombro observamos que se consagró jurisprudencialmente el principio de que el ciento por ciento de los balances no trasluce la realidad económica de las sociedades comerciales en la República Argentina. Es una cuestión que se da por sentada, como una

verdad de Perogrullo. “Los contadores hacen dibujos fantásticos”, se escucha a menudo. En distintas resoluciones judiciales, frases como “los balances se confeccionan conforme a pautas meramente contables que no reflejan el valor real de la empresa” (5) se han convertido en habituales.

Sin embargo, no hemos visto ningún juez que sancione a los profesionales de las ciencias económicas que los confeccionan; por el contrario, las sentencias buscan que peritos judiciales procedan con ciertos “remaches” para que estos instrumentos no pierdan su validez.

En rigor de verdad, el contador de la sociedad que confecciona sus EE.CC. se ciñe a lo netamente documentado. Veamos un ejemplo.

Al momento de inscribir su marca, Coca-Cola seguramente contrató un abogado especialista en marcas, quien por la gestión cobró, pienso, USD 100 (cien dólares estadounidenses). Supongamos que en gastos de sellados y copias haya tenido USD 50 (cincuenta dólares estadounidenses) adicionales.

En consecuencia, el costo de la marca Coca-Cola está justificado en una factura de honorarios y comprobantes de impuestos que se registraron por un valor de USD 150 (ciento cincuenta dólares estadounidenses).

Hoy, según un estudio de la consultora Interbrand, la marca Coca-Cola sería la marca mejor valorada del mundo (mayor potencia de beneficios atribuible directamente a la marca). El estudio incluye también una estimación (bastante creíble) del valor de la marca: 68.700 millones de dólares. Entre las cinco primeras de la clasificación, Coca-Cola es, junto a IBM, la única que crece (+3% en un año). El valor de la marca representa así más del 50% del valor bursátil del grupo (6).

Este valor millonario no está reflejado en los EE.CC., ya que es un intangible que solo se convertirá en algo material el día en que Coca-Cola sea transferida a un nuevo dueño.

(3) El VAN (valor actual neto) de la segunda opción puede ser inferior al desembolso requerido por la primera, lo que hará a la sociedad inclinarse por judicializar el retiro.

(4) SUARDI, Diana y otros, “Las categorías de intangibles y su tratamiento contable”, Undécimas Jornadas de Investigaciones en la Facultad de Ciencias Económicas y Estadística, Universidad Nacional de Rosario, noviembre de 2007.

(5) CNCom., sala D, 08/05/1992, “Tacchi, Carlos c. Peters Hnos.”, LA LEY 1994-A, 384; LL AR/JUR/266/1992.

(6) “El valor de la marca Coca-Cola” (*ocu.org*).

Ahora bien, el accionista que recede, ¿tiene derecho a percibir parte de este intangible? La respuesta afirmativa no está prevista en la LGS. En su momento se hizo una aplicación analógica del art. 1778 bis del Cód. Civil para justificar su utilización (7); sin embargo, el Código Civil y Comercial vigente nada dice al respecto.

VIII. El contenido económico del receso

El accionista que se va tiene derecho al reintegro de su participación.

El art. 245, LGS, al regular el derecho de receso, respecto de la fijación del valor de las cuotas, dispone lo siguiente: “Las acciones se reembolsarán por el valor resultante del último balance realizado o que deba realizarse en cumplimiento de normas legales o reglamentarias (...). El valor de la deuda se ajustará a la fecha del efectivo pago”.

La redacción actual de la norma obedece a la reforma introducida por la ley 22.903, por cuanto la LGS determinaba como valor del reembolso el resultante del último balance aprobado.

A esta altura, el crédito que se crea a favor del recedente convierte su condición de integrante en la de acreedor de la sociedad y genera la obligación de la sociedad del reembolso del valor de las acciones.

Su pago tiene como consecuencia directa la reducción del capital social, puesto que, si los desconformes fueron varios o el valor de las acciones predominante, el derecho de receso puede llevar a la disolución social.

Es patente la voluntad del legislador de evitar los gastos y demora que ocasiona la confección de un balance especial, por lo que, inspirándose en la doctrina de los propios actos, ha pretendido interesar al accionista en la gestión empresarial obligándolo a impugnar los EE.CC., cuando arrojen cifras que no reflejen la real situación de la sociedad.

Ariel Á. Dasso sostiene que “la ley 22.903 no satisface las expectativas doctrinarias y juris-

prudenciales en torno al difícil tema. Subyace quizás en todo el fundamento de esta posición la errónea convicción de que el derecho de receso puede atentar contra la subsistencia de la sociedad y, como resultado de tal premisa, la disimulada intención de desalentar su ejercicio por vía de la determinación de un precio en el valor de las acciones, disuasivo del mismo” (8).

En el mismo sentido, San Millán y Matta y Trejo auspician la realización de un balance especial con criterio de balance de liquidación, el que incluirá el valor de realización de las patentes, marcas y valor llave, pretendiendo que el balance especial refleje la verdadera situación patrimonial de la sociedad (9). Por su parte, Romero, Escutti y Richard consideran que el sistema de determinaciones establecido para el valor de las acciones por el texto originario de la ley puede significar una violación del derecho de propiedad del accionista y asumir carácter inconstitucional (10).

Visto desde la óptica de la sociedad o de los accionistas mayoritarios, la protección del derecho constitucional del recedente tiene como contrapunto el perjuicio que una salida trae aparejado, particularmente si se presentan “conductas obstructivas por parte de minorías díscolas en sociedades micro, pequeñas o medianas que abusando precisamente de esa condición societaria, presionan a veces por medio de repetidas acciones legales a sus consocios, para salir de la sociedad que integran con la intención de que su proceder les permita cobrar una suma muy superior a la que les correspondería por su porción social, en una evaluación de valores normales y de acuerdo con esa posición minoritaria” (11).

(8) DASSO, Ariel Á., “El derecho de separación o receso del accionista”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 1981, p. 355.

(9) “Primer Congreso de Derecho Societario”, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1979, t. II, p. 75.

(10) “Primer Congreso de Derecho Societario”, ob. cit., t. II, p. 79.

(11) ETCHEVERRY, Raúl A., “Receso, exclusión y salida de socios en caso de minoría. Hacia un nuevo derecho societario”, en *XIV Congreso Argentino y X Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa*, 1ª ed., Ed. Advocatus, Córdoba, 2019, t. III, p. 2021.

(7) SC Mendoza, sala I, 21/12/2011, “Sar Sar, Roberto M. c. Hemodiálisis San Martín SRL s/ receso p/ ordinario s/ inc. cas.”, LL AR/JUR/85425/2011.

La posición intermedia establece que es sostenida y fundamentada la necesidad de admitir la consideración de un sistema de valuación superador del normativamente previsto, consistente en la confección de balances especiales a fin de lograr la valuación real de las acciones, como consecuencia de que los balances realizados conforme a normas contables usuales y legales no reflejarían el verdadero valor de las acciones (12).

Asimismo, esta índole especial de balances tiene por finalidad determinar el real estado económico-financiero de la empresa, además de practicarse sobre la base de los valores de realización —no así los de ejercicio—, comprendiendo los rubros de las probables utilidades futuras de la empresa que el mismo socio que recede ha ayudado a construir (13).

IX. Un interesante fallo

El 19/03/2021, la Cámara Civil y Comercial de la provincia de Tucumán, al entender en los autos “Terán, Guido M. c. Azucarera Juan M. Terán SA s/ especiales (residual)”, siguió los lineamientos de la Corte local y estableció los parámetros puntuales para avanzar con la cuantificación de los intangibles que forman parte del capital social y, de esta manera, integrar la base sobre la que debe calcularse el reembolso del accionista recedente.

El fallo referido ordena que, como medida de mejor proveer, el perito contador que entiende en la causa determine el valor de la acción de la sociedad demandada, de acuerdo con los siguientes parámetros:

a) En primer lugar, el perito calculará el valor de las acciones luego de prorratear el paquete accionario del que era titular el actor en el patrimonio neto de la sociedad según el respectivo balance.

b) Luego, el perito determinará el valor de la empresa en marcha, mediante la estimación de sus utilidades futuras sobre la base de la utili-

dad del ejercicio que corresponda tomar como punto base del cálculo (en el caso, el cerrado el 30/04/2010), proyectándolas en un lapso de cinco años. Con ese número en mano, lo prorrateará en el porcentual que las acciones recedidas representaban del capital social.

c) Por último, el “valor llave” surgirá de adicionar un 50% al “valor libro” de las acciones, atento al método de valuación propuesto por el experto. Si bien el mecanismo de fijación del “valor llave” fue observado por la demandada, sus embates no pueden tenerse en cuenta, pues reflejan su mera discrepancia con el criterio del perito, mas resultan insuficientes para apartarse del procedimiento de valuación que consideró apropiado quien ostenta conocimientos técnico-contables y, en tal carácter, ha sido llamado a intervenir en autos.

d) Finalmente, a todas las sumas obtenidas deberán aplicárseles intereses desde el 30/04/2010, es decir, desde el momento de cierre del balance.

X. Su análisis

El fallo de la Corte va más allá del sistema de valuación que divide el patrimonio en acciones [de acuerdo con el punto a) precedente, denominado “VPP”], netamente contable y estático, para incorporar los puntos b) y c), referidos a conceptos financieros y que se proyectan en el tiempo.

El VPP es un método de medición y contabilización de las participaciones permanentes en sociedades. El nombre de esta norma nace en el concepto de que el valor de la inversión tendrá relación con la proporción de los activos y pasivos que correspondan del ente o, dicho de otro modo, responderá al porcentaje de participación sobre el patrimonio neto contable de la empresa participada.

El VPP es un método estático de valuación patrimonial que sigue estrictamente a los números que arroja la contabilidad, según criterios de valuación dados por las normas legales y contables. Decimos que es un método estático por cuanto se limita a calcular el valor de la empresa sumando el promedio de las ganancias pasadas, sin aventurar qué tipo de utilidades podría ge-

(12) DASSO, Ariel Á., “El derecho de separación...”, ob. cit., p. 319.

(13) ZUNINO, Jorge, “Disolución y liquidación”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1984, t. I, ps. 312-313.

nerar esa unidad productiva en el futuro (14).

La decisión de la Corte se remite a la normativa concursal, que expresamente obliga a que el síndico, al momento de confeccionar el informe general previsto en el art. 39 de la LCQ, incorpore al VPP el valor de los intangibles, como el valor de la empresa en marcha.

Veamos qué sucede con el rubro “empresa en marcha”.

La Corte no hizo mérito de las ventajas y desventajas de los distintos sistemas de valuación de empresas. Tenía para elegir entre métodos basados en el valor patrimonial, en la información bursátil, en el fondo de comercio y en el descuento de flujos de fondos.

Tampoco justificó por qué la proyección debía sostenerse en las utilidades del ejercicio y no, por ejemplo, en el valor de su patrimonio al momento de la medición; en el de su capacidad para generar flujos positivos de fondos, o bien en el valor residual patrimonial al cabo de los períodos computados (15).

Esta justipreciación basada en ganancias soslayaba contingencias propias de cualquier empresa azucarera, como, por ejemplo:

1) Demandas judiciales y/o reclamos administrativos: un ingenio es una fuente inagotable de conflictos comerciales, tributarios, ambientales inclusive. Todos ellos ponen en peligro cualquier proyección sentada en utilidades.

2) Modificaciones legislativas: que incidan en el mercado del azúcar o de los biocombustibles a cuya producción el ingenio en cuestión se abocó.

3) Pérdida de clientes clave: porque el cañero muchas veces decide alternar su cosecha, lo que podría reducir drásticamente sus ventas al ingenio.

(14) BERSTEIN, Nicolás, “Valuación de participaciones societarias. Su problemática respecto a la inclusión del valor llave”, LLAR/DOC/1799/2014.

(15) MILETI, Mabel y otros, “Un ejemplo de valoración integral de una empresa”, Undécimas Jornadas de Investigaciones en la Facultad de Ciencias Económicas y Estadística, noviembre de 2007.

4) Problemas laborales: huelgas prolongadas o incidentes laborales reiterados podrían agotar los recursos de efectivo de una empresa y llevar a su cierre.

5) Falta de seguro: una pandemia o desastre natural podría destruir los activos de una empresa si es que no ha sido asegurada adecuadamente, y llevarla a cerrar porque no puede seguir operando.

6) Mercado y competencia: cualquier lector avezado hubiera esperado un análisis del mercado azucarero de la provincia o una referencia a lo fluctuantes que son los rindes que presenta la actividad.

La Corte fue muy optimista con el actor, al querer proyectar sobre utilidades, y el tiempo, finalmente, confirmó que se equivocó. La sociedad demandada inició su concurso preventivo. Volveremos sobre el punto.

Abramos el hilo relacionado con el valor llave.

La Corte determina cómo se calcula el valor llave, sin analizar si es comprensivo de otros intangibles, como el valor de la clientela, el de su estructura organizacional, el de la propiedad intelectual, etc., que también podrían haber estado exhibidos en los EE.CC.

Sin hesitación alguna, la Corte establece que el valor llave equivale a la mitad del valor libro. Fin.

De ahí que, escuetamente, evita las discusiones doctrinarias, contables, financieras y concursales, y remite a dicha proporción.

Por ejemplo, para algunos, el valor llave es utilidad. En este sentido se pronuncia la sala II de la Cámara Civil de la Capital, para la cual toda suma de dinero, cualquiera sea su origen o denominación, que al practicarse la liquidación de una sociedad exceda al capital originariamente aportado por los socios, es utilidad; en consecuencia, en atención a que el “valor llave” no es aportado por los socios al constituirse la sociedad, ni existe al momento de la constitución del ente social, sino que va creándose durante el transcurso de aquella, tal valor sería utilidad (16).

(16) CCiv. 2ª Cap., 18/12/1950, LA LEY 68-173, fallo 31.899.

Para otros no es utilidad, sino que la produce: la llave de una casa de comercio no es una utilidad, sino un productor en potencia de utilidad (17). Un fallo supeditó la existencia del valor llave a que los EE.CC. arrojaran saldo positivo. Así, la sala B de la Cámara Nacional de Apelaciones dijo que “el valor llave existe si el negocio tiene resultado positivo y se determina, en el caso concreto, por la capacidad de generar ganancias futuras” (18).

Finalmente, hay quienes lo equiparan al capital que, por sus características y rubros que lo componen, responde a la actividad integral de los socios y a sus condiciones personales y, como tal, al aporte social de cada uno de ellos (19). Coincidió con este criterio un fallo de la sala C del mismo tribunal, el cual sostuvo que el valor llave debe considerarse como capital, sobre todo cuando se adquiere juntamente con el fondo de comercio al cual se refiere (20).

La Corte local, sin decirlo, conceptualizó al valor llave como una ganancia: si el recedente no la percibía, los socios restantes se beneficiarían indebidamente a su costa.

El preopinante podría, por ejemplo, haber indagado en la participación que tuvo el accionista recedente en la conformación del valor llave que reclamaba. Para eso hubiera sido oportuno investigar su naturaleza jurídica y analizar su transmisibilidad, como lo sugiere la doctrina.

Una primera clasificación de la llave nos servirá para aproximarnos a su naturaleza. Fernández sostiene que la llave puede ser objetiva, esto es, inherente al fondo con prescindencia de su titular (p. ej., por su ubicación o exclusividad de mercaderías o productos), o subjetiva, es decir, derivada de las condiciones personales del ti-

tular (dinamismo, condiciones de organizador, conocimiento sobre el ramo de que se trate, buen trato para con los clientes, seriedad, honestidad, etc.). Dadas las características precedentes, la llave objetiva es esencialmente transmisible, no así la llave subjetiva, derivada de la habilidad, precisión, cortesía o corrección del titular o sus dependientes, cualidades que, por ser inseparables de las personas involucradas, son intransmisibles. Debemos aclarar al respecto que, de existir un *know-how* comercial o industrial afectado al fondo de comercio, tal bien inmaterial es susceptible de ser transmitido y de ser separable de la personalidad del titular, más allá de que este sea su creador. Por lo tanto, dicho *know-how* puede ser fuente de llave objetiva y no subjetiva (21).

La llave de Azucarera J. M. Terán SA ¿era objetiva?; ¿subjetiva? ¿Terán se quedaba con parte del *know-how*? Son interrogantes que, de constarse, podrían haber alterado la proporción que se asigna sobre el valor libro. Si, por ejemplo, el actor tenía a su cargo el trato con proveedores, seguramente el valor llave se hubiera visto fuertemente influido por su impronta y, en lugar de un 50%, le podría haber correspondido un 60% del valor libro de cada acción.

XI. ¿Es necesario solicitar la inconstitucionalidad del art. 245 de la LGS?

A los efectos de lograr un planteo sólido, entendemos que debe incluirse el pedido de inconstitucionalidad del art. 245, LGS, a la hora de iniciar el trámite ordinario, que tiene como objeto reclamar el valor de reembolso de la participación del recedente.

Si la remisión al último balance implica una lesión en el derecho de propiedad del socio, debe dejarse asentada en la demanda la pretensión de declaración de inconstitucionalidad.

Nissen, por ejemplo, indica que el balance especial debería contener un procedimiento de valuación más adecuado para las acciones recedentes, “... con expresa inclusión del valor llave, que actualmente los recedentes no tienen derecho alguno a percibir...”, concluyendo en que la afectación patrimonial que sufre el socio

(17) CNCiv., sala E, 21/07/1959, LA LEY 99-808, fallo 5152-S.

(18) 31/05/2006, “Mirabe SRL c. Carrefour Argentina SA”, LL AR/JUR/3601/2006.

(19) CNCiv., sala B, 10/06/1955, LA LEY 79-687, fallo 37.533; en igual sentido: *in re* “Barbieri, suc.”, causa 17.478-B; *in re* “Alegria de Viñas s/ suc.”, causa 19.557-B; *in re* “Martínez del Barrio s/ suc.”, causa 19.963-C, estos últimos, inéditos

(20) CNCiv., sala C, 03/09/1956, LA LEY 85-445, fallo 40.087.

(21) NÚÑEZ, Javier, “La llave del fondo de comercio como bien inmaterial no autónomo”, JA del 07/08/2013.

recedente tiene suficiente base para el planteo de inconstitucionalidad del art. 245 de la LGS.

“La solicitud de inconstitucionalidad del art. 245 de la LSC para poder incluir intangibles como la llave de la empresa —porque no está contemplado en el actual régimen legal— debe integrar la pretensión para que fuera regular su tratamiento y, más aún, su acogimiento”, fue la máxima sentada en el precedente “Hemodiálisis San Martín SRL”, que veremos a continuación.

XII. ¿Es necesario impugnar el balance sobre el que debe calcularse el reembolso?

Entendemos que no es necesario impugnar el balance en los términos del art. 251, LGS, pero es imperioso su cuestionamiento, en el marco del derecho de fondo, siguiendo los lineamientos establecidos al comienzo del trabajo.

Cada vez que se aprueba un balance tenemos el plazo de tres meses para impugnarlo. Es cierto, es muy difícil prever que la sociedad pueda adoptar alguna medida que vaya más allá de lo contable, pero que tenga una consecuencia necesariamente contable, como el cálculo del reembolso sobre la base del último balance.

Por ese motivo, no es necesario haber impugnado el balance, en los términos del art. 251, con la finalidad de tener legitimación para cuestionar la cuota de reembolso.

En la práctica, el balance anterior a tener en cuenta para la fijación del valor de reembolso se remonta a varios meses antes de la asamblea en que se adoptaron las decisiones sociales que motivaron la voluntad de retirarse; no resulta razonable exigir a quien recede en estas condiciones que observe e impugne los EE.CC. dentro de los tres meses exigidos por el art. 251, LGS, previendo anticipadamente la ocurrencia de acontecimientos que, al tiempo del tratamiento del balance y durante los tres meses siguientes, no pasan de constituir una mera eventualidad.

La sala D de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, en autos “Tacchi, Carlos c.

Peters Hnos.” (22), consideró que, para la determinación del valor de sus acciones, el accionista que recede debe aceptar el último balance común que realizó o debió realizar la sociedad, aun cuando contenga defectos, sin poder pretender la confección de un balance especial. Sin embargo, admitió excepcionalmente el derecho de quien recede a impugnar ese balance y obtener su rectificación más allá del plazo de tres meses establecido por la LGS, cuando exista irracionalidad o arbitrariedad manifiestas en las constancias del estado contable. La experiencia enseña que es lo que ocurre de ordinario, pues, como regla, los balances se confeccionan conforme a pautas meramente contables que, como dijimos, no reflejan el valor real de la empresa.

Ahora bien, sí es necesario cuestionar la validez del balance de alguna manera. Para ello, puede echarse mano a la acción autónoma de nulidad, emanada del derecho de fondo y detallada por las normas procesales.

El balance y los demás EE.CC., en tanto actos jurídicos, pueden impugnarse por medio de la acción autónoma de nulidad del acto jurídico comercial, dentro del término de prescripción común, previsto por el Código Civil y Comercial de la Nación (23).

XIII. ¿El valor llave es o no comprensivo del valor empresa en marcha?

La respuesta es sí, en la justicia mendocina, y no, en la justicia tucumana.

La Suprema Corte de Mendoza, en el marco de los autos “Sar Sar, Roberto c. Hemodiálisis San Martín SRL”, el 21/12/2011, aseguró:

“Es indiscutida la importancia que actualmente tienen distintos elementos susceptibles de ser cuantificados, tales como marcas, participación en el mercado, liderazgos, *management*, prestigio, perspectivas, una estructura organizada y experimentada, personal calificado, dirección experta y probada. Estos elementos que,

(22) Fallo del 08/05/1992, LA LEY 1994-A, 384; LL AR/JUR/266/1992.

(23) MIGUEL, Luis A., “Acción autónoma de impugnación de estados contables. Hacia un nuevo derecho societario”, Ed. Advocatus, Córdoba, 2019, p. 495.

entre otros, constituyen el valor llave de una empresa, agregan a la misma un plusvalor en su cuantificación que no puede ser nunca desconocido, y mucho menos serle indiferente, al valorar la participación del accionista que ejerce el derecho de receso.

"La existencia del valor empresa en marcha, también llamado valor llave, es hoy una realidad como integrante del activo de muchas unidades económicas. El valor llave consiste en una serie de factores inmateriales que hacen que una empresa ya instalada tenga mejores probabilidades de lograr ganancias respecto de otra empresa que recién se inicia (COLL, Osvaldo W., 'El valor llave al ejercerse el derecho de receso', LA LEY 2007-F, 1019).

"Ha dicho la jurisprudencia al respecto que '... dichos elementos inmateriales consisten en el nombre, la clientela, los proveedores, el crédito, la capacitación del personal, los métodos de producción —que cuando no están patentados no se reflejan como tales en los libros— o la difusión de la empresa que se hubiera realizado mediante publicidad de esta o de sus productos, entre otros...' (CNCiv., sala A, 04/04/1984, 'Municipalidad de la Capital c. Denari Hnos. SA') (...). Conforme los lineamientos desarrollados precedentemente, entiendo que, en el caso, asiste razón al socio recedente en cuanto solicita la inclusión del valor llave en el valor de las cuotas sociales que la sociedad debe reembolsarle".

Por su parte, en el fallo en comentario, la naturaleza jurídica del valor llave es diferente de la de la empresa en marcha, porque mientras el primer rubro persigue la cobertura de todos los bienes inmateriales que se generaron hasta el receso, el valor de la empresa en marcha se refiere a los intangibles que producirá en el futuro.

Técnicamente, de acuerdo con el fallo, el "valor llave" surgirá de adicionar un cincuenta por ciento (50%) al "valor libro" de las acciones.

Por otro lado, el rubro empresa en marcha está compuesto por las utilidades futuras sobre la base de la utilidad del ejercicio que corresponda tomar como punto base de cálculo, proyectándolas en un lapso de cinco años. ¿Por qué no seis o cuatro? Sin lugar a duda, esta es una decisión cuestionable.

En nuestro país es imposible proyectar un semestre; imagine el lector si podemos hacerlo por cinco años.

La doctrina, por su parte, ha decidido incorporar el valor de la empresa en marcha al valor llave.

Convive pues con el valor llave el denominado valor de la empresa en marcha, definido como "el representativo de los gastos y tiempo empleado para la instalación y el comienzo de la actuación efectiva, en que el capital se ha mantenido sin compensación, rubro que se integra, por tanto, no solo por el costo de la organización sino, además, por el rédito dejado de percibir por el capital invertido", aseguró Belluscio (24).

"La existencia del valor empresa en marcha, también llamado valor llave, es hoy una realidad como integrante del activo de muchas unidades económicas. La importancia que hoy tienen elementos como las marcas, las organizaciones y métodos de comercialización y venta, las técnicas de fidelización de la cartera, o el nombre comercial, por citar algunos ejemplos, es indiscutida" (25).

XIV. ¿Qué implica la modificación de la LGS, que ahora se refiere al balance "a realizarse"?

Empecemos por aclarar que el "balance a realizarse" no se corresponde con aquel que deba confeccionarse por estar corriendo un nuevo ejercicio al momento de ejercer el receso, sino que es aquel que todavía no se confeccionó por una demora propia de la sociedad.

Es usual que la confección del balance se realice luego del plazo establecido en el art. 251, LGS. Aún más, es usual que se demore años en su confección y que se aprueben varios en una misma asamblea. A esta situación es a la que se refiere la ley. A que el cálculo del reembolso del receso se realice sobre el balance que cerró antes del ejercicio de dicho derecho.

(24) BELLUSCIO, Augusto, "Código Civil comentado anotado y concordado", Ed. Astrea, Buenos Aires, t. 8, comentario al art. 1788 bis, p. 734.

(25) COLL, Osvaldo W., "El valor llave al ejercerse el derecho de receso", LLAR/DOC/3271/2007.

En el caso que comentamos, el receso se realizó luego de que cerrara el ejercicio, es decir, después del 30/04/2010. En consecuencia, el juez de primera instancia interpretó que, como ya estaba corriendo el ejercicio 2011, el cálculo del reembolso debía hacerse sobre el patrimonio neto que arrojara dicho ejercicio (26).

La Cámara y la Corte corrigieron dicho criterio.

XV. Una cuestión de tiempos

El agravio que permitió casar la sentencia vino de la mano del actor, quien aseguró que la determinación del valor de reembolso de la acción no podía dilatarse para una etapa de ejecución. Es decir, la Corte quería que la Cámara expresara un número en la sentencia. Necesitaba un monto de condena.

Los vocales de la Cámara hicieron un trabajo encomiable desde el punto de vista técnico, porque definieron cuál era el balance que debía peritarse e incorporaron el principio del valor real de la empresa. Posiblemente no hayan querido demorar su decisión con la producción de una medida de mejor proveer que se encargara de realizar el cálculo correcto (recordemos que el monto de la condena de primera instancia fue fijado luego del análisis de los EE.CC. de 2011). Posiblemente, llevar adelante esta medida hubiera sido leído como un anticipo de su voto; sin embargo, la Corte decidió cuantificar la sentencia.

Es curioso que la Corte local utilizara la remisión a otros dos para fundamentar su fallo. Un análisis de extensión permitió establecer que el 80% de la decisión se dedicó a reseñar el expediente, y solo el 20% a brindar los motivos —considerando, dentro de este porcentaje, las citas textuales de los antecedentes referidos—. Es llamativa la proporción generalmente invertida en antecedentes de fallos de otras Cortes del país.

(26) “En el caso concreto de autos en el que el derecho de receso se produjo prácticamente al cierre del ejercicio, el estado contable que debe tomarse para calcular el valor de las acciones es el balance correspondiente al ejercicio en que se produjo el receso, pues es el último balance que debió realizarse según las normas legales a la fecha de la asamblea que motiva el receso” (textual del fallo de primera instancia, del 24/11/2016).

Un año y medio tomó llegar a esta decisión. Si a eso le sumamos que el trámite de remisión a la Cámara para que adoptara una decisión acorde con los lineamientos del superior insuñó otro año, llegamos a la conclusión de que hubiera sido conveniente que en la etapa de ejecución de sentencia se produjera la pericia que dirimiría la cuestión, tal como había sugerido la Cámara en su fallo original. De hecho, en el año 2019, la sociedad demandada se presentó en concurso preventivo, motivo por el que la demora judicial trajo consecuencias nocivas para el actor en autos. Un Poder Judicial eficiente podría haber hecho justicia en tiempo y forma. No fue así.

Guido Terán, en lugar de recibir dinero, ¿deberá entregarlo? ¿Qué sucedería si el informe del art. 39, LCQ, fijara a los intangibles un valor distinto al del perito? ¿Tiene privilegio de cobro o debe sumarse a la fila de acreedores?

En fin, numerosas cuestiones podrían abordarse en un próximo trabajo.

XVI. De nuevo con la tasa

Corría el año 2010 cuando la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, en pleno, resolvió en el expediente plenario “Samudio de Martínez, Ladislao c. Transportes Doscientos Setenta SA s/ daños y perjuicios”: “hoy la tasa fijada no cumple acabadamente la función resarcitoria que tienen los intereses moratorios, la que consiste en reparar el daño por el retardo injustificado e imputable en el cumplimiento de la obligación, así como tampoco mantiene el valor del capital de condena”.

De esta manera, quedaban sin efecto los fallos plenarios “Vázquez, Claudia A. c. Bilbao, Walter y otros s/ daños y perjuicios”, del 02/08/1993, y “Alaniz, Ramona E. y otro c. Transportes 123 SACI interno 200 s/ daños y perjuicios”, del 23/03/2004.

Entre los argumentos que llevaron a esta decisión se dijo que “los cambios de las circunstancias económico-financieras operados, de los que dan cuenta los índices inflacionarios —aun aquellos que plantean serios reparos sobre su transparencia—, son elementos que dan fundamento a la decisión de dejar sin efecto esa doc-

trina porque ya no cumple la satisfacción de ‘la debida indemnización de los daños sufridos’”.

Para los magistrados, la tasa pasiva ya “no repara ni siquiera mínimamente el daño que implica al acreedor no recibir su crédito en el tiempo oportuno, a la par que provoca un beneficio para el deudor moroso”, por lo que consideran que la tasa de interés “debe cumplir, además, una función moralizadora evitando que el deudor se vea premiado o compensado con una tasa mínima, porque implica un premio indebido a una conducta socialmente reprochable” (27).

De la lectura de los agravios surge que el actor se injurió porque lo castigaron con la aplicación de la tasa activa del Banco de la Nación Argentina. Si hiciéramos la operación aritmética podríamos concluir que esa tasa lo beneficiaba, en comparación con la aplicación de la tasa pasiva.

Hoy las condiciones macroeconómicas y financieras permiten concluir que es conveniente aplicar la tasa pasiva a todos aquellos trámites que tengan que actualizar deudas anteriores a 2017.

XVII. Conclusiones

El fallo de la Corte de Tucumán sienta un precedente que traerá hilo.

Cuantificar el valor llave al cincuenta por ciento del valor libro y añadir un rubro, como el de empresa en marcha, al cómputo de los intangibles, sin duda será cuestionado al momento de citarlo.

A partir del receso, los derechos y obligacio-

nes del accionista tienen un cambio brusco, porque los primeros se reducen a un derecho creditorio y las segundas se extinguen.

El recedente se convierte en un tercero frente a la sociedad, y la prueba está en que la ley no ha previsto una acción societaria para reclamar el reembolso de su participación. Por el contrario, debe recurrir a una acción ordinaria, con fundamentos en el derecho de fondo, para defender su patrimonio.

Por otra parte, el socio recedente viene a ser considerado tercero —ajeno a la sociedad y a su calidad de socio— a partir del ejercicio de su derecho de abandonar la sociedad, apartándose con ello de las prescripciones legales previstas en lo que respecta a la garantía del recedente —como si fuera socio— frente a los propios terceros.

El fallo en comentario adopta una posición acerca de los balances, a los que considera tales aun cuando no hubiesen estado aprobados por el órgano de gobierno. Esto quiere decir que, en su interpretación literal, la palabra “realizado” prevista en la redacción del art. 245, LGS, es asimilada a “confeccionado”.

El pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia de Tucumán le concede al recedente la acción de impugnación autónoma de estados contables, sin que para ello se observe la acción de nulidad de asambleas, pues los balances sobre los que fundamente su valuación no fueron —siquiera— tratados en el órgano de gobierno.

Como si esto fuese poco, la sentencia admite la posibilidad de fijar el valor del reembolso recedente mediante pautas que no figuran en los estados contables, sino en datos periciales verificados en la empresa en marcha.

(27) Véase <https://www.diariojudicial.com/nota/23353>.

CONCURSOS Y QUIEBRAS

DOCTRINA

La responsabilidad de los administradores en los concursos preventivos

Alexis Matías Marega

Sumario: I. Introducción.— II. Responsabilidad de los administradores en los concursos preventivos.— III. La cuestión procesal.— IV. Conclusiones.

I. Introducción

En el presente se analizará la responsabilidad que cabría a los administradores de sociedades comerciales en los procesos de concursos preventivos.

La Ley Concursal argentina establece de manera expresa la responsabilidad de los administradores (sumada a la de socios y terceros, aunque en el presente me centraré en el análisis de los primeros únicamente) en un proceso falencial, pero nada dice en lo referente a la responsabilidad que podría haber a estos sujetos en los procesos concursales *stricto sensu* (1).

Las responsabilidades que la Ley de Concursos y Quiebras (LCQ) aborda desde los arts. 173 a 176 inclusive regulan solo cuestiones referidas a la quiebra, por lo cual se excluye la posibilidad de extrapolar este instituto a los concursos preventivos. Pero ¿es posible responsabilizar a un administrador que por su conducta llevó, contribuyó o agravó la situación económica/financiera de una sociedad para que entre en cesación de pagos y elegir la vía del concurso preventivo para intentar solucionar sus problemas? ¿Alcanza esta actitud para que opere la responsabilidad? ¿Cuál es el

daño que debe observarse para poder avanzar en este sentido? ¿Qué cuerpo normativo estructura y respalda esta acción? Estas cuestiones intentarán ser respondidas en este *paper*.

II. Responsabilidad de los administradores en los concursos preventivos

En el presente título se analiza la posibilidad de atribuir responsabilidad a los administradores de las sociedades comerciales que ingresen en concurso preventivo por los daños ocasionados a los acreedores por su actuación, en caso de que esta haya producido, agravado o contribuido a generar la cesación de pagos, condición necesaria para la apertura concursal (2).

Como se explicó anteriormente, la Ley de Concursos y Quiebras solo reglamenta la responsabilidad de estos en caso de quiebra (3), y

(2) En escritos anteriores advertíamos que la extensión de la quiebra no era un instituto que buscara la sanción del responsable, sino una herramienta de recomposición patrimonial. En el caso aquí analizado el fin que se persigue es la sanción. Ver MAREGA, Alexis, “Extensión de la quiebra, ¿hasta dónde llegar?”, *Doctrina Societaria y Concursal*, Ed. Errepar, marzo de 2021.

(3) López Rodríguez sostuvo: “no nos referimos en esta parte al derecho argentino, en razón de que la LCA (ley 24.522) carece de regulación alguna respecto a responsabilidad de los administradores por el déficit concursal”. LÓPEZ RODRÍGUEZ, C., “Responsabilidad concursal de los administradores societarios. Administración de hecho y déficit concursal. Estudio comparado con la legislación española y argentina”, Ed. La Ley Uruguay, Montevideo, 2016, p. 59.

(1) En el presente se utilizará la palabra “concurso” o “concurso preventivo” de manera indistinta para hacer mención de los procesos concursales de reestructuración de deudas, y diferenciándolos de “quiebra” o “proceso falencial”, que se utilizará para los procesos de liquidación del patrimonio.

este instituto no puede extrapolarse —al menos de manera directa— hacia el instituto concursal.

Pero, en el supuesto antes descripto, y habiendo producido un daño real (que, en el caso de los concursos, no se tratará de la insuficiencia del activo para afrontar el pasivo, pues hay acuerdo preventivo), resulta atendible pensar en la posibilidad de que quien obró con deslealtad deba afrontar las consecuencias debidas.

Al analizar la efectividad de las normas, Alexy (4) enseña que el problema de la ejecución surge porque la mera conciencia de la corrección de una norma (5) no garantiza su observancia. Y si algunos pueden vulnerar una norma sin correr ningún riesgo, ya no se puede exigir a nadie más que la cumpla. Esto hace necesaria la conexión entre el derecho y la coerción, por cuanto esta es un elemento decisivo de la eficacia social. Sostendrá el filósofo que el derecho tiene que organizarse a través del derecho. Así pues, la tesis de la doble naturaleza conduce primero hasta la idealidad, en forma de corrección y discurso, y después hasta la facticidad, en forma de legalidad y eficacia.

Pues resulta un contraderecho (6) que alguien que haya obrado con deslealtad se vea beneficiado de esa actitud amparándose en una inter-

pretación restrictiva y mezquina de la ley (7). Así —por ejemplo—, la mala administración de los negocios de las sociedades y el ocultamiento de esta información a sus acreedores llevan a someterse a un proceso concursal para luego “acordar” quitas desproporcionadas y esperas inusuales, beneficiándose con tal manejo, sin que de ello se desprenda ningún tipo de responsabilidad. Aunque la Ley de Concursos no sancione tal conducta de manera expresa, se verá que la corrección surge tanto del Código Civil y Comercial como de la específica Ley General de Sociedades.

A tenor a ello, es un error querer solucionar todos los problemas que surgen en torno a la empresa en crisis desde el derecho concursal y falencial, pues en el necesario diálogo de fuentes que impera en nuestro ordenamiento jurídico, debemos recurrir a las herramientas que nos ofrece toda la estructura legal para, en un entendimiento armónico, arribar a la solución justa. Todo el derecho se estructura y organiza de manera interrelacionada, pero cada derecho que se aplica es uno. No obstante, ese solo derecho aplicado se sustenta en toda la estructura del derecho. Sería como una esfera, que cuando se asienta sobre una superficie (el derecho aplicado a un caso concreto), un solo punto de la esfera está en contacto; sin embargo, ese punto no es más que un punto en un conjunto enorme que conforma la esfera. Así se comporta y se debe interpretar el derecho.

En esta hermenéutica, se recurrirá a la teoría general de la responsabilidad para comenzar a plantear la cuestión. Luego, el art. 150 del Cód. Civ. y Com. nos llevará a estudiar la Ley General de Sociedades, para finalizar en el análisis de la Ley de Concursos.

II.1. Teoría general de la responsabilidad

Vista como el deber de reparar el daño, la responsabilidad civil es la respuesta necesaria e inmediata que el ordenamiento legal da a quien debe soportar un perjuicio injusto que se origi-

(4) ALEXY, R., “Los principales elementos de mi filosofía del derecho”, *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nro. 32, p. 69.

(5) El citado filósofo sostuvo que la corrección de una norma implica justificabilidad. Luego, la pretensión de corrección incluye una aseveración de justificabilidad. Un tercer elemento es la expectativa de que todo aquel que se sitúe en el punto de vista del correspondiente sistema jurídico y sea razonable aceptará el acto jurídico como correcto. *Idem*.

(6) Si entendemos —como enseña Hervada— que “derecho” es la *res iusta* o cosa justa, entonces pensar en algo contraderecho es pensar en algo que es contrario a lo justo, entonces, injusto. “Decir o determinar el *ius* es decir o determinar el *iustum*, lo justo. En esto consiste, pues, el arte del jurista: decir o determinar lo justo. Hay, pues, que volver sobre otra pregunta elemental: ¿qué es lo justo? Pregunta que equivale exactamente a preguntarse qué es el *ius* o derecho”. HERVADA, J., “Apuntes para una exposición del realismo jurídico clásico”, Ed. Universidad de Navarra, 1983, p. 281.

(7) En un *leading case* norteamericano, el tribunal neoyorkino concluyó que “nadie puede beneficiarse de su propio delito”, estableciendo de este modo un principio de interpretación del derecho. “Riggs vs. Palmer”, 115 NY 506 (1889).

na en una conducta antijurídica, a cuyo fin se concede al afectado —víctima, acreedor— una acción legal para obtener del deudor las indemnizaciones correspondientes, y que encuentra recepción en el art. 730, inc. 3º, del Cód. Civ. y Com.

No es objeto del presente efectuar un desarrollo exegético de la teoría de la responsabilidad, por lo que se dará por supuesto que para que opere la responsabilidad que se analiza deben advertirse (y mostrarse) el daño, el nexo de causalidad y la antijuricidad.

II.1.a. El daño

La ley falencial interpreta el daño como la insatisfacción del crédito de los acreedores. Cuando intentamos analizar el daño dentro de los procesos concursales, el concepto debe cambiar, pues en los procesos de reestructuración de deudas el acreedor (usualmente) cobra menos de la deuda que se le reconoció como consecuencia de las quitas o de las esperas sin intereses, a las cuales se somete voluntariamente. Es decir, se admite que el acreedor no satisfaga totalmente sus créditos, pero ello no significa que no se haya producido un daño.

Durante muchos años la doctrina ha debatido el concepto —amplio y ambiguo— de daño resarcible, por ausencia de una definición en el Código velezano, coincidiendo en que se trataba de un perjuicio, un menoscabo, un dolor o molestia, y en que, para que este fuera resarcible, estas cuestiones debían ser jurídicamente trascendentes (8). El Código Civil y Comercial recepta los debates de los autores y define al daño resarcible como la lesión de un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tiene por objeto la persona, el patrimonio o un derecho de incidencia colectiva.

Esto es, el daño jurídico consiste en la lesión de un interés lícito, patrimonial o extrapatrimonial (daño jurídico *lato sensu*), que produce consecuencias en el espíritu o en el patrimonio (daño jurídico *stricto sensu*). Los comentaristas

(8) CALVO COSTA, C., “Daño resarcible. Su concepción a la luz del Código Civil y Comercial”, RCyS 2015-IV, 81.

del Código, Herrera, Caramelo y Picasso (9), señalan que el perjuicio en sentido jurídico —no fáctico— es la lesión a un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico. El interés es el valor relativo que un bien determinado tiene para un sujeto. De esta forma, el perjuicio debe entenderse desde el ángulo del individuo, de manera tal que si existen diversos damnificados pueden existir diversos intereses para cada uno de ellos.

En atención a ello, el deber de no dañar, consagrado en la teoría general de la responsabilidad, impera en todo el ordenamiento jurídico, no solo el *corpus civile*, alcanzando entonces también a las aquí estudiadas leyes General de Sociedades y de Concursos y Quiebras.

Si entendemos que las quitas y esperas que en determinadas ocasiones debe soportar el acreedor (sumadas al no reconocimiento de intereses) no configuran un daño en su patrimonio (10), por cuanto son el resultado de la aplicación de una herramienta brindada por el ordenamiento jurídico al deudor, debemos prestar especial atención a las consecuencias dañosas que provocó la cesación de pagos del deudor en el patrimonio del acreedor, cuestión sobre la que se volverá.

II.1.b. El nexo de causalidad

En esta hermenéutica, se observa que el Código Civil y Comercial hace responsable por los daños ocasionados a quien ha actuado con ilicitud y quien no ha actuado debiendo o pudiendo hacerlo. El art. 1726, Cód. Civ. y Com., incorporó definitivamente bajo un texto legal expreso en materia de relación o nexo causal el criterio de la causalidad adecuada que debe existir y, por lo

(9) HERRERA, M. — CAMELO, G. — PICASSO, S., “Código Civil y Comercial comentado”, Ed. Infojus, Buenos Aires, 2015, t. IV, p. 444.

(10) Debo destacar que importante doctrina, a la cual adhiero, considera que las quitas son contrarias a normas indisponibles de la LGS. Los autores expresan: “nos referimos a la legalidad de las propuestas de quita en los concursos de sociedades, que la práctica acepta sin cuestionamiento alguno, pese a que hemos referido a ello como las costumbres contraderecho en los procesos concursales de sociedades”. RICHARD, E. — COCCO, M., “Planificación y responsabilidad. De eso no se habla (sobre el derecho societario de crisis)”, RDCO 306-105, 2021.

tanto, acreditarse entre el hecho productor del daño y el daño mismo, brindado así una fuente legal cierta para este instituto fundamental a la hora de atribuir con justicia y equidad responsabilidad a una persona en un caso concreto.

II.1.c. La antijuricidad

La antijuricidad, que es caracterizada por su atipicidad y que actualmente se define por la generación de un daño injustificado, al que se hizo mención anteriormente, carga sobre el deudor al que se le puede imputar o atribuir dicha responsabilidad el “deber de dar cuenta a otro del daño que se le ha causado” (11). Esto es, para que opere la responsabilidad, el daño debe haber sido causado en contravención a lo que dispone el ordenamiento positivo; el daño debe tener un origen ilícito. En caso contrario, no se configura la antijuricidad y el daño estaría justificado, por lo cual no generaría la obligación de repararlo.

Así, por ejemplo, el art. 142, LCQ, determina que la quiebra no da derecho a los terceros al resarcimiento de daños por aplicación de la mencionada ley, es decir, no se advierte aquí antijuricidad.

II.1.d. La buena fe

La buena fe es el primero de los principios enunciados por el Código Civil y Comercial del cual las partes no pueden apartarse ni limitar. Es tanto un principio de interpretación del derecho como una máxima de comportamiento dirigido tanto a los jueces como a los ciudadanos. El destacado jurista Mosset Iturraspe (12) ha sostenido que “en la búsqueda de una solución más justa para el caso concreto, desde el marco de los textos legales, cuando los hubiere, y más allá de dicho marco, frente al absurdo o la injusticia notoria, pero siempre cumpliendo el rol de integrar la norma, encontramos la buena fe de

la concepción solidarista [...]. El juez moderno tiene una tarea cada vez más complicada, pues debe partir de una ‘cuidadosa evaluación de los valores e intereses antagónicos que se hallan en juego’, y para ello debe percibir con claridad los problemas de la sociedad contemporánea”.

La buena fe se encuentra incorporada en el art. 9º del Cód. Civ. y Com. (13), y con él comienza el cap. 3 del Título Preliminar, dedicado al “ejercicio de los derechos”, donde también interactúan el mandato de no abusar del derecho (art. 10), el de no abusar de su posición dominante (art. 11), la obligación de observar la ley (art. 12), siendo imposible renunciar a ella (art. 13), reconociéndoles tanto derechos individuales como de incidencia colectiva (art. 14).

Herrera y Caramelo (14) explican que, desde el punto de vista sistémico, se puede aseverar que estos principios en el ejercicio de los derechos subjetivos son, a la par, fuentes del derecho y pautas de interpretación hábiles para determinar la razonabilidad de una decisión judicial y la coherencia con todo el ordenamiento jurídico; de este modo de advierte, de manera rápida, la interacción-interrelación que muestra el Título Preliminar.

II.1.e. El abuso del derecho

Los derechos son concedidos teniendo en miras una finalidad, por lo que pierden su carácter cuando el titular los desvía de esa finalidad que justifica su existencia. Esto es, se abusa de un derecho cuando, permaneciendo dentro de sus límites, se busca un fin diferente del que ha tenido en vistas el legislador; “se desvía el derecho del destino normal para el cual ha sido creado” (15).

Incorporado a nuestro derecho positivo me-

(13) En los Fundamentos del Anteproyecto del Código Civil y Comercial, los codificadores explican que su ubicación en la Parte Preliminar del Código se propone que la buena fe sea regulada como un principio general aplicable al ejercicio de los derechos, lo que luego se complementa con reglas específicas aplicables a distintos ámbitos.

(14) HERRERA, M. — CAMELO, G. — PICASSO, S., “Código Civil y Comercial comentado”, ob. cit., t. I, p. 37.

(15) RIVERA, J. — CROVI, L., “Derecho civil. Parte general”, 2ª ed., Ed. AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2018, p. 208.

(11) MARCOS, F., “Las acciones de responsabilidad concursal”, en ALEGRIA, H. (ed.), *Revista de Derecho Privado y Comunitario*: “Insolvencia II”, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2019, p. 440.

(12) MOSSET ITURRASPE, J., “El ejercicio de los derechos: buena fe, abuso del derecho y abuso de posición dominante”, *Revista Privada y Comunitaria*, 2012-2, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, p. 70.

dante la ley 17.711 y receptado en el actual art. 10 del Cód. Civ. y Com., los codificadores explican en sus fundamentos que el abuso del derecho es el resultado del ejercicio de una pluralidad de derechos que, considerados aisladamente, podrían no ser calificados como tales. Se crean entonces situaciones jurídicas abusivas, cuya descripción y efectos han sido desarrollados por la doctrina argentina.

Y, en esta inteligencia, el ordenamiento prohíbe amparar el ejercicio abusivo de los derechos, considerando como tal al que contraría los fines del ordenamiento jurídico o el que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres.

A los fines de no perdernos en los intrincados análisis que se vienen desarrollando, propongo efectuar un cierre parcial de lo sostenido hasta aquí. Hemos analizado la teoría general de la responsabilidad apoyándonos en los principios de buena fe y abuso del derecho. De estos —contemplados en los arts. 9º y 10 del Cód. Civ. y Com.— surge con meridiana claridad que si un administrador —en el caso que nos ocupa— no se comporta como un “buen hombre de negocios” (concepto sobre el cual se volverá), esto es: mal administra la sociedad que tiene a su cargo, oculta información a sus acreedores, muestra balances y números que tergiversan la verdadera y real situación que está atravesando la sociedad, este está actuando de mala fe.

Si estos acontecimientos le producen, a su vez, un rédito en desmedro de los acreedores, habrá un abuso del derecho, lo que se encuentra prohibido por la legislación positiva vigente.

Al llegar a esta posición, para que nazca la responsabilidad del administrador por su actuación indebida, debe haberse producido un daño, que haya un factor de atribución, sea este objetivo o subjetivo, por parte del administrador en la producción de ese daño, y —además— la posibilidad de poder establecer un nexo de causalidad, poder conectar ese daño y ese factor de atribución con nuestro sujeto investigado.

II.2. Ley General de Sociedades

El art. 150 del Cód. Civ. y Com. determina el orden de aplicación de las normas destinadas a

regular el funcionamiento de las personas jurídicas privadas. Reglamenta que, primeramente, son de aplicación las normas imperativas de la ley especial (en el caso de las sociedades, la LGS) o, en su defecto, las imperativas del propio Código Civil y Comercial (aquí se ubican los antes referenciados principios de buena fe y abuso del derecho). Luego determina que, en segundo orden, se rigen por las normas del acto constitutivo, esto es, consagra el principio de autonomía de la voluntad regulatoria del estatuto, y recién en tercer lugar se dispone la aplicación de las normas supletorias de leyes especiales. Para el supuesto que estamos analizando —la responsabilidad de los administradores de sociedades frente a los acreedores de los concursos preventivos—, en el tercer inciso se encuentra la Ley de Concursos y Quiebras (16).

Y, dentro de la normativa especial, la Ley General de Sociedades determina la obligación de los administradores de actuar como un buen hombre de negocios (art. 59), entendiendo este como el deber de desarrollar sus actividades de manera diligente, con conocimiento de los negocios que desarrolla y con capacidad suficiente para cumplir los fines societarios, esto es, producir réditos para sus socios y el crecimiento de la compañía. Para el desempeño del cargo, la ley exige una persona capaz y preparada, pues la incapacidad es sancionada, haciéndolo responsable de los daños que su actuación indebida ocasione.

Toda responsabilidad, sea contractual o extracontractual, pública o privada, civil o administrativa, incumple algún tipo de mandato, obligación o deber que jurídicamente le ha sido impuesto por las reglas del derecho (17).

La doctrina más tradicional entiende que el mencionado art. 59, LGS, es de aplicación en beneficio de las sociedades cuando el accionar

(16) Así lo entienden también RICHARD, E. — COCCO, M., “Planificación y responsabilidad...”, ob. cit., al expresar: “en tercer lugar las leyes especiales, entre las que ubicamos a la LCQ”.

(17) Cfr. RICHARD, E., “Crisis de sociedades y responsabilidad de administradores, por lo menos en el derecho argentino”, *Revista de Derecho Empresario*, vol. 17: “Escuela comercialista de Córdoba y sus proyecciones”, 2018, p. 11.

de un administrador le ha ocasionado un daño. Vítolo (18) señala que los administradores deberán ser leales con la persona que les encarga la función de administrar sus intereses y obrarán con la *diligencia de un buen hombre de negocios*. Y continúa explicando que, cuando así no lo hicieren, serán responsables por los daños y perjuicios que ocasionen a la sociedad.

Entiendo que, por estar ubicado en la parte general de la ley, no hacer distingo en cuanto a su alcance y en atención a que es una norma que pretende establecer parámetros de actuación de los administradores, esta responsabilidad no se agota en las sociedades reguladas —como lo entiende el citado autor—, sino que se extiende a toda persona, sea esta tercero, sociedad o socio que, por la actuación indebida de aquel, pueda haberle ocasionado un daño.

Esta interpretación surge en armonía con lo dispuesto en el art. 274, LGS, y en cierta medida también lo asume el citado autor, al reconocer que “la responsabilidad del administrador es, esencialmente, una responsabilidad con relación a la sociedad, aunque en algunas situaciones la acción pueda ser deducida por los acreedores sociales” (19).

Es que el art. 274, LGS, si bien anclado dentro de las disposiciones correspondientes a las sociedades anónimas, es de aplicación a todos los tipos societarios y completa la norma del art. 59, al responsabilizar solidaria e ilimitadamente a los directores frente a la sociedad, los accionistas y los terceros por el mal desempeño de su cargo, según el criterio del art. 59, así como por la violación de la ley, el estatuto o el reglamento y por cualquier otro daño producido por dolo, abuso de facultades o culpa grave.

Vítolo, citando a Fargosi, sostiene: “no caben dudas de que la ley 19.550 no ha modificado, en esencia, la responsabilidad de los directores respecto de la prevista en el Código de Comercio de 1889, y que los comentarios de los autores nacionales al art. 337 de ese cuerpo normativo, comparados con lo que dicen los arts. 274 y ss.

de la ley 19.550, revelan que se ha operado la recepción de dichos principios y la interpretación doctrinaria y jurisprudencial. La creación de una suerte de visión fantasmagórica —agrega el autor— por la referencia que hace el art. 274 de la ley al art. 59, en lealtad y diligencia del buen hombre de negocios, no debe considerarse novedad, habida cuenta de que puede relacionarse o vincularse estrechamente con la responsabilidad por dolo, culpa o negligencia, la imprudencia en el desempeño puesto por los mandatarios, y la interpretación de que la jurisprudencia ha hecho referencia a la aplicación del art. 238 del Cód. Com. que hace (hacía) explícita alusión a que el comisionista —análogamente, el mandatario— debe actuar como si lo hiciera en negocio propio, para concluir que no es otra cosa que un cartabón de evaluación objetiva de la conducta a tenor del Código Civil y Comercial para establecer la responsabilidad” (20).

De donde surge que la responsabilidad que aquí se está exponiendo no resulta extraña en la doctrina ni mucho menos en la ley, existiendo antecedentes tan antiguos como el mismo Código de Comercio argentino del siglo XIX.

El art. 59 establece dos parámetros de actuación para los administradores que deben ser tenidos en cuenta y, por lo tanto, serán el barómetro de medición y juzgamiento de su actuación: la lealtad y la diligencia.

El primero de ellos referente a la necesidad de que todos sus esfuerzos estén abocados a la sociedad a la cual representa, teniendo impedido efectuar negocios particulares o en beneficio de otros que afecten a la persona jurídica. Con razón dirá la doctrina que cuando exista una colisión de intereses, los del particular deben ceder ante los de la sociedad. La lealtad, que puede ser interpretada como fidelidad, es el marco de entendimiento entre el administrador y la administrada que, *a contrario sensu*, no implica un sometimiento del segundo hacia el primero, sino el deber de responder como una persona fiel a su administrada.

El segundo parámetro de actuación es la diligencia, que la ley determina como “el deber

(18) VÍTOLO, D., “Sociedades comerciales, ley 19.550 comentada”, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2007, t. I, p. 735.

(19) VÍTOLO, D., “Sociedades comerciales...”, ob. cit., p. 741.

(20) VÍTOLO, D., “Sociedades comerciales...”, ob. cit., p. 547.

de actuar con la diligencia de un buen hombre de negocios". La diligencia, en su definición, se relaciona con tres raíces latinas: *diligentiam*: cuidado, esfuerzo y eficacia en la ejecución de algo; *dilectum*: querido, amado con dilección; *diligentem*: cuidadoso, exacto y activo; además de pronto, presto y rápido.

En pocas palabras, la diligencia se relaciona directamente con el amor. Su aprendizaje y su vivencia implican que al ser humano se le enseñe a hacer las cosas con amor (21), con cariño, con atención y prontitud, que define exactamente esta virtud. El lograr hacer las cosas con diligencia llevará ineludiblemente a lograr la excelencia en el trabajo que se desempeñe o en el oficio que se ejerza.

En esta hermenéutica, la exigencia del obrar de manera diligente implica un abocamiento a las actividades propias de la administración que le son asignadas. Para distinguir los diferentes tipos de diligencia, la ley determina un parámetro: el buen hombre de negocios, distinguiéndolo del "buen padre de familia", más propio del derecho civil y marcando una cota inferior en la calidad de su trabajo. El administrador debe estar abocado de manera absoluta a efectuar su trabajo como lo haría un experto en el tema.

Como consecuencia de ello, debe poseer un conocimiento vasto en la materia de negociaciones, debe comprender el modo y la forma en la cual el mercado se comporta, advertir las interferencias de los poderes públicos que pudieran existir y que influyen en la economía y las finanzas; comprender también que la real naturaleza de sus organizaciones es la de una comunidad de seres humanos (22). Y la actuación es exigida al punto tal de que también se instituye como causal de responsabilidad la omisión del

actuar y obrar bajo el estándar de un buen hombre de negocios.

La pregunta acerca de si los acreedores concursales pueden reclamar este comportamiento debido se encuentra resuelta en el art. 274, LGS, que —como se dijo al comienzo de este título— es complementario del ya analizado art. 59. Esta responsabilidad es de índole individual y no puede hablarse de responsabilidad del directorio como órgano; son los directores los encargados de llevar adelante la administración y representación de la sociedad; así, por los deberes de diligencia y lealtad, la consecuente responsabilidad recae sobre cada uno de ellos.

Esto implica que el reclamo se efectuará sobre cada uno de los miembros del directorio, y no como órgano, lo que no conlleva un deslinde de responsabilidades de alguno de ellos, con excepción de aquellos que tenían asignada una función específica en el estatuto, el reglamento o por decisión asamblearia.

Como recuerda Nissen (23), la ley 19.550 completa el panorama de la responsabilidad de los administradores en forma dispersa, a través del art. 157, párr. 3º, dedicado a los gerentes de las sociedades de responsabilidad limitada, y de los arts. 274 y ss., referidos a los directores de las sociedades anónimas, normas que se complementan y que pueden sistematizarse de la siguiente manera:

a) si la gestión está a cargo de un solo administrador, lo cual es un supuesto corriente en materia de sociedades de interés, este será responsable en forma ilimitada por los daños y perjuicios sufridos por la sociedad (y los terceros, agregó) por la violación a las pautas de conducta previstas por el art. 59;b) si la administración fuere plural, pero no colegiada, rige lo dispuesto por el art. 157, párr. 4º, conforme al cual los gerentes son responsables en forma individual o solidaria, según la organización de la gerencia y reglamentación de su funcionamiento establecidas por el contrato;c) si la administración fuere colegiada, rige lo dispuesto para cualquier sociedad, por el art. 274 de la LGS (art. 157, *in fine*), según el cual los directores son respon-

(21) Esta asociación es utilizada por Rivera Restrepo, quien efectúa una asociación entre el sentimiento y la capacidad de realizar algo sintiéndose a gusto con ello. RIVERA RESTREPO, J., "La diligencia como elemento del derecho de opción del acreedor", *Revista de Derecho*, nro. 20, 2016, p. 4.

(22) La incorporación de la comunidad de seres humanos corresponde a DE GEUS, A., "La empresa viviente", trad. castellana de Jorge Gorín, Ed. Garnica, Buenos Aires, 1998, p. 20.

(23) Citado por VÍTOLO, D., "Sociedades comerciales...", ob. cit., p. 741.

sables ilimitada y solidariamente por el mal desempeño de su cargo, pero la imputación de responsabilidad se hará atendiendo a la actuación individual, cuando se hubiesen asignado funciones en forma personal en el estatuto, contrato social o por decisión de socios o accionistas, y si se hubiera inscripto esta decisión en el Registro Público.

Este sistema de responsabilidad es de orden público, por lo cual “sus normas son inderogables por los socios o por normas incorporadas al contrato o estatuto” (24), las que deberían ser observadas por el registrador en el momento de su inscripción.

II.2.a. El factor de atribución

El analizado artículo propone la responsabilidad de los administradores en tres supuestos diferentes: cuando haya mal desempeño en las funciones, cuando haya violación de la ley, el estatuto o el reglamento o cuando haya producido un daño por dolo, abuso de facultades o culpa grave. La doctrina debate en estos supuestos cuál es el factor de atribución que le cabe.

El supuesto de “mal desempeño de sus funciones” se enmarca dentro del art. 59 del mismo cuerpo legal, esto es, cuando no actúa con lealtad o con la diligencia de un buen hombre de negocios. Cuando no cumple con estos parámetros, incurre en responsabilidad por los daños causados (recordar que no puede hablarse de responsabilidad sin daño). Aquí el presupuesto objetivo es el “mal desempeño del cargo”, pero el factor de atribución es subjetivo (25), es la actuación del administrador que se compara con un estándar preestablecido, como es la actuación leal y con la diligencia del buen hombre de negocios.

Cabe preguntarnos si basta con la culpa o es requisito la existencia de dolo en este actuar desleal o no diligente. El art. 1724 del Cód. Civ. y Com. define a la culpa como la omisión de la

diligencia debida según la naturaleza de la obligación y las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar. Estipula que esto comprende la imprudencia, la negligencia y la impericia en el arte o profesión.

Así las cosas, entiendo que, al exigir la LGS una persona que sea hábil en los negocios a los cuales se va a dedicar, tanto la impericia como la imprudencia o la negligencia son demostraciones de que la persona no cumplía con los estándares mínimos exigidos, y debe responder por los daños que causa. Basta, entonces, con probar la culpa.

El supuesto de responsabilidad por “violación de la ley, el estatuto o el reglamento” resulta ser totalmente objetivo. No interesa aquí si el administrador ha actuado con dolo o culpa, pues la mera violación de la norma implica una responsabilidad que debe ser asumida. Este supuesto se encuentra en armonía con lo dispuesto en el art. 144 del Cód. Civ. y Com., que imputa la responsabilidad a quienes, a título de socios, asociados, miembros o controlantes directos o indirectos han utilizado a la persona jurídica para violar la ley, el orden público, la buena fe o para frustrar derechos de cualquier persona; de lo que se trata es de la “desestimación, prescindencia o inoponibilidad de la personalidad jurídica como instituto de excepción al criterio de separación o diferenciación entre la entidad y sus miembros” (26).

El último supuesto es el del “daño producido por dolo, abuso de facultades o culpa grave”; aquí el factor de atribución es subjetivo y, como expresamente lo señala la ley, puede ser dolo o culpa grave. El concepto de *abuso de facultades* implica excesos por parte del administrador, que con conocimiento y en forma deliberada actúa en nombre de la sociedad —o dispone de sus bienes— para ejercer actos ilícitos. Si bien agregado entre dos supuestos de atribución subjetiva (el dolo y la culpa grave), el abuso de facultades no es un factor de atribución, sino un modo de ejercicio de un acto que conlleva responsabilidad cuando es realizado con dolo.

La culpa grave, a diferencia de la culpa, requiere más que solo negligencia en su actuar; se

(24) VÍTOLO, D., “Sociedades comerciales...”, ob. cit., p. 558.

(25) En idéntico sentido, VÍTOLO, D., “Sociedades comerciales...”, ob. cit., p. 559; RICHARD, E., “Crisis de sociedades...”, ob. cit., p. 33; HALPERIN, I., “Sociedades anónimas. Examen crítico del dec.-ley 19.550”, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1974, p. 452.

(26) MAREGA, A. — MAGGIO, R. — ECHEVERRÍA BLOCK, T., “Personas jurídicas. Primera parte”, Ed. Universidad Católica de Santa Fe, Santa Fe, 2021, p. 19.

trata de un concepto que podría definirse como una conducta no deliberada pero imputable al despliegue de aquella sin atender a los cuidados más elementales, conforme a la naturaleza del acto de que se trate y a las circunstancias particulares del caso (27).

En el desarrollo que acabo de realizar se pudo observar cómo la culpa, negligencia, impericia y el dolo en el actuar de los administradores que produce un daño generan responsabilidad, que puede ser reclamada por el acreedor concursal, pues la ley no establece límites sobre el particular, ampliando el elenco de sujetos activos a todo tercero que haya sufrido un daño.

En sentido contrario a lo que vengo sosteniendo, Villanueva (28) argumenta que el art. 278, LGS, limita la responsabilidad solo a los casos de quiebra y que el concurso preventivo no transita, como aquella, por una liquidación de bienes que requiera recomposición patrimonial previa, sino por un acuerdo que, si es alcanzado, evita todo eso; esto es, tanto la quiebra como las acciones de recomposición nacen con ella. Entiende que, si se aceptara en cabeza de un acreedor esta posibilidad, no solo se soslayaría el régimen que resulta del citado art. 278, sino que también se socavarían las bases sobre las que reposa la organización de la sociedad, pues se habilitaría a los terceros a intervenir en su vida interna, contrariando a la ley en cuanto ella solo concede tal derecho —que a veces incluso retacea— a quienes la integran.

No comparto la opinión, por cuanto no se trata aquí de recomponer el capital social, sino de una sanción civil a una persona que ha ocasionado un ilícito, un administrador que con el mal desempeño de sus funciones (la ley exige experticia) ocasiona un daño económico a un acreedor.

III. La cuestión procesal

Finalizado el análisis sobre la posibilidad de atribuir responsabilidad a los administradores

(27) La aproximación conceptual corresponde a VÍTOLO, D., “Sociedades comerciales...”, ob. cit., p. 559.

(28) VILLANUEVA, J., “La responsabilidad de los administradores frente a la insolvencia social”, LA LEY 2019-D, 1033.

por los daños ocasionados al acreedor, me abocaré al análisis de la cuestión procesal del reclamo, esto es, se buscará contestar a las preguntas de quiénes y en qué momento pueden plantear la responsabilidad aquí estudiada.

III.1. La legitimación activa

Según lo que se ha venido desarrollando, para que nazca la responsabilidad es necesario que se produzca un daño en el sujeto reclamante. La responsabilidad por quiebra hace nacer la responsabilidad solo cuando el activo liquidado resulta insuficiente para satisfacer a todos los acreedores; esto es, recién luego de que se hayan realizado todos los bienes se podrá advertir si este es o no suficiente.

En los concursos preventivos, al no haber liquidación del activo, y desde la perspectiva que venimos analizando, el daño se debe estudiar de manera distinta, pues estamos hablando de un reclamo individual y, por lo tanto, de un daño individual distinto al daño a la masa acreedora, como lo interpreta la ley falencial.

Ante la falta de diligencia en el desempeño de las funciones del administrador, o la utilización de la sociedad a la cual representa para realizar actos ajenos a los fines societarios y en violación a la ley que hayan ocasionado un perjuicio a un acreedor, y que como consecuencia de esta serie sostenida en el tiempo acarreó a la empresa a un estado de cesación de pagos que finalizó con la apertura concursal, se advierte que el daño reclamado se produce antes de iniciar el proceso de reestructuración de deudas; se da cuando deja de honrar sus deudas y ocasiona una ruptura en la cadena de pagos.

Este hecho puede ser el ocasionador del daño si ha conllevado en el acreedor un perjuicio, que puede ser de diferentes índoles, naturalmente atadas a la calidad de su crédito.

Ahora bien, se ha analizado cuándo se produce el daño, pero ¿desde cuándo el acreedor adquiere derecho a reclamar? En el derecho de daños, no es suficiente la existencia de un perjuicio; es también necesario que el reclamante tenga legitimación para hacerlo. Esta se va a adquirir cuando el acreedor sea reconocido como tal.

La Ley Concursal reglamenta de manera detallada el *iter* que se debe seguir para que el juez concursal admita a un sujeto como acreedor del concursado, y solo a partir de ese momento le otorga legitimación para actuar dentro del proceso debido. El principio de universalidad que rige el proceso obliga a todos los pretensos acreedores a concurrir ante el juez a solicitar ser reconocidos como tales, lo que ocurre mediante la sentencia del art. 36, LCQ.

Destacada doctrina sostiene que “esta resolución posee dos efectos, uno intraconcursal y otro extraconcursal” (29). Dentro de los primeros, le otorga al acreedor la calidad de concurrente al proceso universal y, como tal, legitimación para participar en la etapa concordataria, formar la base para las mayorías de conformidades (art. 45, párr. 1º, LCQ), integrar el acuerdo (art. 56, párr. 1º, LCQ), y cobrar su crédito en la forma convenida (arts. 58, párr. 1º, y 59, LCQ); incluso puede denunciar su incumplimiento con las consecuencias jurídicas pertinentes en orden a la declaración de la quiebra indirecta (art. 63, LCQ).

Con relación a los efectos extraconcursales, surgen también de la autoridad de la cosa juzgada material que inviste la sentencia de verificación, que supera los términos de conclusión del concurso o la quiebra, sin que puedan discutirse los derechos de los acreedores en ella reconocidos. La resolución verificatoria es una sentencia dictada en un proceso de conocimiento, y por ello la declaración de la existencia del crédito no es solo oponible (en sentido estricto) al deudor, sino también (en sentido lato) a los acreedores, hayan o no participado del proceso concursal.

Por ello, solo adquirirá legitimación activa para solicitar la responsabilidad aquí estudiada si el juez concursal lo reconoce como acreedor en el marco de la sentencia del art. 36, LCQ, u obteniendo sentencia favorable en el respectivo incidente de revisión (art. 37, LCQ) o de verificación tardía (art. 56, párr. 6º, LCQ).

Resultaría incoherente que no fuera así, pues si un acreedor que ha resultado dañado por la

actuación del administrador concurre a solicitar la responsabilidad de este sin que su crédito sea verificado, pueden ocurrir dos cosas: que el acreedor finalmente no tenga un crédito válido por haberse rechazado su pedido por el juez concursal, en cuyo caso el proceso de conocimiento iniciado para atribuirle la responsabilidad reclamada se encontraría sin un sujeto con legitimación para hacerlo; o que, reconocido el crédito, este aceptara la propuesta formulada por el deudor, lo que nos lleva a analizar el segundo punto de la legitimación.

Entonces, la admisión o reconocimiento como acreedor dentro del proceso concursal resultaría ser el primer requisito a cumplimentar para obtener la legitimación para actuar en la acción de responsabilidad pertinente.

III.2. La no adhesión a la propuesta de acuerdo preventivo

Un segundo requisito a cumplimentar es la no adhesión a la propuesta de acuerdo preventivo formulada por el deudor. Esto así por cuanto esta etapa, regulada en los arts. 43 y 52 de la LCQ, establece la posibilidad del concursado de convenir con los acreedores la forma de satisfacer sus deudas y lograr una salida armoniosa de su cesación de pagos, mediante la realización de diferentes propuestas, a las que los interesados pueden adherir o no.

Tal como surge de los párrs. 2º y 6º del mencionado art. 43, su contenido es amplio y las diversas alternativas citadas por el enunciado normativo tienen mero carácter ejemplificativo, aun cuando en la mayoría de los casos consistan en quita y espera.

Sobre este particular, el maestro Richard ha sido constante en sostener que las tradicionales quitas pueden constituir un despojo cuando afectan el derecho de propiedad, o sea, cuando son despojadoras del derecho de los acreedores, beneficiando indirectamente a los socios en cualquier país del mundo, pero también una costumbre *contra legem* frente a normas imperativas como las que existen en la República Argentina (30), máxime cuando la génesis de

(29) JUNYENT BAS, F. — MOLINA SANDOVAL, C., “Ley de Concursos y Quiebras comentada”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2019, t. II, p. 304.

(30) El citado autor agrega: “nuestro viejo postulado sobre un ‘derecho societario de crisis’ que condicionaba

la Ley General de Sociedades determina que sus socios participarán en los beneficios, pero también soportarán las pérdidas que esta ocasione. Así, se interpreta que las quitas son un mecanismo de transferencia de estas pérdidas sociales que, por diversas disposiciones legales, deberían ser soportadas por los socios, para así eludir las normas imperativas de la materia.

Pero, aun encontrando una propuesta que establezca quitas, esperas, no reconozca intereses, esta es puesta a disposición de los acreedores verificados para que libremente puedan elegir acompañarla o no.

Para que la propuesta sea aprobada, la ley no exige una unanimidad en su adhesión, sino un sistema complejo de doble mayoría, tanto de personas como de capital, cuyas conformidades deben ser presentadas en el expediente hasta el día del vencimiento del período de exclusividad.

Sin perjuicio de las disposiciones referentes a acreedores hostiles o la exclusión de algunos de ellos que determina la normativa, en lo que aquí interesa, debemos analizar qué ocurre con aquellos acreedores que no han acompañado o adherido a la propuesta efectuada.

Obtenidas las mayorías correspondientes, y de considerarlo apropiado (art. 52, inc. 4º, LCQ), el juez homologará el acuerdo y este será obligatorio para todos los acreedores quirografarios, aun para aquellos que no hayan participado del proceso (art. 56, LCQ). Este efecto es uno de los ejes del concurso preventivo, ya que dispone que el acuerdo homologado produzca una onda expansiva que alcance a todos los acreedores quirografarios con causa o título anterior a la presentación del concurso preventivo.

Esta consecuencia ocasiona, además, la novación de todas las obligaciones con origen en causa o título anterior al proceso. Es decir, la propuesta que el deudor efectuó a sus acreedores implica aceptar la forma de pago prevista y acceder a que las obligaciones nacidas con anterioridad desaparezcan.

con reglas imperativas las prácticas concursales, ha recibido claro apoyo normativo con la sanción del Código Civil y Comercial vigente desde el 01 de agosto de 2015”, RICHARD, E., “Crisis de sociedades...”, ob. cit., p. 11.

Tiene por finalidad la consolidación de la deuda de manera definitiva y el nacimiento de una nueva obligación entre el deudor y el acreedor surgido del acuerdo homologado.

El citado Richard entiende que existe la suposición de que el acuerdo homologado extingue o impide nacer acciones de responsabilidad, en la idea de que la legislación concursal sustituye el régimen del Código Civil y Comercial y la LGS, y que en el concurso no se autoriza ninguna acción de responsabilidad, para concluir diciendo: “claro que ello no acalla la posibilidad de acciones individuales de responsabilidad” (31).

Por mi parte, entiendo que esta novación se produce con el concursado y no con sus administradores; por ende, mal puede pensarse que esta novación legal implique una extinción en la obligación surgida entre el administrador y el acreedor por los perjuicios ocasionados por aquel a este, la que sigue subsistente.

Sin perjuicio de ello, entiendo que es requisito *sine qua non* que el acreedor que pretende accionar por responsabilidad contra el administrador no adhiera a la propuesta concordataria, pues implica un acompañamiento a lo propuesto y, por ende, abandona la disconformidad de los perjuicios que le ha ocasionado la sociedad, incluyendo en ella a su administrador.

III.3. El planteamiento de la demanda

Como el proceso es de conocimiento, donde se debe mostrar y demostrar el daño causado, el nexo de causalidad y la legitimación activa del reclamante, la legitimación pasiva del reclamado y el valor del daño causado, resulta a todas luces coherente sostener que debe seguirse la vía más larga y, por lo tanto, con mayor margen para pruebas que ofrezca la normativa procesal local.

Así, no se podrá iniciar antes de la resolución del art. 36, LCQ, pues no podría demostrar el actor su calidad de acreedor de la sociedad administrada por el demandado, ni tampoco antes de la homologación del acuerdo preventivo, pues resulta necesario que el reclamante pueda demostrar que no ha adherido a la propuesta efectuada.

(31) RICHARD, E., “Crisis de sociedades...”, ob. cit., p. 35.

Si por alguna cuestión es necesario pensar por qué la demanda de un administrador queda atada a la suerte de demostrar que el acreedor es tal y que no ha acompañado la propuesta, es importante recordar que el daño que se va a reclamar fue ocasionado por la actuación del administrador dentro de una sociedad que luego fue concursada, y que el sustento legal en el que se respalda el reclamo surge de la Ley General de Sociedades. Por ende, es muy importante comprender que la suerte de la demanda de daños estará directamente relacionada a su vinculación con la sociedad en crisis.

Asimismo, también debe tenerse presente que, en atención a que el sujeto activo de la relación jurídica queda identificado recién luego de la verificación de créditos, o de la admisión de la demanda de verificación tardía o revisión de crédito (cuando corresponda), los plazos de prescripción de la acción también comienzan a computarse desde este momento. Entiendo que, al ser —en el planteo que se viene desarrollando— la no adhesión a la propuesta un requisito para que opere la responsabilidad, la sentencia respectiva no podrá dictarse con anterioridad a dicho evento.

IV. Conclusiones

Los problemas concursales no pueden solucionarse dentro de la legislación concursal, y la problemática de la reparación de los acreedores debe ser afrontada integrando el análisis con las normas sobre responsabilidad general contenidas en el Código Civil y Comercial y las específicas de la Ley General de Sociedades (32), que es una obligación impuesta con el *corpus civile* argentino en sus primeros artículos.

El daño ocasionado por cualquier persona debe ser reparado si fue causado injustamente, y esa es una máxima de nuestras sociedades. Pensar que ello no aplica a la Ley de Concursos y Quiebras es encasillarse en un microsistema estanco y desconectado del resto del sistema, una cuestión que desde hace varios años la doctrina e incluso la legislación vienen superando.

Se ha demostrado que los fundamentos de la responsabilidad de los administradores societarios en los concursos preventivos no surgen de la letra de la ley falimentaria, sino de todo el ordenamiento jurídico, que, en una interpretación armónica, nos permiten atribuir responsabilidad a aquel que ha ocasionado un perjuicio que no debía hacer, es decir, injustamente.

Hace varios años, el distinguido Alegria (33), citando a Matsakos, ha sostenido que “conviene favorecer el aspecto humano en los tribunales de comercio, estableciendo menos ceremonial y que las cosas se desenvuelvan de la manera más simple y humana, privilegiando su eficacia”, y en esta concepción vale embarcarse también para la interpretación de las normas, coherente con el espíritu de justicia, que, en definitiva y como última instancia, es lo que busca la reglamentación normativa de cada país.

Es dable recordar en esta instancia que la legislación se reputa general, y por lo tanto es sumamente importante analizar cada caso particular llevado a los estrados judiciales. Me embarco en la corriente que promueve la humanización de los procesos y la necesidad de una reforma estructural de nuestra ley falimentaria, que tenga como objetivo y guía la resolución de los conflictos surgidos en torno a los problemas financieros societarios, los cuales en muchos casos exceden las meras responsabilidades concursales o falenciales, y no el de la ley actual, que busca finalizar con el caso particular mediante acartonados mecanismos pensados para la generalidad, pero que poco margen de creación dejan al juez o a las partes.

No obstante ello, lo que aquí se analizó es que quien haya ocasionado un daño en el contexto de un concurso preventivo no se encuentra amparado por el paraguas protectorio de la Ley Concursal, sino que es responsable por el perjuicio ocasionado, asentado ello en bases tan sólidas como el Código Civil y Comercial y la Ley General de Sociedades.

(32) Cfr. RICHARD, E., “Crisis de sociedades...”, ob. cit., p. 36.

(33) ALEGRÍA, H., “*Entrepreneurship* y aspectos humanos no patrimoniales en la insolvencia”, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009, p. 32.

Dinámica cooperativa, colaborativa y composicional del proceso concursal

Jorge A. Rojas
Raúl Calvo Soler

Sumario: I. Introducción.— II. El proceso concursal en contexto de crisis. Problemas para lograr la colaboración.— III. La normativa concursal y su proyectada reforma.— IV. Reflexiones propositivas.— V. A modo de conclusión. Una mirada desde la eficacia del sistema.

I. Introducción

La realidad que se refleja en el país en estos tiempos, atravesado —como todo el mundo— por la pandemia provocada por el COVID-19, es distinta a la de otros países, por diversas razones: políticas, económicas y sociales, pero en todos los casos con un denominador común que busca morigerar los efectos provocados por este penoso contexto.

Países del primer mundo (v.gr., Alemania o Estados Unidos) han inyectado apoyos financieros de magnitud para asistir a sus economías; otros países, como los latinoamericanos, enfrentan otras realidades que golpean de un modo más severo, sobre todo por aspectos de índole social, y requieren de apoyos más amplios, que abarquen diversos aspectos de la persona.

Así sucesivamente, podemos encontrar distintas situaciones por las que atraviesan otros tantos países, que por sus particularidades han decidido transitar estos tiempos de pandemia adoptando diverso tipo de decisiones que relegan aspectos esenciales desde el punto de vista económico.

Nuestro país, aún cerrado al crédito externo, ve envuelta su vorágine cotidiana con un futuro sombrío. Incierto, desde el punto de vista social, porque los presagios de un aumento de la in-

seguridad, desempleo, pobreza y delincuencia asoman cotidianamente, con avisos que inclusive emanan de los propios organismos gubernamentales, con el impacto psicológico que ello provoca para la población, que no resulta un dato menor a tener en cuenta.

Desde el punto de vista económico, nuestro país se encuentra expuesto a tiempos más complejos aún; no quiere decir que no hayamos pasado diversas crisis económicas, sino que esta aparece golpeando todos los flancos posibles e irrumpió cuando ya nuestra economía estaba comprometida.

Dentro de esta vorágine sombría se insinúa un escenario conflictual complejo, con un notorio auge de esa conflictividad en el ámbito empresarial, toda vez que pequeñas y medianas empresas pueden verse enfrentadas a una realidad impensada a partir de la cual no puedan hacer frente a sus obligaciones, no ya porque se haya roto la cadena de pagos, como se viene anunciando reiteradamente, sino porque no exista siquiera un giro comercial a desplegar por carencia de demanda.

Es evidente que esto no tiene un límite en el ámbito empresarial o comercial, sino que sus proyecciones nos transportan al ámbito laboral y, consiguientemente, provocan un impacto social de segura envergadura, como para tener en

cuenta qué actitud asumir para atender a semejante situación.

Si partimos de la premisa de que el modo de resolver nuestros conflictos nos define como sociedad y delimitará la sociedad que resultará de estos tiempos, entonces nos preguntamos: ¿Qué respuestas vamos a tener los operadores jurídicos para este tipo de conflictos?

Si elegimos andariveles tradicionales, terminaremos en los mismos lugares de siempre, con los Juzgados Comerciales abarrotados de concursos preventivos y quiebras, sin soluciones reales a los conflictos de las empresas, de los deudores, de los propios acreedores, ni de los trabajadores y sus familias.

Son tiempos en los que se nos exigen respuestas diversas, que resulten creativas y adaptadas a las particularidades de los conflictos que se susciten, en concordia con las exigencias del hombre y el empresario del siglo XXI.

De eso se tratan estas líneas, para repasar lo que tenemos y, desde luego, si ello es suficiente en el mundo del derecho para atender a necesidades de toda índole como las que se avizoran, a través de instrumentos tradicionales por históricos y, además, por resultar los que están legalmente contemplados en nuestra legislación común.

II. El proceso concursal en contexto de crisis. Problemas para lograr la colaboración

Afirmar que el mundo del derecho opera mayoritariamente en el contexto de relaciones conflictivas es algo que no sorprende a nadie. Tampoco debería llamar la atención la idea de que el mundo jurídico, en general, y el proceso judicial, en particular, buscan desarrollar dinámicas que ayuden a los ciudadanos a resolver esa conflictividad. Esto último puede buscarse mediante la aplicación de un conjunto de valores que el sistema incorpora previamente (espacio no disponible por las partes) o mediante la creación de dinámicas para que los ciudadanos encuentren una mejor manera de dejar atrás esos conflictos (lo disposicional).

Ahora bien, que el derecho logre este objetivo de ayudar en la resolución de los conflictos

de los ciudadanos es una cuestión que cada vez se discute con mayor intensidad. No es extraño que las dinámicas de resolución que el propio derecho plantea generen, a su vez, diversas problemáticas, al menos en tres ámbitos: en referencia a cuál es la solución jurídica propuesta, en lo tocante al modo en que se constituyó esa solución o, finalmente, con relación a las consecuencias específicas que se seguirán de este modo de finalización.

En el primer supuesto lo que ocurre es que el derecho genera soluciones para un caso jurídico, pero las partes se llevan a sus domicilios el conflicto que buscaban resolver en el espacio judicial. En el segundo, la intensidad de las interacciones dentro de un proceso judicial que tiende a premiar las estrategias esencialmente competitivas no solo dificulta el sostenimiento de la relación entre las partes del conflicto, sino que tiende a agravarla creando procesos de escaladas entre los sujetos que participan. Por último, y por si esto no fuera suficiente, no es extraño que los dos aspectos anteriores generen consecuencias negativas que van más allá de la relación entre las partes que acudieron al proceso buscando solución a su conflictividad.

Por supuesto que cuanto mayor sea la intensidad conflictiva de las relaciones que llegan al ámbito del proceso judicial para encontrar una solución, más fácil será que se repliquen en estos tres niveles los problemas, y que cada uno de ellos se exprese de una forma dramática. Y un aspecto que puede detonar ese aumento de la intensidad conflictiva es un contexto poco favorable para la resolución de conflictos, como, por ejemplo, un caso de crisis social y económica vinculada, al menos en parte, a una pandemia con la subsiguiente cuarentena.

Por supuesto que en el ámbito del derecho y del proceso judicial hay espacios que son especialmente sensibles a este tipo de dinámicas y a la producción de estos tres tipos de efectos. Quizás un ejemplo paradigmático de este tipo de procesos es, precisamente, el ámbito concursal en contextos de crisis. De hecho, en un contexto normalizado, el desarrollo de lo concursal tiende a estructurarse naturalmente en una serie de dinámicas que cuentan con un fuerte componente competitivo. Acreedores y deudores compiten en este espacio en una lógica de intereses

que tienden a ser presentados en la característica lógica del *worse case*, esto es, la peor versión posible del comportamiento del otro y de la incompatibilidad de nuestros intereses. Esta dinámica del *worse case* puede tener diferentes fundamentos, aunque en general está vinculada a tres aspectos importantes.

El primero, el diseño de ingeniería del proceso concursal no tiende a favorecer los espacios composicionales para la construcción de acuerdos; hay poco de concursal y mucho de prequiebra en múltiples aspectos del proceso. En este sentido, si bien no los ignora, tampoco los promueve de manera clara. El segundo —muchas veces presionados por los clientes, y otras, en una lógica respuesta a la manera en que han sido formados—, los abogados tienen serios problemas para sostener una actitud colaborativa con la contraparte. Incluso en la dinámica interna de un grupo categorizado, no es extraño que surjan problemáticas de conflictividad tan o más competitivas que las que están relacionadas con el propio deudor.

Y, por último, en muchos casos, la presión externa que se genera hacia el ámbito de las relaciones del espacio concursal (instituciones públicas, privadas, entidades intermedias, grupos de presión sociales, económicos, etc.) tiende a convertir a este último, especialmente en los casos de gran impacto, en un lugar para dirimir contiendas o dinámicas conflictivas, que solo tangencialmente están relacionadas con lo que constituye el espacio concursal. Al final, la lógica del proceso, por estas y otras razones, tiende a estar más relacionada con el discurso del “sálvese quien pueda” que con una dinámica de “a ver si nos podemos salvar todos”.

Obviamente, todo esto se potencia cuando el contexto en el que se desarrolla el espacio concursal se encuentra atravesado por una sucesión de crisis sociales, laborales, económicas, etc. En estos casos, la posibilidad de desarrollar dinámicas cooperativas, colaborativas y composicionales se ve seriamente condicionada por la falta de aspectos que son condición necesaria, aunque no suficiente, para favorecer este tipo de propuestas.

La pregunta que surge a esta altura sería: ¿en qué medida el proceso concursal puede proveer

herramientas para enfrentar esta avalancha de problemas que pueden generarse en un contexto de crisis? Comencemos viendo de manera general qué aporta hoy el proceso concursal para una lógica cooperativa y colaborativa.

III. La normativa concursal y su proyectada reforma

Es conveniente tener en cuenta que la normativa concursal para atender esta realidad no está concentrada exclusivamente en la ley 24.522 y sus modificaciones, sino que, por el contrario, hace en su parte final una remisión a los ordenamientos adjetivos locales en todo aquello que no estuviera previsto, con lo cual tenemos la particularidad de que esa ley remite a 24 ordenamientos procesales, representados por 23 provinciales y, desde luego, el nacional, que rige en la Ciudad de Buenos Aires, más allá de las remisiones que importan situaciones puntuales a Códigos sustanciales, como el Civil y Comercial o bien el Penal.

Pero, al margen de estos aspectos, que desde luego son trascendentes para advertir cómo tenemos legislado este tipo de proceso universal, es dable tener en cuenta que la propia LCQ, que se aplica en todo el país por resultar derecho común, consagra una serie de principios en sus primeros artículos que, lejos de constituir lineamientos o directrices que apunten a la flexibilidad que requiere la adaptación de esa normativa a situaciones puntuales, se refieren a aspectos que constituyen los sistemas que va a observar esta legislación en su aplicación.

Ejemplo de ello son las cuestiones que tienen que ver con los sujetos del proceso, o cuestiones de competencia, claro sistema que tiende a la organización de la tarea y la asignación de las causas, o bien con los concursos que se declaran en el extranjero, con lo cual se percibe una superposición conceptual que *ab initio* no permite advertir claramente un principio, como directriz esencial que marca un rumbo a seguir, y distinguirlo de un sistema, que es precisamente la forma a través de la cual se instituyen dentro de un determinado ordenamiento esos principios a fin de hacerlos concretamente operativos.

Desde luego que incide en todo ello la antigüedad de más de 20 años que trasunta la ley, y

que requiere indefectiblemente de una actualización para dotarla de la flexibilidad que resulta necesaria para abordar este tipo de conflictiva y dejar de lado la forma binaria en que resuelve las situaciones que se plantean en un concurso o en una quiebra.

Sirvan como ejemplo las restricciones que se plantean con las categorías de acreedores, pues si bien el art. 41 alude a la posibilidad de establecer propuestas diferenciadas según la categoría de acreedores, después aparece un límite entre quirografarios y privilegiados, con la sola distinción, dentro de los primeros, de los laborales.

Todos estos aspectos terminan teniendo una incidencia directa en la relación que identificamos como binaria que surge de la normativa en cuestión, y se refleja en el período de exclusividad, en la forma en que influye la identificación de formas de acuerdo que vienen preestablecidas por el legislador, como, asimismo, en las consecuencias, que no desembocan más que en la quiebra del deudor.

¿Es conveniente el plazo que se establece para el período de exclusividad? ¿O que se establezcan por parte del legislador los porcentajes por debajo de los cuales no se pueden hacer renunciaciones a privilegios?

¿Los derechos que están involucrados son disponibles o resultan indisponibles? ¿Genera confusión que exista un proceso de índole colectiva porque existe un interés público en su desarrollo, con la afectación de normas de orden público? Porque, en definitiva, no se debe pasar por alto que en todos estos casos son cuestiones de índole patrimonial las que están en juego, por supuesto en la incidencia o con las proyecciones que en cada caso tengan.

Parecería, sin más, que estamos frente a exclusiones que se pretenden generar desde la ley, partiendo de generalizaciones desde luego abstractas, que pueden no resultar de aplicación al caso del que se trate. Por lo tanto, ¿conviene mantener este esquema procesal para regular el concurso?

Vemos así que de esa manera el art. 43 inicia señalando todas las formas de acuerdo que pue-

den existir, para concluir luego señalando: “o cualquier otra que se obtenga con la conformidad suficiente dentro de la categoría de la que se trate”.

La pregunta sería, entonces: ¿para qué necesitamos que el legislador imponga por ley distintas formas, si todo eso puede ser suprimido?, y señalarse que las vías por las cuales se llega a un acuerdo pueden ser cualesquiera que las partes decidan, ya que nos debemos preguntar si los derechos que están involucrados son disponibles o no.

Pareciera que el tránsito por un proceso universal —en aras del resguardo de la *par conditio creditorum*— transformaría a los derechos en indisponibles, y en verdad ello no puede interpretarse de esa manera, sino en desmedro del propio proceso concursal, toda vez que lo que están en juego aquí son los derechos e intereses de las partes involucradas, y tal vez a un acreedor le resulte conveniente participar de un fideicomiso que proponga el deudor, y a otro percibir su crédito sin intereses y con una quita que resulte razonable en función del tiempo que se le ofrece pagar.

Y mirar esto con la rigurosidad que luego se proyecta en el art. 45, donde se indica la forma en la que “el legislador” dice que deben agruparse determinados acreedores, según la índole de la negociación mantenida con el deudor, impide la disposición de esos derechos en virtud de una abstracción que puede exponer a un riesgo la continuidad de una empresa.

Algo similar sucede con la forma en que es concebido el acuerdo preventivo extrajudicial, pues basta con advertir los requisitos que se exigen para su homologación: más que superar un conflicto, parecería ser una especie de requisa legal para conocer las condiciones que reviste el deudor, porque de lo contrario se rechazará lo que pudo haber acordado con sus acreedores.

Esto es alejar a la jurisdicción del conflicto o, si se quiere, generar trabas para el acceso a la jurisdicción, que, en lugar de facilitar soluciones conciliatorias acordadas entre los directos interesados, le hacen asumir un rol carente de toda empatía, desde luego contrario a toda simplificación procesal.

Es más importante para la ley que el deudor informe todos los libros comerciales que lleva y cuál es el último folio utilizado, que conocer las conformidades que obtuvo y conocer las razones —por boca de los propios interesados— de aquellos que se opusieron para encontrar una solución superadora.

La formalidad o rigurosidad sigue prevaleciendo sobre la importancia que debe revestir el proceso concursal para solucionar conflictos comerciales, por las consecuencias de índole no solo económica sino social que proyecta su resultado.

Desde luego, los intereses individuales no pueden estar por sobre los colectivos, pero se trata de dos situaciones que merecen un análisis diverso para su abordaje, pues lo contrario significaría confundir el derecho sustancial con el sistema procesal que permite su desenvolvimiento, por lo cual se requiere de la flexibilidad necesaria que permita encontrar vías de solución adecuadas, sobre todo teniendo presente que entre acreedor y deudor existe un denominador común, que es que uno proteja su crédito de la mejor manera que le convenga, y que el otro permita atender esa obligación con la explotación de su empresa, propendiendo en primera medida a su mantenimiento.

Ese criterio riguroso se aprecia a lo largo de toda la ley, y en lugar de crearse canales de diálogo entre las partes interesadas, para tratar de averirlas y encontrar fórmulas que permitan superar una situación conflictiva en beneficio de ambas, apuntando a restaurar las relaciones que existían, de modo que ambas partes resulten beneficiadas porque encuentran una solución que conviene a sus intereses, se mira al conflicto como una simple adjudicación de derechos, y se imparte justicia “castigando” a una parte con una eventual declaración de quiebra, sin advertir que tal vez de esa forma se castigue a todos los intervinientes procesales, porque las proyecciones que tiene una decisión de esa índole van mucho más allá de lo que el desguace de una empresa importa, pues el impacto social que provoca puede tener la envergadura que se vio reflejada recientemente con el impacto social que provocó la pretensa “expropiación” de la empresa Vicentin.

En ese caso, tan sonado en los medios masivos de comunicación, dejando de lado la lamentable intervención que pretendió el Ejecutivo Nacional, se ha informado que el juez a cargo del concurso convocó a las partes a una “audiencia restaurativa”, y en idéntica forma se hizo saber por esa vía que esa audiencia había tenido un resultado satisfactorio, más allá de destacar la novedosa e inteligente actividad desplegada por el juez de la causa a fin de encarrilar el conflicto y evitar que sigan sus escaladas, que desde el punto de vista social han tenido prácticamente a un pueblo entero en vilo.

Por lo tanto, la pregunta que cae de maduro sería: ¿qué se hizo de diferente para transitar una vía diversa a la tradicional? Es muy simple: el juez se concentró en el conflicto y convocó a los actores principales —que fueron los representantes de la empresa y los representantes del gobierno provincial— a dialogar para encontrar mecanismos que superen el conflicto.

El juez dejó de lado “el caso”, para no atenerse a la rigurosidad de la letra de la ley, y enfrentó “el conflicto”, para ver cuál era la mejor manera de superarlo. Eso fue todo: oír directamente de las partes sobre la situación que atravesaban y conocer directamente de ellas las vías que consideraban adecuadas para superarla.

Más allá de desconocer los pormenores del caso, y también los términos en que, aparentemente, según los medios masivos de comunicación, por vía de la figura de un fideicomiso, se empezara a transitar un carril superador del conflicto, conviene destacar la importancia del rol de la jurisdicción creando las vías adecuadas para atender a las necesidades de las partes involucradas en el conflicto.

Y estas vías o estos canales no solo no están contemplados con la amplitud y la facilidad necesaria para que las partes que enfrentan un conflicto de esta índole puedan tener acceso a la jurisdicción para ser oídas, sino que ni siquiera constituyen un principio liminar que tenga en miras la LCQ.

Que ello se constituya en un principio liminar de la LCQ importaría por sí mismo que se diseñen los sistemas adecuados a fin de que ese estándar de trabajo cobre vida en la realidad por

medio de los sistemas que habiliten a la jurisdicción a asumir un rol diverso al tradicional, que no consiste en la mera aplicación de una norma que viene “premoldeada” por el legislador, para darle vida a un caso y luego adjudicar derechos conforme a esa norma, sin importar las consecuencias ni menos aún los efectos que puede provocar.

Desarrollar un sistema así parece exponer más a un deudor —por las razones que fueran, más allá de que están latentes en este tiempo las que se han generado con motivo de la pandemia que asuela al mundo— a una quiebra y la destrucción de una empresa, que a su resurgimiento, su reactivación o su salvataje, con los beneficios que —no solo desde el punto de vista económico sino, además, social— puede ello generar.

Ese mismo rigorismo se lo puede apreciar en la regulación de la situación por medio de la cual el deudor es declarado en quiebra, por ejemplo, porque en el exiguo plazo de diez días podría solicitar su conversión en concurso.

¿Cabe considerar ese plazo como suficiente? En verdad, resulta aventurado señalar si resulta razonable ese plazo, porque es evidente que la declaración de quiebra hizo que previamente se hayan suscitado —seguramente— gestiones entre deudor y acreedores para tratar de superar la situación, y es altamente probable que su fracaso haya llevado, tanto al deudor como al acreedor, a solicitar esa declaración de quiebra.

¿Cuál es el rol que le cabe a la jurisdicción? Por lo visto, ninguno. Tal vez se hubiera suscitado una situación similar en el caso “Vicentin” si luego de las gestiones hechas por el deudor con sus acreedores, ante su fracaso, se encaminara directamente a la quiebra, aunque el rol de la jurisdicción mostró una alternativa distinta, que no fue otra que apostar a “restaurar” en lugar de “reparar”.

En los arts. 143 y ss. se señalan por parte del legislador las consecuencias que tienen las relaciones que mantenía el fallido con sus acreedores, y desde luego no está mal contemplar previsiones para encuadrar algunas situaciones especiales y las partes sepan a qué atenerse.

Pero obsérvese que en ningún caso se señalan variantes o alternativas que habiliten negociaciones entre las partes a los fines de encontrar salidas diversas a las contempladas en la ley, que parte de la base de la inmediata clausura de la empresa y del desapoderamiento de los bienes al fallido y, desde luego, el manejo de la administración de los bienes de la empresa, más allá de que se autoriza al síndico en algunos supuestos a continuar con la explotación de la empresa, pero sin caminos intermedios que permitan una solución superadora.

El sistema vuelve a mostrarse binario. Quiebra es igual a desapoderamiento y cierre de la empresa, salvo las situaciones especiales que se contemplan en el art. 189, y se pone en manos de un tercero —el síndico— la información de la viabilidad de la empresa. Ínterin, el juez sigue distante.

Su distancia del conflicto aquí resulta evidente. No escuchó al deudor. Tampoco escuchó a los acreedores. Sigue los lineamientos de la ley. Está para atender el caso. No importa el conflicto que plantea la empresa de la que se trate. No importa si es una pyme que involucra a 30 empleados o una empresa que tiene 600 empleados. No importa si las consecuencias sociales, tanto directas como indirectas, afectan a un número importante de familias. No importa socialmente el impacto que ello provoca.

La única salvedad es la que mostró el juez a cargo del concurso de Vicentin, que logró frenar la escalada de un conflicto social de envergadura. ¿Qué fue lo que hizo? Sencillo, dejó de lado la fría letra de la ley y escuchó a las partes para asumir la forma de resolver el conflicto, pues se habrá preguntado: ¿si el proceso concursal no sirve para resolver conflictos, se habrá cuestionado para qué sirve?

Mutatis mutandis, cuando se suscitó el caso “Mendoza” (Fallos 329:2316), la Corte Suprema, con competencia originaria, decidió resolver el caso rompiendo los límites que tradicionalmente contempla un proceso de conocimiento.

Para ello convocó a los actores principales, porque, además del Estado Nacional, estaban demandados el Estado provincial, varios municipios y más de 40 empresas, con un núme-

ro importantísimo de varios miles de personas infectadas por vivir a la vera de la cuenca Matanza-Riachuelo, en su gran mayoría en un estado de absoluta vulnerabilidad que era evidente.

Decidió audiencias públicas que había regulado vía Ac. 30/2007 y amplió la figura del *amicus curiae*. Transformó así el proceso adaptándolo a las necesidades del conflicto. Mientras desarrolló las audiencias públicas, ordenó una serie de medidas probatorias; una vez que se produjeron esas pruebas, ordenó correr traslado de la demanda a todos los interesados, y finalmente dictó sentencia.

¿Dónde está regulado ese proceso colectivo? En ninguna norma. Solo surgió de la razonable proporcionalidad que consideró la jurisdicción para atender a una demanda de esa envergadura —sin lesionar el debido proceso— y encarrilar una causa excepcional por una vía adecuada, por lo cual —como fuera señalado— una situación de falencia económica de una empresa —al margen de las razones— no es una regla que se mide siempre con la misma vara, sino que es una situación de excepción que requiere de una contemplación particular.

Ya tiene una regulación específica. Esa situación falencial tiene que tener una flexibilidad adecuada, pues no es la finalidad buscada en los negocios, sino que es exactamente la opuesta, aunque no es menos cierto que no pueden ser zanjadas por vía de acuerdos en todos los casos; hoy sí se impone encontrar moldes adecuados que exceden las previsiones de los tradicionales para contener esta conflictiva.

Desde luego, ello requiere un enfoque sistémico que no se agota en la simple letra de una ley, sino, por el contrario, en la capacitación en negociación de los operadores jurídicos, en el diseño de una política pública que propenda a la defensa de las fuentes de trabajo resguardando la iniciativa privada, y de una política judicial que amplíe el acceso a la jurisdicción con el diseño de principios acordes a este tiempo que es el del siglo XXI, con factores de poder diversos a los tradicionales, con instituciones que requieren su resguardo y defensa constante, y con el diseño de una nueva cultura negocial que le dé el valor que corresponde a la palabra para tra-

bajar con transparencia estas situaciones por el impacto social que proyectan.

Los proyectos de reformas —que periodísticamente toman trascendencia, porque la reforma de la LCQ se ha transformado en una necesidad imperiosa del Congreso Nacional—, por lo que se informa, apuntan todos en líneas similares a la suspensión de ejecuciones, lo que aparece lógico, o a la ampliación de los plazos del proceso, para el desarrollo de los acuerdos extrajudiciales, como a la del período de exclusividad, entre otros aspectos, a pesar de que también en alguno se señala —con buen criterio— el apoyo razonable de entidades financieras.

La pregunta que cae de maduro es, luego de esos “nuevos” plazos, ¿se va a seguir trabajando con el mismo sistema procesal? Si así fuera, la pregunta que cae de maduro sería: ¿cuál es el cambio? Dentro de ese nuevo cómputo de plazos, ¿cuál es el rol de la jurisdicción? Por lo visto, ninguno, con lo cual solo con la suspensión de las ejecuciones y las ampliaciones de plazos parecería que el legislador considera que resultaría suficiente.

Con lo cual se advierte sin mayor esfuerzo que se cae en un nuevo “parche” legislativo para atender a una situación excepcional, sin ningún tipo de incentivo para la negociación, ni menos aún para crear canales adecuados dentro de la propia LCQ que permitan esa flexibilidad en las negociaciones; es decir, no se diseña ningún sistema para que la jurisdicción actúe en otra línea diversa a la tradicional; más aún, su rol en el conflicto parece restringido a aplicar la fría letra de la ley.

Desde luego que con cualquier reforma de esta índole nos volvemos a quedar a mitad de camino, porque ni se contempla el principio de flexibilidad o adaptabilidad de las formas para que la jurisdicción pueda actuar y tener un rol más trascendente en la colaboración con las partes para superar el conflicto, ni tampoco se consagra el principio de colaboración como otro norte fundamental a tener en cuenta para que la jurisdicción con las partes involucradas pueda superar las situaciones de las que se trate.

Ni menos aún se propende a la búsqueda —a través del principio de proporcionalidad— de

adaptar las formas del proceso a las circunstancias que en cada caso sea necesario ponderar por parte de la jurisdicción, sistemas todos que el legislador omite, cayendo en moldes tradicionales que tienen que ver con el rigorismo que sigue siendo regla en este tipo de procesos.

Los sistemas que se pueden generar desde una mirada diversa a la tradicional son los que van a permitir advertir que la normativa de índole procesal, como la que nos ocupa, no tiene sustantividad, sino que propende al desarrollo de las formas adecuadas, las cuales —expuestas metódicamente— van a permitir que la jurisdicción asuma otro rol y que el proceso se desarrolle de una forma cooperativa porque se ajuste a otras reglas que estimulen la colaboración entre las partes para que ambas puedan obtener satisfacción a sus pretensiones, desde luego cuando ello sea viable; pero para trabajar en esa línea se requiere contar con sistemas de trabajo que resulten adecuados, los que no se reflejan en el proceso concursal ni con la estructura que actualmente posee, ni menos aún con las reformas que se proyectan.

IV. Reflexiones propositivas

El tiempo que atraviesa el país, al igual que el mundo, requiere de esfuerzos diversos a los tradicionales y una conducta creativa para encontrar soluciones superadoras que no limiten la situación a una aprobación de un concurso o una desaprobación que conduzca a una quiebra a través de un proceso que constriña al simple cumplimiento de la ley.

Es evidente que se requiere de una mirada diversa. Para ello es necesario reconocer, en primer lugar, que los procesos de crisis fuera del concurso dificultan la credibilidad de cualquier plan de salvataje. Resulta realmente difícil asumir un plan para la empresa concursada cuando todo fuera del concurso se está cayendo a pedazos. A corto plazo, la visión del plan es realmente difícil de sostener en el entorno de la crisis que evidencia este tiempo.

En segundo lugar, la crisis que rodea al concurso va a dificultar la construcción de propuestas a medio y largo plazo, que suelen ser imprescindibles para consolidar el avenimiento en el concurso. La variable tiempo, que es clave para

la configuración de los acuerdos en un contexto de crisis, se convierte en algo difuso y muy poco confiable.

En tercer lugar, la crisis externa dificulta el surgimiento de recursos que creen utilidades positivas de dentro hacia afuera, por ejemplo, acuerdos con instituciones que no están en el concurso y que puedan ayudar en la configuración de nuevos núcleos de negocios. Esto hace que dentro del concurso todo se configure en términos de un juego de suma cero; todo lo que alguien consigue, lo pierden los otros.

La culminación de esta dinámica de suma cero se produce cuando su lógica se impone no solo en las relaciones entre el deudor y sus acreedores, sino también en las relaciones entre las categorías de acreedores entre sí o, directamente, los acreedores entre sí.

En cuarto lugar, el contexto de crisis también tiene impacto a nivel de la utilidad estratégica del fracaso concursal. Cuestiones como el impacto que tiene el quebranto de una empresa con relación a la distribución del mercado entre los competidores supérstites pueden favorecer la presión por hacer fracasar el concurso. En la crisis, todo aquello que favorezca la redistribución de los porcentajes del mercado que cada uno tiene puede ser realmente interesante.

En la misma lógica están los supuestos encaminados a no generar precedentes que creen un efecto llamada, o de contagio, en otras empresas que ven en el concurso una opción para limpiar sus cuentas. Cuando la crisis crea fuera del concurso esta predisposición, es más riesgoso para los acreedores generar pactos concursales. La quiebra es una lección para todos aquellos que puedan sentirse tentados.

Por último, también los contextos de colapso potencian las dinámicas intangibles que rodean a un concurso; no es extraño que lo que se dirime en el proceso trascienda a la cuestión del impago de una deuda. Los aspectos simbólicos juegan un papel importante en estas dinámicas; ¿qué simboliza en un contexto de crisis permitir la construcción de un pacto para que ciertos acreedores tomen el control de una determinada empresa que cuenta con un fuerte ascendente social, económico o simplemente

te ideológico? También tiene su relevancia el tema de lo emocional. La traición de la confianza que algunos acreedores sienten cuando el deudor se concursa tiene un papel que jugar en el razonamiento concursal. Y, en este sentido, la crisis económica fuera predispone a una crisis emocional dentro.

La consecuencia primordial de todo esto es que, especialmente en contextos de crisis, las posibilidades de que las empresas encuentren en el concurso una vía para avanzar hacia la reestructuración de la empresa y la restauración de los vínculos entre deudores, acreedores y el entramado social son más bien escasas. Justo en el momento en que más se necesita de un espacio que recomponga y no que destruya, el concurso empieza a tambalear. No en vano los contextos de crisis acompañados de concursos poco colaborativos concluyen con el desmantelamiento, en especial, de la red de pequeñas y medianas empresas, que después tanto se echan en falta para avanzar hacia los procesos de recuperación.

V. A modo de conclusión. Una mirada desde la eficacia del sistema

Todo lo que aquí estamos planteando puede ser presentado de una manera concreta en la siguiente afirmación: hay una tendencia, que se pone de manifiesto en todos los proyectos de reforma del proceso concursal que hoy se encuentran presentes en el debate, a enfocar las propuestas de modificación en el problema de la eficiencia del sistema, sin prestar atención al problema de su eficacia.

Discutir la eficiencia es dar cuenta de aspectos particulares dentro del proceso, que en el fondo solo provocan transformaciones puntuales, las cuales, siendo relevantes, no producen una modificación en la lógica del sistema procesal. Más o menos plazos, más o menos etapas, más o menos documentos no conducen a una mejor posibilidad de avanzar en el salvataje de empresas a través de acuerdos entre acreedores y deudores.

Sin embargo, el discurso de la eficacia habilita el debate sobre en qué medida el proceso concursal tal y como está diseñado, tanto en la ley como en los proyectos de modificación, pro-

pugna un adecuado desarrollo de interacciones a partir de la identificación de los intereses comunes entre las partes. Solo el discurso de la eficacia puede, finalmente, conducir a un entorno concursal que proteja el entramado de pequeña y mediana empresa, que con el tiempo resultará fundamental para repensar los aspectos económicos y sociales pospandemia.

En nuestra opinión, el debate de la eficacia del proceso concursal en particular, y del proceso judicial en general, debe constituirse a partir de tres grandes conceptos: lo cooperativo, lo colaborativo y lo compositivo. En primer lugar, es imprescindible el desarrollo de un proceso que se constituye a través de interacciones de carácter cooperativo entre las partes. La cooperación debe informar al proceso con el objetivo de crear las mejores posibilidades para el desarrollo de los intereses comunes. Estos, que existen entre las partes, suelen estar tapados por la lógica puramente conflictiva y confrontativa que el mismo diseño del proceso propone. La cooperación es una característica de la ingeniería procesal que diferentes países, especialmente anglosajones, han empezado ya a transitar.

En segundo lugar, creemos en la necesidad de avanzar en la construcción de sistemas que respalden la incorporación de actitudes colaborativas entre las partes, los profesionales que los representan y la jurisdicción. Lo colaborativo es una característica actitudinal de los profesionales que hoy responden, por diversas razones, a una predisposición hacia lo competitivo y adversarial en un sentido estricto. En todo caso, si queremos que los profesionales colaboren, y con ello las partes que ellos representan, es imprescindible avanzar en un proceso cooperativo.

Un contexto colaborativo en un proceso cooperativo ayudará, sin lugar a dudas, a mejorar las interacciones entre las partes y, en lo que aquí más nos interesa, a crear propuestas que en el corto, mediano y largo plazo permitan la pervivencia de las empresas que hoy, por razones contingentes, están en peligro de desaparecer. Y, en tercer lugar, resulta imprescindible que junto a un proceso cooperativo en el marco de actitudes colaborativas haya espacios restaurativos, como intentó la jurisdicción en el caso “Vicen-

tin” antes citado, donde puedan surgir las dinámicas composicionales entre las partes. Los pocos acuerdos que puedan surgir en un proceso conflictivo con profesionales competitivos son siempre subóptimos.

Mientras que no se tome conciencia de la trascendencia de las transformaciones en los

tres planos mencionados, cualquier propuesta de modificación que apunte a una pretendida eficiencia del sistema no permitirá una mejora en su eficacia, esto es, el diseño de un proceso concursal pensado como una oportunidad para todos los implicados, más que como la antesala del desmantelamiento de la red empresarial que el país necesitará en el futuro.

COMENTARIOS JURISPRUDENCIALES

CONCURSO PREVENTIVO

Empresa gastronómica. Rechazo de la homologación. Propuesta que aparece abusiva y fraudulenta. Espera de un año exigida a los trabajadores. Plazo de diez días para mejorar la propuesta o brindar explicaciones. Consideración de las dificultades económicas derivadas de la pandemia.

Con nota de Juan Andrés Gasparini

1. — La propuesta efectuada por la concursada a los titulares de créditos privilegiados de origen laboral no puede, en la actualidad, merecer aprobación judicial homologatoria, pues tal propuesta aparece como prima facie abusiva y fraudulenta, dado que exige a los trabajadores o extrabajadores una espera de un año —desde la homologación— y además establece un diferimiento en el pago de sus créditos de 7 años.
2. — No se decretará sin más la quiebra de la deudora, sino que se le dará la oportunidad de mejorar la propuesta hecha a los titulares de créditos de origen laboral y/o, en su caso, brindar las explicaciones de por qué la propuesta que efectuó o efectuará en lo sucesivo es la mejor que está en condiciones de ofrecer. Ello, pues no se ignora que en el caso el concurso data del año 2019, la propuesta del año 2020 y que, desde entonces el país —entre muchos otros— atraviesa enormes dificultades económicas arrastradas desde antes, más una terrible pandemia que ocasionó restricciones de circulación, reunión y comerciales (entre otras), de las que claramente (induzco casi con certeza) la concursada —dedicada sustancialmente al negocio gastronómico— no pudo escapar.
3. — Corresponde conceder a la concursada un plazo de diez días hábiles judiciales (art. 273 inc. 2, LCQ) para mejorar su propuesta o dar explicaciones, bajo apercibimiento de resolver sin más trámite con las constancias de autos. En tal momento se podrá volver a evaluar la eventual homologación del acuerdo que se ha sometido a mi juzgamiento.
4. — No es lo mismo un crédito laboral que otro, por ejemplo, comercial o fiscal. Hay necesidades presumiblemente distintas y, entonces, el rol interpretativo y axiológico del juez no puede ser unívoco en todos los casos. La concursada no ha explicado con precisión y fundamento las razones de por qué la propuesta así efectuada es la mejor que está en condiciones de hacer.
5. — El hecho de haber obtenido las mayorías legales no es suficiente, por sí, para dotar de eficacia a la propuesta de acuerdo formulada por el deudor. Para que el concordato surta efectos y sea oponible a los acreedores de causa o título anterior a la presentación en concurso, incluso a aquellos que no votaron favorablemente, se requiere su aprobación judicial, es decir, su homologación.
6. — La ley le impone al juez el deber de efectuar un doble control de legalidad. Una primera cuestión responde al plano meramente formal y está vinculada a la obtención de las conformidades según el régimen de mayorías legales. La restante, refiere al aspecto sustancial del ofrecimiento que el concursado hizo a sus acreedores, pues la ley dispone que en ningún caso se homologará una propuesta abusiva o en fraude a la ley (art. 52, inc. 4, LCQ).
7. — El juez debe evaluar las circunstancias particulares de cada caso y, ante una situación en apariencia abusiva, emplear un criterio restrictivo de apreciación, aplicando el instituto en supuestos en que el abuso aparezca evidente o manifiesto. Ello, a los fines de evitar que la amplia discrecionalidad que el precepto legal concede al juzgador se transforme en arbitrariedad.

JNCom. Nro. 14, 03/05/2021. - Romario SRL s/ concurso preventivo.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/21135/2021]

10.153/2019

1ª Instancia.- Buenos Aires, mayo 3 de 2021.

1. Según surge de este expediente, la concursada Romario SRL habría logrado las mayorías respecto de las propuestas de acuerdo presentadas en él. Hecha saber esa circunstancia (art. 49, LCQ), no se recibieron impugnaciones en los términos del art. 50 de la ley que rige la materia.

2. Ahora bien: el hecho de haber obtenido las mayorías legales no es suficiente, por sí, para dotar de eficacia a la propuesta de acuerdo formulada por el deudor. Para que el concordato surta efectos y sea oponible a los acreedores de causa o título anterior a la presentación en concurso, incluso a aquellos que no votaron favorablemente, se requiere su aprobación judicial, es decir, su homologación.

Al respecto, la ley le impone al juez el deber de efectuar un doble control de legalidad. Una primera cuestión responde al plano meramente formal y está vinculada a la obtención de las conformidades según el régimen de mayorías legales. La restante, refiere al aspecto sustancial del ofrecimiento que el concursado hizo a sus acreedores, pues la ley dispone que en ningún caso se homologará una propuesta abusiva o en fraude a la ley (art. 52, inc. 4, LCQ; v. in extenso Junyent Bas, F., Una nueva mirada del concurso preventivo, publ. en revista Deonomi, Fac. de Derecho de la UBA, año 1, número 2).

El concepto de propuesta abusiva remite a la teoría del abuso de derecho prevista en el art. 10 del Cód. Civ. y Comercial, en cuanto establece que “La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considera tal el que contraría los fines del ordenamiento jurídico o el que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres. El juez debe ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva...” Según tal precepto, el ejercicio de un derecho será calificado como abusivo cuando vulnere los fines que la ley tuvo en miras al reconocerlo, o sobrepase los límites que la buena fe, la moral y las buenas costumbres fijan. Así, por ejemplo, una propuesta de acuerdo será abusiva cuando contenga cláusulas que impliquen desnaturalizar el derecho de los acreedores o les imponga a los acreedores disi-

dentos pautas arbitrarias que fueron aceptadas por la mayoría.

De todos modos, el juez debe evaluar las circunstancias particulares de cada caso y, ante una situación en apariencia abusiva, emplear un criterio restrictivo de apreciación, aplicando el instituto en supuestos en que el abuso aparezca evidente o manifiesto. Ello, a los fines de evitar que la amplia discrecionalidad que el precepto legal concede al juzgador se transforme en arbitrariedad.

En cuanto a la propuesta fraudulenta, corresponde precisar que el art. 52, inc. 4, LCQ, no refiere al fraude a los acreedores sino al fraude a la ley; el cual se encuentra contemplado en el art. 12 del Cód. Civ. y Comercial, en cuanto prevé que “El acto respecto del cual se invoque el amparo de un texto legal, que persiga un resultado sustancialmente análogo al prohibido por una norma imperativa, se considera otorgado en fraude a la ley. En ese caso, el acto debe someterse a la norma imperativa que se trata de eludir”.

En síntesis, aun cuando —como en el caso— se hubiesen obtenido las mayorías necesarias, el juez del concurso debe, por imperativo legal, evaluar la propuesta efectuada por el deudor y, en caso de que sea abusiva o en fraude a la ley, no homologará el concordato (conf. Piatti, H., Acuerdo: homologación e impugnación. Efectos, en Manual de concursos y quiebras. Explicación del régimen de la ley 24.522, adecuada al Código Civil y Comercial de la Nación, T. 1, Frick, P. —director— y Jaime, R. —coord.—, Buenos Aires, 2018, cap. 13).

3. Sentado lo anterior, observo que la propuesta efectuada por Romario SRL a los titulares de créditos privilegiados de origen laboral no puede, en la actualidad, merecer aprobación judicial homologatoria.

Ello pues: (i) tal propuesta aparece como *prima facie* abusiva y fraudulenta (luego diré por qué uso los términos “*prima facie*”), dado que exige a los trabajadores o ex - trabajadores una espera de un año —desde la homologación— y además establece un diferimiento en el pago de sus créditos de 7 años. Y si bien para los pagos que se vayan efectuando en cuotas anuales (de escaso porcentual cada una) se prevé la aplica-

ción de una tasa de interés razonable (la activa del Banco Nación), considero que ello no guarda estricto correlato con los delicados intereses involucrados. No es lo mismo un crédito laboral que otro, por ejemplo, comercial o fiscal. Hay necesidades presumiblemente distintas y, entonces, el rol interpretativo y axiológico del juez no puede ser unívoco en todos los casos. Luego, pues (ii) la concursada no ha explicado con precisión y fundamento las razones de por qué la propuesta así efectuada es la mejor que está en condiciones de hacer.

Ambos extremos me impiden homologar el acuerdo apriorísticamente alcanzado. Máxime cuando, según surge de lo informado por la sindicatura el 15 de julio de 2019, existen en trámite 57 juicios de índole laboral iniciados contra Romario S.R.L y siete incidentes de verificación y/o revisión de esa naturaleza; todos de carácter preconcursal (de todo ello surge el “*prima facie*” utilizado más arriba).

Pero no decretaré sin más la quiebra de la deudora. Le daré la oportunidad de mejorar la propuesta hecha a los titulares de créditos de origen laboral y/o, en su caso, brindar las explicaciones de por qué la propuesta que efectuó o efectuará en lo sucesivo es la mejor que está en condiciones de ofrecer (ver Dasso, A. G., La propuesta abusiva y la tercera vía, publ. en LA LEY, 2011-F, 976; con cita de Arecha, M., Propuesta y homologación, en “Reestructuración de deudas y facultades judiciales”, Buenos Aires, noviembre de 2004, p. 274).

Ello, pues no ignoro que en el caso el concurso data del año 2019, la propuesta del año 2020

y que, desde entonces (más precisamente desde marzo de 2020) nuestro país —entre muchos otros— atraviesa enormes dificultades económicas arrastradas desde antes, más una terrible pandemia que ocasionó restricciones de circulación, reunión y comerciales (entre otras), de las que claramente (induzco casi con certeza) la concursada —dedicada sustancialmente al negocio gastronómico— no pudo escapar.

Entiendo que con lo aquí señalado podré volver a evaluar la eventual homologación del acuerdo que se ha sometido a mi juzgamiento. Y lo haré, en cuanto al término temporal, en algunos días hábiles más. Concederé a la concursada Romario SRL, entonces, un plazo de diez (10) días hábiles judiciales (conf. art. 273 inc. 2, LCQ) para mejorar su propuesta o dar explicaciones de conformidad con lo expuesto anteriormente, bajo apercibimiento de resolver sin más trámite con las constancias de autos (conf. art. 274, ley cit.).

Así decido.

4. Notifíquese por Secretaría a la concursada y al síndico; a quien se le hace saber que presentada la mejora o brindada la explicación en cuestión, deberá expedirse al respecto de no más de cinco (5) días —informando fundadamente acerca de todos los reclamos laborales irresueltos de índole preconcursal que tenga la concursada (por vía ordinaria o incidental, en esta o en extraña jurisdicción)— teniendo en cuenta, a tales efectos, el contenido del informe general previsto en el art. 39, LCQ (especialmente en sus incisos 2 y 3). Instruméntense las notificaciones de manera electrónica. — *Pablo D. Frick*.

El control sustancial del acuerdo preventivo frente a la pandemia y los sujetos vulnerables

Juan Andrés Gasparini

La constitucionalización del derecho privado receptada normativamente en los arts. 1º y 2º del Código Civil y Comercial de la Nación —en adelante, Cód. Civ. y Com.— nos impone realizar un necesario “diálogo de fuentes”, que se traduce en la aplicación simultánea, coherente y coordinada de fuentes legislativas diversas para descubrir la “finalidad de la ley”, y tal cometido ha de emprenderse ponderando los derechos que surgen de los tratados sobre derechos humanos y los principios y valores que integran el ordenamiento jurídico.

El reciente pronunciamiento dictado por el magistrado a cargo del Juzgado Nacional en lo Comercial Nº 14 de la Capital Federal en el caso “Romario SRL s/ concurso preventivo” se enmarca dentro de este derrotero (1).

En el marco de dichas actuaciones, el concursado alcanzó las conformidades necesarias previstas por el régimen de mayorías que establece el art. 45 de la Ley de Concursos y Quiebras —en lo que sigue, LCQ— y, en consecuencia, solicitó la homologación de su acuerdo preventivo. Tal petición motivó que se hiciera saber tal circunstancia en el expediente (art. 49 de la LCQ), no mereciendo impugnaciones en los términos del art. 50.

En ese estadio procesal, correspondía al magistrado ingresar en el análisis del concordato al que arribara el deudor con sus acreedores verificados y declarados admisibles. Vale destacar, en lo que aquí resulta de interés, que la propuesta dirigida a los titulares de créditos privilegiados de origen laboral y aceptada por

estos últimos consistía —resumidamente— en lo siguiente: a) un año de espera desde la homologación judicial; b) diferimiento en el pago de siete años; c) intereses a la tasa activa del Banco Nación.

El fallo comienza por señalar el doble control de legalidad que debe realizar el juez concursal. Por un lado, aquel vinculado con el aspecto *formal*, que consiste en verificar si se han reunido las mayorías legales; y, por el otro, el relativo al plano *sustancial*, desde que la ley no admite la homologación de una propuesta —en rigor de verdad, de un acuerdo— abusiva o en fraude a la ley [art. 52, inc. 4º, de la LCQ (2)].

A partir de allí, concluye que aquella propuesta destinada a los titulares de créditos privilegiados laborales deviene abusiva y en fraude a la ley, no mereciendo judicial aprobación. Sin embargo, adopta una solución que, en nuestra opinión —y luego veremos con qué alcances—, se encuadra dentro de la llamada constitucionalización del derecho privado, permitiendo conciliar adecuadamente los intereses en disputa; esto es, la protección del crédito y la conservación de la empresa (3).

Cabe recordar que la figura del abuso del derecho, a la que se alude en el fallo anotado,

(2) La reforma introducida por la ley 25.589 adopta una solución ecléctica entre la calificación de la conducta de la ley 19.551 y el espíritu fuertemente privatista del texto original de la ley 24.522.

(3) En un trabajo anterior hemos afirmado que la protección del crédito y la conservación de la empresa son los dos principios rectores que se deben tener en cuenta al momento de valorar los términos del acuerdo preventivo (“Acuerdo abusivo o en fraude a la ley”, DJ del 27/11/2013, 9; LL AR/DOC/3386/2013).

(1) JNCom. Nº 14, 03/05/2021, “Romario SRL s/ concurso preventivo”, expte 10153/2019.

constituye un molde cuyo contenido habrá de ser determinado en cada caso en concreto. Es un estándar, un concepto jurídico indeterminado; consecuentemente, también en sus efectos, se aviene mejor a las soluciones abiertas que a las cerradas (4). La reacción desfavorable frente a ello se fundamenta porque se produce un daño a alguien, es decir, se lo priva de algo que le corresponde sin que ello se pueda justificar jurídicamente. En palabras de Vigo, la *aparición de juridicidad y lo injusto concreto* son, en última instancia, las dos notas más características del instituto (5).

En lo que atañe al fraude a la ley, Richard afirma que se trata de obtener de modo indirecto lo que la ley prohíbe hacer directamente. Agrega que debe considerarse como tal a la situación en la cual, para evitar la aplicación de una norma jurídica que no lo favorece o no le interesa, una persona se ampara en otra u otras y busca dar un rodeo que le permita sortear la prohibición o las obligaciones que le imponía la norma vulnerada (6).

Bajo tales premisas, la evaluación del abuso requiere, tal como indica el magistrado, ponderar las circunstancias particulares del caso y denegar la homologación, *si y solo si* la situación jurídica abusiva se nos presenta en forma evidente y manifiesta; ello a los fines de evitar que el juicio de razonabilidad que prescribe el dispositivo legal —única atribución reservada a los jueces— se transforme en arbitrariedad (7).

(4) Voto de la Dra. Kemelmajer de Carlucci en CS Mendoza, sala I, 24/06/2003, “Argenfruit SA” en Pedro López e Hijos SACIFIA s/ concurso preventivo”.

(5) Cfr. VIGO, Rodolfo, “Consideraciones iusfilosóficas sobre el abuso del derecho”, RDPC, nro. 16, p. 311.

(6) Cfr. EFRAÍN, Hugo R., “Acuerdos preventivos abusivos o en fraude a la ley”, <http://www.acader.unc.edu.ar>. En igual sentido: MOSSET ITURRASPE, J., “Negocios simulados, fraudulentos y fiduciarios”, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1975, ps. 30 y 102/05; citados por la CCiv. y Com. Mercedes, sala I, 31/10/2013, “Casasco, Ricardo A. s/ concurso preventivo”.

(7) La arbitrariedad exhibe un juicio especialmente negativo frente a las normas. Mientras la ilegalidad desconoce o aplica erróneamente la regla jurídica que corresponde, la arbitrariedad es la manifestación abierta y caprichosa sin principios jurídicos (voto del Dr. Hitters

Para decidir de este modo, y con sustento normativo en los arts. 10 y 12 del Cód. Civ. y Com., el juez consideró que los términos de la propuesta no guardaban correlato con los delicados intereses involucrados. Entendemos que es aquí donde se aprecia una valoración axiológica de la sentencia que coloca en el centro de la escena las especiales características del crédito de los sujetos alcanzados por el acuerdo preventivo (8).

Ciertamente no es lo mismo un crédito de origen laboral que uno comercial o fiscal, desde que la insuficiencia que sustenta el estado de cesación de pagos es generalmente *más intensa* en el trabajador (9). En otras palabras, el empleado que no percibe en todo o en parte su salario se ve privado, casi siempre, de su única fuente de ingresos, mientras que el comerciante podrá, usualmente, reorganizar su estructura de negocios con otros mercaderes.

Al respecto, nuestra Corte Suprema ha precisado (refiriéndose a los privilegios): “El crédito del trabajador debe estar resguardado por un privilegio que lo coloque en un plano superior al de los demás créditos privilegiados, en especial, a los del Estado y a los de la seguridad social” (10).

en SCBA, 06/10/1998, “Rodríguez, Liliana A. promueve acción de amparo. Cuestión de competencia art. 6º”, causa B 58.002).

(8) En los Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, cuya comisión redactora estuviera integrada por los Dres. Lorenzetti, Highton y Kemelmajer de Carlucci, se destaca entre los aspectos valorativos la búsqueda de la igualdad real, y desarrolla una serie de normas orientadas a plasmar una verdadera “ética de los vulnerables”.

(9) La igualdad para situaciones iguales, como lo ha reconocido desde antaño la Corte Suprema de Justicia de la Nación en reiteradas ocasiones (Fallos 16:118; 124:122; 126:280; 270:374; 300:1084).

(10) CS, 26/03/2014, *in re* “Pinturas y Revestimientos Aplicados SA s/ quiebra”: “Las directivas contenidas en los Convenios de la Organización Mundial del Trabajo (OIT) —en el caso, el Convenio 173— no son de carácter meramente programático, sino que pueden ser directamente aplicadas a los casos concretos en el ámbito local sin necesidad de que una medida legislativa adicional a la ratificación acordada al instrumento internacional, les confiera operatividad, incorporándose al sistema argentino, con un rango

Es en este contexto en el cual se pone de relieve la importante cantidad de juicios de naturaleza laboral en trámite y/o incidentes de revisión y verificación iniciados contra el concursado (57 procesos laborales y 7 incidentes). Todos ellos, se aclara en el fallo, por créditos preconcursales.

Podemos afirmar que la solución preventiva encuentra su éxito en la posibilidad de aplicar los efectos novatorios del acuerdo homologado a todos los acreedores comprendidos en la misma categoría, ya sea que hayan prestado su conformidad o no con la propuesta efectuada por el deudor, a condición de que este último logre reunir las voluntades suficientes de acuerdo con el régimen de mayorías (11).

Se ha expresado que, a los fines del cómputo, las categorías de acreedores quedan definitivamente integradas con la resolución del art. 42 de la LCQ, razón por la cual aquellos que no estuvieran incluidos en ellas no podrán ni aprobar ni rechazar las propuestas que se formulen, *excluyéndose del citado cálculo las acreencias que no fueron declaradas verificadas y/o admisibles en la sentencia del art. 36 de la LCQ*, las cuales solo serán incorporadas a las ya formadas a los fines de determinar el grado y modo de satisfacción de los créditos (12).

En el supuesto de los acreedores laborales, por lo general, su crédito es de naturaleza mixta, siendo de carácter quirografario y con privilegio general y especial (13). Ahora bien, respecto de estos últimos, la ley requiere la unanimidad de

superior a las leyes". Allí también se precisó que las recomendaciones de la OIT, aunque carecen de contenido propiamente normativo, tienen un inapreciable valor interpretativo para determinar los alcances de las precisiones contenidas en los convenios.

(11) Arts. 41, 45, 47, 55, 56 y 57 de ley 24.522.

(12) CNCm., sala D, 13/12/2004, "Obra Social del Personal de Jaboneros s/ concurso preventivo", LA LEY 2005-C, 80; IMP 2005-9, 1396; citado en ROUILLON, Adolfo A. N. (dir.), "Código de Comercio comentado y anotado", 2007, t. IV-A, p. 563.

(13) Arts. 241, inc. 2º, 246, inc. 1º, 247 y 248 de la ley 24.522.

aprobación de la propuesta para alcanzar la homologación judicial (14).

La cuestión pierde claridad cuando se trata de revisionistas o verificantes tardíos, ya que, como apunta Casadío Martínez, a "su" categoría se le exige lograr todas las conformidades; entonces, puede alegarse que de haber podido concurrir en forma tempestiva no la hubieran prestado y, por ello, no les sería oponible el acuerdo (15).

No obstante, el Máximo Tribunal de la Nación se ha pronunciado en sentido diverso, con apoyo en los principios liminares que sostienen el procedimiento concursal y se fundan en razones de interés público que pretenden resguardar el derecho de propiedad y la igualdad de trato de los diversos intereses en juego.

"La unanimidad mencionada en el art. 47 de la LCQ, se refiere a los acreedores verificados y declarados admisibles *presentados tempestivamente*, porque a su vez se establece un trámite complejo previo, que incluye la categorización de los distintos pretenses que hace el deudor e incide en el tipo de acuerdo que va a ofrecer en orden a la naturaleza de los créditos" (16).

En síntesis, atendiendo a la particular situación de vulnerabilidad de los acreedores laborales, los términos de la propuesta concordataria, la relevante cantidad de juicios contra el deudor y la ausencia de explicaciones de parte de la concursada sobre el real esfuerzo patrimonial asumido con la oferta de pago, es que el juez concursal ejerce el control de razonabilidad en el análisis sustancial del acuerdo preventivo y decide denegar su homologación judicial.

(14) Art. 44 de la ley 24.522.

(15) Cfr. CASADÍO MARTÍNEZ, Claudio, en FRICK, Pablo D. (dir.), "Manual de concursos y quiebras", Ed. elDial, 2018, t. I, p. 200.

(16) Ver dictamen del procurador general de la Nación de fecha 29/08/2002, que la Corte Suprema de Justicia de la Nación hace suyo y comparte en autos "Florio y Compañía ICESA s/ concurso preventivo s/ incidente de verificación de créditos por Niz Adolfo Ramón", del 15/04/2004.

A pesar de ello, no dispone decretar directamente la quiebra de Romario SRL, sino que, atendiendo a la realidad imperante al momento de resolver la cuestión (17), recurre a la llamada *tercera vía* —solución que se fuera abrien-

(17) En reiteradas ocasiones la casación bonaerense, citando a Morello, ha dicho que “los jueces no pueden ser fugitivos de una realidad que se presenta objetivamente ante sus sentidos” (SCBA, c. 92.313, del 10/10/2007; c. 92.112, del 20/08/2008; c. 111.698, del 08/08/2012; MORELLO, Augusto M., “La Corte Suprema, piloto de tormentas”, LA LEY, *Supl. Esp.: La emergencia y el caso Massa*, febrero de 2007, p. 91).

do camino en la jurisprudencia y recibiendo interesantes aportes de la doctrina especializada— (18), como forma de hacer efectivo el principio de conservación de la empresa, al conceder un plazo de 10 días hábiles para que la concursada mejore su propuesta o brinde las explicaciones pertinentes, bajo apercibimiento de resolver conforme al estado de la causa.

(18) En el trabajo de nuestra autoría, al que hicieramos referencia *supra*, hemos reseñado la postura que sobre el tópico de la tercera vía expone GRISPO, Jorge, “Tratado sobre la Ley de Concursos y Quiebras”.

JURISPRUDENCIA

CONVERSIÓN DE LA QUIEBRA EN CONCURSO PREVENTIVO

Improcedencia respecto de fallidos por extensión.

1. — La conversión postulada respecto de quebrados por extensión en virtud de lo previsto por el art. 161 inc. 3°, LCQ no resulta procedente. Ello así, pues la extensión de quiebra es una sanción destinada a atribuir responsabilidad por el pasivo de otro (el sujeto quebrado a partir del cual se produce la extensión); tanto que el quebrado por extensión puede no estar en cesación de pagos.
2. — Sería contradictorio que el demandado por extensión pudiera impedir el efecto de la extensión solicitando su concurso preventivo y además afectaría la finalidad legal de que el patrimonio extendido responde, aunque más no sea subsidiariamente por las deudas de los otros sujetos concernidos por la misma quiebra.

CNCom., sala F, 21/05/2021. - Basile, Antonio s/ quiebra.

[Cita on line: AR/JUR/43358/2021]

Expte. n° COM 033383/2019/CA001

Buenos Aires, mayo 21 de 2021.

Considerando:

1. Aceptada la radicación por ante esta Sala según decisión del 12/3/21, corresponde expedirse respecto del recurso apelación planteado a fs. 141 por la fallida, tocante a la negativa del Juez por decisión del 16/3/2020 de convertir la quiebra en concurso preventivo conforme art. 90 Lcq.

El memorial presentado a fs.141 fue contestado por la sindicatura en fs.142/143.

La Sra. Fiscal General ante esta Cámara emitió dictamen a fs.148/151 propiciando la confirmación de la decisión recurrida.

2. La Sala comparte los términos y conclusión del referido dictámen, a cuya lectura remite por economía en la exposición.

En efecto, la conversión pueden postularla los mismos deudores que pueden ser sujetos de concurso preventivo; e inclusive, los socios ilimitadamente responsables a quienes se hubiese declarado en quiebra por extensión de la quiebra societaria (art. 160 LCQ). En cambio están excluidos de esta posibilidad: a) a la inversa de lo dispuesto por en el art. 90, párr. 2° de la LCQ, los fallidos declarados tales por extensión de los supuestos del art. 161; b) las personas que no pueden ser sujetos de concursos preventivo, por ejemplo, las entidades financieras (v. art 2° y 5°Lcq); c) quienes se encontraren en el período de inhibición de un concurso preventivo exitoso anterior (art. 59 Lcq); d) quienes pretendieron convertir una quiebra directa o indirecta- que se hubiese declarado “ estando en trámite un concurso preventivo” (art. 90, párr. 3°, Lcq) (Cfr. “Régimen de Concursos y Quiebras Ley 24522, Adolfo .A. N. Rouillon pág.202) Editorial Astrea).

Síguese de ello, que la conversión postulada respecto de quebrados por extensión en virtud de lo previsto por el art.161 inc. 3 Lcq. no resulta procedente. Ello así, pues la extensión de quiebra es una sanción destinada a atribuir responsabilidad por el pasivo de otro (el sujeto quebrado a partir del cual se produce la extensión); tanto que el quebrado por extensión puede no estar en cesación de pagos.

Por lo demás sería contradictorio que el demandado por extensión pudiera impedir el efecto de la extensión solicitando su concurso preventivo y además afectaría la finalidad legal de que el patrimonio extendido responde, aunque más no sea subsidiariamente por las deudas de los otros sujetos concernidos por la misma quiebra.

Así las cosas, la decisión cuestionada debe mantenerse.

3. Corolario de lo expuesto, y de acuerdo a lo propiciado por la Sra. Fiscal General, *Resuelve:* confirmar el decisorio recurrido.

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° 15/13, N° 24/13 y N° 6/14) y devuélvase a la instancia de grado. — *Alejandra N. Tevez. — Rafael F. Barreiro. — Ernesto Lucchelli.*

PEDIDO DE QUIEBRA

Citación del deudor. Notificación bajo responsabilidad. Procedencia.

Es procedente la notificación bajo responsabilidad, ya que aun cuando la notificación de la citación del deudor prevista por el art. 84, LCQ, impone extremar los recaudos para no comprometer la defensa en juicio de la persona citada, esa prevención reconoce como límite implícito la necesidad de evitar que la situación derive, como podría estar ocurriendo en el caso, en un estado de indefensión del actor, inhibido de hecho de su posibilidad de hacer valer judicialmente sus eventuales derechos; máxime frente a los múltiples intentos frustrados de notificación materializados en el expediente principal.

CNCom., sala C, 05/05/2021. - Dreossi, Mario c. Kim Jin Sung s/ queja.

[Cita on line: AR/JUR/35347/2021]

Expte. n° COM 022819/2017/1/RH001

Buenos Aires, mayo 05 de 2021.

Vistos:

I. En tanto la providencia apelada es susceptible de generar agravio irreparable ulteriormente, corresponde admitir la queja y conceder en relación y en ambos efectos la apelación interpuesta.

Así se decide.

Toda vez que no es necesaria más sustanciación, se pasa a tratar de inmediato el recurso que queda concedido.

II. i) Fue apelada la providencia mediante la cual el señor Juez de primera denegó el pedido de que la citación estatuida por el art. 84 LCQ fuera notificada bajo responsabilidad del peticionante de la quiebra o teniendo al domicilio informado por el Registro Nacional de las Personas como domicilio constituido.

ii) El domicilio “constituido” es el que el propio interesado indica en los términos previstos en el

art. 40 del Código Procesal, por lo que tal calificación no corresponde para emplazar al juicio a quien todavía no se ha presentado ni, por ende, ha efectuado ninguna indicación al respecto (v. resoluciones del 27.10.16, en “Almacenes Catriel S.A. le pide la quiebra Banco Patagonia S.A.”; 29.6.16, en “Garantizar S.G.R. c/Prorural S.A. y otros s/ejecutivo”, entre otros).

No obstante, sí es procedente la notificación “bajo responsabilidad” en supuestos como el de la especie, máxime frente a los múltiples intentos frustrados de notificación materializados en el expediente principal.

Aun cuando la notificación de la citación prevista por el art. 84 LCQ impone extremar los recaudos para no comprometer la defensa en juicio, Recurso JUEZ Queja DE N° 1CAMARA - LE PIDE LA QUIEBRA DREOSI, MARIO ENRIQUE Expediente N° 22819/2017 de la persona citada, esa prevención reconoce como límite implícito la necesidad de evitar que la situación derive, como podría estar ocurriendo en el caso, en un estado de indefensión del actor, inhibido de hecho de su posibilidad de hacer valer judicialmente sus eventuales derechos.

Aquí se libraron sucesivos pedidos de informes a diversos organismos públicos, de lo cual surgió que el demandado tiene registrados distintos domicilios en esta ciudad de Buenos Aires.

Tras un informe del Registro Nacional de las Personas (RNP) y ante el resultado negativo de las notificaciones que habían sido cursadas, el actor solicitó nueva notificación en los términos más arriba referidos, lo cual fue rechazado.

Después de otro intento de notificación, el ahora apelante pidió que se dispusiera publicación por edictos, expresando que habían fracasado las notificaciones cursadas al domicilio dado a conocer por el RNP.

Por Secretaría del Juzgado, se proveyó que se dirigieran las cédulas a todos los domicilios que fueran sucesivamente informados por los seis organismos mencionados en esa providencia, lo cual tampoco arrojó resultado positivo.

Un último intento de notificación en el domicilio que había sido informado por el RNP tam-

co tuvo éxito, dejando constancia el oficial notificador que un inquilino había respondido que el interesado no vivía allí.

Luego, el accionante hizo la presentación cuya desestimación motivó la providencia apelada.

Se llega, entonces, a esta instancia tras trabajosas gestiones para dar con el paradero de la persona que el peticionante quiere citar.

A juicio de la Sala, hay que atender a esas circunstancias que se presentan en este caso a fin de no frustrar el derecho del apelante a proseguir el pedido.

Ha dicho la Sala que, de aceptarse la notificación bajo responsabilidad de la parte interesada, tiene que serlo de modo excepcional, presuponiendo ello que la parte extremó los medios a su alcance a fin de conocer el verdadero paradero de la persona a quien demanda (v. sentencia del 27.3.19 en “Bonfiglio, Oscar Alberto c/Raimundo, Luciano Pablo s/ejecutivo”, entre otras sentencias).

En el caso, para la Sala, se ha dado un supuesto de excepción como el referido a partir de

aquellas diversas actuaciones realizadas, que se muestran hechas en medida aceptable en cuanto aquí interesa.

Y ello aconseja en la especie acceder al pedido de notificación bajo responsabilidad, lo cual se afirma sin perjuicio, claro está, de que sobre el aquí recurrente pesa la eventual responsabilidad por las consecuencias jurídicas de una notificación ineficaz.

En definitiva, con el alcance que surge de lo expresado en los párrafos precedentes, es admisible el recurso.

III. Por ello, *Resuelve*: hacer lugar a la apelación y revocar la providencia recurrida en la medida señalada en este pronunciamiento.

Notifíquese por Secretaría.

Oportunamente, cúmplase con la comunicación ordenada por el art. 4to. de la Acordada de la Excma. Corte Suprema de Justicia de la Nación 15/13, del 21.5.13.

Hecho, remítase al Juzgado de primera instancia. — *Eduardo R. Machin*. — *Julia Villanueva*.

DERECHO DE LOS CONSUMIDORES

JURISPRUDENCIA

BENEFICIO DE JUSTICIA GRATUITA

Consumidor. Personas jurídicas. Servicio de seguridad privada tendientes al aseguramiento de la actividad comercial. Rechazo.

1. — El objeto de autos no se encuentra específicamente o, al menos, exclusivamente, regido por la LDC, como norma de fondo sobre la cual habrá de decidirse la cuestión, aun cuando pudieren resultar, eventualmente, aplicables ciertos principios que hagan a la defensa del derecho de la actora, como consumidor, respecto de alguna cuestión puntual. Es que, la materia que da origen el reclamo es el alegado incumplimiento por parte de la demandada del servicio de seguridad contratado respecto del establecimiento comercial de la actora, con lo cual esos servicios han revertido, directamente, en el aseguramiento de la actividad comercial y es precisamente en la imputación de una omisión al respecto que se sustenta el objeto de la demanda, por lo que no puede afirmarse que el contrato celebrado entre las partes resulte ajeno a la actividad comercial de la accionante. Bajo tales premisas entonces, no cabe considerar que la acción promovida se encuentre bajo la protección de “gratuidad” contemplada por el art. 53 de la Ley de Defensa al Consumidor.
2. — No se advierten razones que hagan prevalecer un criterio protector solo restringido a los consumidores cuando éstos sean personas físicas, dado que lo que legitima y constituye el supuesto de hecho de la legislación protectoria, es la noción de vulnerabilidad del consumidor, o sea su posición de debilidad estructural en el mercado, independientemente de la forma que asuma la persona, sujeto de la relación de o su profesionalidad. La protección se otorga con miras a determinada posición dentro de los términos de la contratación, y no en función de la calidad o identidad de las personas a la cual le toca asumir ese rol.
3. — Para considerar como consumidores a las personas jurídicas, éstas deben actuar

fuera del ámbito de su actividad profesional y, en el caso de una empresa, supone obrar fuera de su objeto social o giro comercial específico.

CNCom., sala A, 06/05/2021. - Sport's Life SA c. Prosegur Activa Argentina SA s/ ordinario.

[Cita on line: AR/JUR/15895/2021]

Expte. n° COM 001292/2021/CA001

Buenos Aires, mayo 06 de 2021.

Vistos:

1) Apeló la parte actora la resolución del 16.03.2021 en cuanto se la intimó a tributar la tasa de justicia, bajo apercibimiento de imponerle sanciones conminatorias en los términos del art. 12 de la ley 23.898.

La magistrada señaló que, en el caso, no se encontraban reunidos los requisitos para encuadrar el vínculo habido entre las partes en una relación de consumo, en tanto se trató de la contratación del servicio de alarmas monitoreadas sobre bienes aplicados a la actividad productiva de la accionante.

Los fundamentos del recurso obran digitalizados con fecha 05.04.2021.

El 13.04.2021 fue oída la Sra. Representante del Ministerio Público, quien dictaminó en el sentido de revocar el fallo impugnado. En lo sustancial, señaló que “teniendo en cuenta el tipo de actividad desarrollada por la actora, se advierte que aquella en forma alguna integra los servicios brindados por la accionada directamente a su actividad productiva. Es decir, la empresa contrató los servicios de alarma y monitoreo para utilizarlos en su propio beneficio, para la seguridad de sus empleados y sus bienes particulares, y no para proceder a su comercialización ni para integrarlos al mismo”.

2) La recurrente se quejó de esta decisión, alegando que, tratándose la presente de una acción iniciada al amparo de la LDC, su parte se encuentra eximida de afrontar el pago de la tasa de justicia, atento el alcance del beneficio de justicia gratuita contemplado por el art. 53 LDC.

3) Señálase liminarmente que la accionante promovió demanda contra Prosegur Activa Argentina a fin de obtener cobro de la suma de \$ 3.635.114 más intereses, en concepto de resarcimiento por el perjuicio que le habría ocasionado el incumplimiento contractual en que esta última habría incurrido. Explicó que la sociedad actora se dedica a la comercialización de artículos y mercaderías deportiva. Indicó que para atender las necesidades de protección contrató a la accionada “Prosegur”. Indicó que entre el 26.09.2020, al cerrarse el local sito en la calle Presidente Perón 1655, de la Ciudad de San Miguel, Provincia de Buenos Aires, y el 28.09.2019, cuando se procedió a su apertura, se perpetró un robo en el domicilio indicado con consecuencias perjudiciales para la accionante, sin que el servicio contratado haya funcionado en lo absoluto, por lo que el hecho delictivo -afirmó- pudo concretarse en razón de las fallas que presentó el sistema de seguridad contratado.

Pues bien, la LDC considera “consumidores” a las personas físicas o jurídicas que contratan a título oneroso para su consumo final o beneficio propio o de su grupo familiar o social, la prestación de servicios -entre otros supuestos contemplados en el art. 1° incisos a) y c)-.

Se ha dicho que no se advierten pues, razones que hagan prevalecer un criterio protector solo restringido a los consumidores cuando éstos sean personas físicas, dado que lo que legitima y constituye el supuesto de hecho de la legislación protectoria, es la noción de vulnerabilidad del consumidor, o sea su posición de debilidad estructural en el mercado, independientemente de la forma que asuma la persona, sujeto de la relación de o su profesionalidad. La protección se otorga con miras a determinada posición dentro de los términos de la contratación, y no en función de la calidad o identidad de las personas a la cual le toca asumir ese rol (Lorenzetti, Ricardo Luis. “Consumidores”, p. 35 y sgtes.; Uzal María Elsa, “Derecho Internacional Privado”, p. 536).

A su vez se considera que el concepto de relación de consumo incorporado por la CN: 42 amplía el ámbito de protección, el cual excede el vínculo contractual en sentido estricto pudiendo incluso, llegar a incluir actos jurídicos unilaterales, hechos jurídicos, prácticas comerciales previas al contrato, hechos ilícitos o declaracio-

nes unilaterales de voluntad (véase, en este sentido, Lorenzetti, op.cit., pág. 78).

Stiglitz ha calificado el contrato de consumo como el celebrado a título oneroso, entre un consumidor final —personal física o jurídica—, con una persona física o jurídica, pública o privada que, actuando profesional u ocasionalmente, en calidad de productora, importadora o distribuidora, comercialice bienes o preste servicios y tenga por objeto la adquisición, uso o goce de los mismos por parte del primero, para uso privado, familiar o social. Wajntraub, por su parte, lo define como todo aquél que se celebre entre un proveedor de bienes o de servicios profesionales y un adquirente a título oneroso que contrate para destinar dichos bienes o servicios para su consumo final, o su grupo familiar o social, siendo indistinta su concreción o no, mediante condiciones generales (véase: Uzal María Elsa. ob. cit., p. 538).

Síguese de ello que, para considerar como consumidores a las personas jurídicas, éstas deben actuar fuera del ámbito de su actividad profesional y que, en el caso de una empresa, como es la actora, supone obrar fuera de su objeto social o giro comercial específico (CNCom., Sala D, 16.07.2019, “Phyn SA c/ Microsoft SA y Otros s/ Ordinario”).

Expuestos sucintamente los mencionados conceptos básicos y con respecto al supuesto sub examine, entiende esta Sala, en primer lugar, que el objeto de autos no se encuentra específicamente o, al menos, exclusivamente, regido por la LDC, como norma de fondo sobre la cual habrá de decidirse la cuestión, aun cuando pudieren resultar, eventualmente, aplicables ciertos principios que hagan a la defensa del derecho de la actora, como consumidor, respecto de alguna cuestión puntual. Es que, la materia que da origen el reclamo es el alegado incumplimiento por parte de la demandada del servicio de seguridad contratado respecto del establecimiento comercial de la actora, con lo cual esos servicios han revertido, directamente, en el aseguramiento de la actividad comercial y es precisamente en la imputación de una omisión al respecto que se sustenta el objeto de la demanda, por lo que no puede afirmarse que el contrato celebrado entre las partes resulte ajeno a la actividad comercial de la accionante.

Bajo tales premisas entonces, no cabe considerar que la acción promovida se encuentre

bajo la protección de “gratuidad” contemplada por la Ley de Defensa al Consumidor -art. 53- (véase en este sentido, esta CNCom., esta Sala A, 23.03.2009, “Porcio Ángel Osvaldo c/ Caja de Seguros S.A. s/Ordinario”; íd., íd., 25.03.2009, “Dreon Marcelo c. Banco Supervielle SA s. ordinario”; íd., íd., 30.06.2009, “Mesilla Roque Ángel c. Equity Trust Company (Argentina) SA y Otro s. inc. de apelación”; íd., íd., 08.05.2013, “Manasero Iván Eugenio c/ Moria Resto Y + Y s/ Ordinario”; íd., íd., 30.06.2020, “Sirion SA c/ Prosegur Activa Argentina SA s/ ordinario”).

En consecuencia, habrá de rechazarse el remedio intentado, correspondiendo, a los fines perseguidos, promover el trámite contemplado en los arts. 78 y ss. CPCC.

4) Por todo ello, esta Sala *Resuelve*:

Desestimar el recurso de apelación y, por ende, confirmar el decreto apelado en lo que decide y fue materia de agravio.

Sin costas de Alzada por no haber mediado contradictor en esta instancia.

Notifíquese la presente resolución a las partes. Oportunamente, devuélvase las actuaciones a la instancia anterior.

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 24/13 CSJN, hágase saber a las partes que la publicidad de la sentencia dada en autos se efectuará mediante la pertinente notificación al CIJ. — *Alfredo A. Kölliker Frers.* — *María E. Uzal.* — *Héctor O. Chomer.*

CIBERDELITOS

Medida cautelar destinada a ordenar a un banco que se abstenga de efectuar descuentos en la cuenta bancaria del actor. Préstamo que habría sido obtenido por terceros mediante la obtención de las claves de acceso. Consumidor hipervulnerable. Mayor exposición de los adultos mayores a los riesgos cibernéticos. Procedencia.

1. — Corresponde admitir la medida cautelar solicitada y, en consecuencia, ordenar al

banco demandado se abstenga de efectuar descuentos en la cuenta bancaria de titularidad del actor, originados por el préstamo obtenido a través del servicio de *homebanking* en un posible caso de ciberdelito, pues se trata en definitiva de cautelar a la parte más vulnerable dentro del vínculo jurídico y de proteger el salario de aquel, sin perjuicio de lo que pueda resolverse en el marco de la causa principal, lo que hace que deba atenderse a la solución más favorable al consumidor (art. 3°, ley 24.240).

2. — Pese a que la medida cautelar se dicta inaudita parte, se observa también que el banco demandado fue primeramente comunicado de lo acontecido por carta documento en la que se le solicitó se abstenga de continuar efectuando los descuentos y que la demanda recién se presentó un mes y medio después. En todo este plazo, el banco solo se atuvo a realizar una negativa de su responsabilidad sin mostrar ninguna voluntad en dar una respuesta que pudiera representarle una solución a quien veía afectarse sus recursos con carácter alimentario mes a mes.

3. — En el caso bajo examen, nos encontramos frente a un adulto mayor, que reviste una especial tutela en razón de la Convención Interamericana sobre derechos de las Personas Adultas Mayores, la cual reconoce la existencia de una brecha digital generacional (art. 20, inc. d). Dicha brecha, hace que los adultos mayores estén más expuestos a los riesgos cibernéticos, pues se materializan en un entorno que les resulta particularmente ajeno. Esta cuestión, permite considerar a aquellos como consumidores hipervulnerables (conf. res. 139/2020 dictada por la Secretaría de Comercio Interior del Ministerio de Desarrollo de la Nación).

4. — Respecto al requisito de peligro en la demora, este surge de la trascendencia económica de los montos descontados de los ingresos —en concepto de pensión— del actor, máxime en casos como en el presente, donde la persona recibe un dinero que reviste carácter alimentario y que,

descuentos mediante, se traduce en apenas poco más que un salario mínimo vital y móvil. Esto torna aún más evidente el perjuicio que se genera y releva de mayor análisis acerca de la superioridad económica que detenta el banco frente al actor.

CFed. Bahía Blanca, sala I, 27/05/2021. - Reimondi, José Antonio c. Banco Nación Argentina s/ Ley de Defensa del consumidor.

[Cita on line: AR/JUR/55446/2021]

Expediente N° FBB 10716/2020/1/CA1

2ª Instancia.- Bahía Blanca, mayo 27 de 2021.

Considerando:

1. A fs. 67/74, el Juez de la instancia de grado decidió hacer lugar a la medida cautelar solicitada y, en consecuencia, ordenar al Banco de la Nación Argentina, sucursal Punta Alta, se abstenga de efectuar los descuentos que se realizan en la cuenta bancaria de titularidad del actor, originados por el préstamo obtenido a través del servicio de homebanking de dicha entidad por la suma de \$270.000 y la suma de \$16.000 en concepto de extracción, hasta tanto se dicte sentencia definitiva en estos autos.

Para así decidir, tomó en consideración que se encuentran reunidos todos los requisitos que habilitarían el dictado de la medida cautelar contra el BNA.

Respecto de la posibilidad de ocasionarse perjuicios graves de imposible reparación ulterior, el a quo señaló el impacto económico, cierto y verificado, que tiene el descuento de las cuotas del crédito bajo examen respecto a una persona de 66 años, jubilado, ex combatiente de Malvinas que padece serias afecciones de salud por sus actos de servicio prestados en el Conflicto Bélico del Atlántico Sur en 1982 y reviste la condición de discapacitado, que percibe haberes por un monto neto que ronda los \$40.900 (DNI, certificado de discapacidad, nota del Dpto. Veteranos de Malvinas de fecha 16/04/2017, constancia del Instituto de Previsión Social de la Pcia. de Bs. As. y facturas de servicios de agua, cable, electricidad y gas).

En relación a la verosimilitud del derecho el a quo entendió que se encuentra acreditada en el

caso, atento el carácter de cliente del actor (quien percibe sus ingresos en el BNA), quien prima facie habría sido víctima de un ciberdelito y la actividad —en principio— arbitraria de la demandada, pues el BNA persiste en el descuento de las cuotas correspondientes al crédito denunciado, pese a estar en conocimiento, al menos, de la alegada ajenidad de su cliente en la operatoria virtual de la que derivó dicho préstamo y de la existencia de una investigación penal en curso para determinar cómo ocurrieron los hechos y quiénes fueron efectivamente sus responsables (cfr. IPP N° 16.147/20). De ello se sigue también, según el razonamiento del a quo, la verosimilitud de la ilegalidad.

Finalmente indicó que también se cumple con los requisitos de no afectación del interés público y que la medida solicitada no produce efectos jurídicos o materiales irreversibles, ya que en el sub lite se solicita en forma cautelar solamente la suspensión del descuento de las cuotas del crédito referido (no su cancelación, ni tampoco el reintegro de lo ya descontado), sin que pueda verse alterada o afectada la capacidad del BNA de recuperar fondos para otorgar nuevos préstamos, atento al monto en cuestión y teniendo en miras que en caso de no asistir razón al actor, el banco podrá percibir lo adeudado con más los intereses respectivos.

2. Contra dicha resolución apeló el BNA (fs. 75) y a fs. 77/79 expresó agravios, siendo ellos sucintamente, que para resolver como se hizo se consideró verosímil el relato del actor y prima facie arbitraria la conducta del banco, en cuanto persiste en el descuento de las cuotas correspondientes al crédito impugnado pese a estar en conocimiento de la situación.

Sobre el relato del actor, sostuvo que de ningún modo puede considerarse que el sistema informático falló o permitió que la maniobra en sí se concretara. Por el contrario, fue el actuar cuanto menos torpe o negligente del actor lo que posibilitó la supuesta estafa que describe en el escrito de inicio, pues fue este quien reveló las credenciales de acceso al homebanking, sin explotar ninguna debilidad en la seguridad de la plataforma electrónica ni aprovecharse de fallas administrativas.

Así entendió que el actuar torpe o negligente del actor, al incumplir con su deber de usuario

de banca electrónica —la guarda de las credenciales de acceso al sistema— interrumpe la cadena de causalidad que podría imputar al banco cualquier responsabilidad sobre el hecho en tratamiento.

De este modo y a la luz de lo expuesto, concluyeron que fue el cliente quien habilitó a que se concretaran las operaciones ahora cuestionadas por cuanto las credenciales de acceso y uso de los canales electrónicos son personales e intransferibles y su guarda es exclusiva responsabilidad del titular de las mismas.

3. A fs. 86/92, el Ministerio Público Fiscal asumió la intervención conferida a fs. 85, ocasión en la que sostuvo lo siguiente:

En primer lugar, que el vínculo jurídico que une a las partes es una relación de consumo en la que el apelante reviste la calidad de proveedor en los términos del art. 2 de la ley 24.240 y art. 1093 del Cód. Civ. y Comercial, con lo cual pesaría sobre él una obligación expresa de seguridad y garantía respecto de los usuarios con los que ha contratado, que le impone prestar el servicio de forma tal que no le cause daños a estos, tanto en su persona como en sus bienes (arts. 5, 6, 28 y 40 de la ley 24.240 y art. 42 de la Constitución Nacional). En contraposición, el usuario tiene una razonable expectativa que las operaciones sobre su cuenta se realizarán en un entorno seguro para él y sus bienes.

Bajo este marco normativo, entendió que el actor, veterano de guerra, adulto mayor y discapacitado, debe ser considerado, a los fines del art. 1 de la ley 24.240 un consumidor hipervulnerable. Frente a este, se encuentra una institución bancaria centenaria y de enorme envergadura y de activos cuyas respuestas en el marco del proceso fueron absolutamente genéricas.

Señaló que resulta creíble el relato del actor, avalado por las pruebas acercadas entre las que cabe mencionar la captura de pantalla de un correo electrónico que, usurpando la identidad de la Red Link le habría indicado al actor que recibiría una comunicación de un empleado del banco, a partir de la cual sus credenciales fueron obtenidas ilegítimamente.

Indicaron que esta es una modalidad delictiva que se ha incrementado, a punto que en la Uni-

dad Especializada en Ciberdelincuencia (UFECI) de la Procuración General de la Nación, se observó un aumento de casos en un 3000% entre 2019 y 2020.

Pusieron en evidencia que el banco, pese a sus alegaciones, no indicó la forma en la que le hizo saber a su cliente cuales eran sus supuestas obligaciones como usuario en cuanto a no entregar sus credenciales, ni siquiera a supuestos operadores de la entidad que se presentan luego de usurpar una identidad en un contexto temporal donde los casos se venían incrementando hacía meses.

Incorporaron capturas de pantalla de la página web del BNA para mostrar que allí, incluso al día de hoy, no se destaca la información de seguridad para sus clientes, la que solo aparece al final, en un conjunto de letras más pequeñas. Así como la última publicación relacionada a ello en el Instagram del BNA data de octubre de 2020, antes de otras 51 publicaciones que fueron posteriores.

En el mismo orden de ideas, el Ministerio Público Fiscal señaló que el BNA tampoco indicó cuales fueron las medidas de seguridad en concreto que adoptó, conforme los términos de la Comunicación “B” 9042 del BCRA, para minimizar los riesgos ínsitos en una operatoria a distancia (políticas y prácticas adecuadas para gestionar este riesgo, funciones de alertas de seguridad y sistemas de detección y reporte de accesos sospechosos). Indicaron que estas medidas hubiesen permitido verificar que se estaba accediendo a la cuenta del actor desde un dispositivo diferente, posiblemente desde una dirección IP distinta de la habitual y se estaban efectuando operaciones que no correspondían con el perfil del cliente, como la obtención de un crédito de casi el cuádruple de su pensión y su transferencia inmediata a terceros cuyas cuentas fueron adheridas también en ese momento.

Trajo a colación que el banco puede (y pudo) accionar penalmente en búsqueda del recupero de los fondos para, de esa forma, minimizar o neutralizar el eventual perjuicio causado.

Finalmente, como marco interpretativo, adujo que la ley 24.240 establece que en caso de duda sobre la interpretación de los principios de la ley, prevalecerá la más favorable al consumidor.

4. Previo a ingresar a los agravios, corresponde repasar sucintamente los hechos de esta causa.

El actor, José Antonio Reimondi, publicó en internet (en varios lugares, de entre los cuales mencionó OLX y Marketplace de Facebook) una máquina de cortar pasto (tipo tractor) a \$120.000.

A raíz de tales avisos, una persona que aparentaba estar interesada en la compra de dicho tractor, lo contactó primero por mensajería interna de Facebook el 14/09/2020, solicitando un número telefónico en tanto estaría interesado en la compra del mismo (dio número de telefonía móvil desde el que efectuaron el contacto y el nombre de pila del supuesto comprador).

Este supuesto comprador, mencionó que por una cuestión de seguridad no podría retirar todo el dinero del banco, de modo que le solicitó el CBU a efectos de realizar la transferencia del dinero, por un valor de \$80.000 (debiendo abonarse el resto al momento de retirar el tractor).

El 18/09/2020 el supuesto comprador envió una aparente constancia de transferencia por dicha suma, pero Raimondi observó que no estaba acreditada en su homebanking.

Ante esto, el supuesto comprador manifestó que no pudo realizar la transferencia porque había un problema administrativo con el banco, indicándole que el problema se podría solucionar en 5 minutos si se realizaba desde un cajero. Por lo que recibió un email de RedLink, diciendo que se comunicaría con él un asesor de RedLink para “realizar la activación” de los \$80.000 que no se acreditaron en la cuenta. Es así que se comunicaron desde el teléfono ..., y le dieron indicaciones de lo que debía hacer en el cajero automático para que se realizara la operación.

Siguiendo los pasos que le fueron indicados obtuvieron sus credenciales de acceso. Así las cosas, el supuesto comprador solicitó un préstamo personal por la suma de \$270.000, transfiriendo dicho dinero a dos cuentas ajenas al suscripto radicadas en las provincias de Córdoba y Santa Fe, y sumado a ello, extrajeron de la referida cuenta la suma de pesos \$16.000 en efectivo, movimientos ocurridos entre el 18/09/2020 y el 21/09/2020.

5. La razón de ser de las medidas cautelares es que tienden a tutelar de manera efectiva y

en tiempo oportuno los derechos invocados, de manera tal que eviten que el justiciable sufra un perjuicio irreparable o de muy difícil reparación; y en tanto por razones de justicia, de equidad y de urgencia, cuente con los bienes o el derecho cuyo reconocimiento reclama anticipadamente.

Ahora bien, corresponde analizar si en el presente caso se encuentran reunidos los extremos requeridos para la procedencia de la medida cautelar en crisis, en virtud de lo dispuesto por el art. 230 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación.

Como primera cuestión, se observa que no se encuentra debatido en el presente caso que ambas partes se hallan unidas por un vínculo de consumo, en razón de que Raimondi es titular de una cuenta bancaria en el Banco de la Nación Argentina. Asimismo, ambas partes están de acuerdo en que el crédito fue otorgado con motivo en un ilícito, pero considerando la demandada que el mismo tuvo lugar por negligencia del actor.

6. Así las cosas, debe entenderse que el marco normativo dentro del cual se circunscribe esta medida cautelar (art. 42 de la CN, ley 24.240), revela la especial protección que el constituyente decidió otorgar a los usuarios y consumidores en razón de ser sujetos particularmente vulnerables.

En el caso bajo examen, nos encontramos frente a un adulto mayor, que reviste una especial tutela en razón de la Convención Interamericana sobre derechos de las Personas Adultas Mayores, la cual reconoce la existencia de una brecha digital generacional (art. 20, inc. d). Dicha brecha, hace que los adultos mayores estén más expuestos a los riesgos cibernéticos, pues se materializan en un entorno que les resulta particularmente ajeno. Esta cuestión, permite considerar a aquellos como consumidores hipervulnerables (conf. Resolución 139/2020 dictada por la Secretaría de Comercio Interior del Ministerio de Desarrollo de la Nación).

Así, el encuadre de la relación jurídica en el marco del derecho del consumidor sobre el que se da cauce a la acción principal, coloca al actor en un marco protectorio especial, ya que se encuentra en una situación de vulnerabilidad frente a la institución bancaria.

7. En el mismo sentido, y a efectos de analizar la verosimilitud del derecho, interesa señalar que

la documentación adjuntada avala razonablemente la versión apuntada por el accionante. En efecto, el actor acompañó recibo de haberes correspondiente al mes septiembre/2020, la planilla de consulta de movimientos donde surge que el 21/09/2020 se otorgó un crédito por \$270.000, acompañado de tres extracciones sucesivas en el mismo día: dos por \$100.000 y una por \$70.000.

El 21/09/2020 realizó la denuncia penal por el hecho que nos ocupa, a la que acompañó los tickets del cajero en los que constató la falta de dinero, dando origen a la IPP 16.147/20 de trámite ante la UFIJ 12 de la ciudad de Bahía Blanca, con intervención de la Ayudantía Fiscal de Coronel Rosales, en la que se constituyó como particular damnificado.

Asimismo, acompañó copia de la denuncia ante la OMIC del Municipio de Coronel Rosales y varias capturas de pantalla sobre la maniobra delictiva (copia del registro de llamadas de donde surge el número telefónico de quien se comunicó para efectuar la maniobra delictiva, la captura de pantalla del link enviado el 18/09/2020, el supuesto contacto desde la Red Link y varias conversaciones de Whatsapp vinculadas al hecho).

Además, debe tomarse en consideración la diligencia, seriedad y rapidez con que el actor accionó judicialmente desde que los hechos comenzaron (18/09/2020), desde que se anotició de ellos y hasta que realizó la denuncia (21/09/2020) y que comunicó de ello al BNA por carta documento el 05/10/2020.

Del mismo modo, como ya se adelantó, se observa que el BNA no descrea del relato del actor, a quien considera víctima —por su propia negligencia— de la supuesta maniobra ilícita. Sin embargo, cabe señalar en tal sentido, que la determinación de la responsabilidad no es materia de esta medida cautelar, sino que será una cuestión a debatir y decidir en el marco de la acción principal.

8. Por otra parte, respecto al requisito de peligro en la demora, éste surge de la trascendencia económica de los montos descontados de los ingresos —en concepto de pensión— de José Antonio Reimondi, máxime en casos como en el presente, donde la persona recibe un dinero que reviste carácter alimentario y que, descuentos mediante, se traduce en apenas poco más que un

salario mínimo vital y móvil. Esto torna aún más evidente el perjuicio que se genera y releva de mayor análisis acerca de la superioridad económica que detenta el banco frente al actor.

Se trata en definitiva de cautelar a la parte más vulnerable dentro del vínculo jurídico y de proteger el salario de Reimondi, sin perjuicio de lo que pueda resolverse en el marco de la causa principal, lo que hace que deba atenderse a la solución más favorable al consumidor (art. 3, ley 24.240).

9. Finalmente, las cuestiones traídas por el BNA en su recurso, con las que pretendió atacar el requisito de verosimilitud, no logran desvirtuar el razonamiento del a quo que aquí se confirma, máxime desde que el fallo traído a colación por el Banco en su libelo recursivo —así como los extractos allí transcritos—, no resulta análogo al presente como pretende señalar, pues se trata de una sentencia definitiva en una acción de daños y perjuicios originados por un ilícito; y no versa sobre una medida cautelar como es el caso que nos convoca.

10. Asimismo, pese a que la medida cautelar se dicta inaudita parte, se observa también que el BNA fue primeramente comunicado de lo acontecido por carta documento del 05/10/2020 en la que se le solicitó se abstenga de continuar efectuando los descuentos y que la demanda recién se presentó el 26/11/2020. En todo este plazo, el BNA solo se atuvo a realizar una negativa de su responsabilidad sin mostrar ninguna voluntad en dar una respuesta que pudiera representarle una solución a quien veía afectarse sus recursos con carácter alimentario mes a mes.

Por lo expuesto, se resuelve: 1. Rechazar el recurso de apelación interpuesto por la demandada a fs. 75 y, en consecuencia, confirmar la resolución de fs. 67/74, con costas a la vencida (art. 68, primer párrafo, Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación). 2. Atento a la naturaleza del asunto déjese sin efecto la suspensión de plazos procesales establecida en la Ac. CSJN N° 8/2021, de conformidad con el art. 2°, último párrafo de la misma. Regístrese, notifíquese, publíquese (Acs. CSJN nros. 15/13 y 24/13) y devuélvase. La señora Jueza de Cámara, doctora Silvia Mónica Fariña, no suscribe por hallarse en uso de licencia (art. 109 del RJN). — *Roberto D. Amabile*. — *Pablo A. Candisano Mera*.

RESPONSABILIDAD DE LAS ADMINISTRADORAS DE PLANES DE AHORRO

Destrucción del vehículo. Falta de información sobre las modalidades del seguro. Falta de actualización de la suma asegurada. Daño punitivo. Desprecio por el consumidor ahorrista.

1. — Las apelantes no han podido desvirtuar los sólidos argumentos de la sentencia en crisis. De la lectura de esta se puede colegir que la magistrada tiende a desalentar, a través de la aplicación de esta sanción pecuniaria disuasiva de \$200.000 (daño punitivo), prácticas contrarias a los derechos de los y las ahorristas que adquieren automotores por el sistema de ahorro previo, especialmente la falta de información sobre las modalidades del seguro sobre el automotor asegurado y la falta de actualización de la suma asegurada, todo ello como malas prácticas de la ahorrista que atentan contra el consumidor. Son dos las prácticas reprochables, por un lado la mala práctica asegurativa que perjudica al consumidor y, por otro la falta de información sobre el seguro sobre el bien adjudicado.
2. — La conducta de la sociedad administradora que ha implicado un grave menoscabo hacia los derechos de la actora consiste en la falta de información sobre el modo y alcances de los seguros sobre el bien tipo, especialmente la suma asegurable y su falta de actualización conforme evoluciona el valor del automotor adjudicado y la cuota. Nada se informó sobre la insuficiencia de la suma asegurada para cubrir el valor del automotor y que, en caso de destrucción solo alcanzaría para cubrir algo del crédito del acreedor prestatario por el valor de las cuotas restantes pero, no para cubrir el porcentaje del valor del auto ya pagado, quedando la ahorrista sin indemnización por el valor que pagó, sin automotor y muy probablemente adeudando cuotas.
3. — La finalidad de este seguro es loable porque tiende a proteger al grupo de ahorristas que pueden ver disminuidos los ingresos mensuales del grupo cerrado lo que permitirá adjudicar los automotores. Lamentablemente, en la práctica esta finalidad loable se opaca cuando se descuida a los ahorristas individuales que, a menudo, ven desprotegidos sus derechos so pretexto de proteger a los ahorristas de todo el grupo cerrado. Sería de esperar que la administradora no solo contemple el bien del grupo sino, también la de los ahorristas particulares.
4. — Todo esto sucede mientras el consumidor cree que tiene un seguro que lo va a amparar en caso de destrucción del vehículo y por el valor de este. Si esto no era así, la administradora debió explicar en forma sencilla y clara esta situación para que el consumidor estudiara otras alternativas para precaverse de este riesgo o asumir correrlo, luego de estar debidamente informado.
5. — Estas prácticas contradictorias de la administradora que, por un lado, actualiza la cuota del plan según un valor móvil del automotor pero, por otro, omite solicitar a la aseguradora, que forma parte de su red contractual, el aumento de la suma asegurada, perjudican al consumidor. Al momento de cobrar la indemnización se tiene en cuenta, a favor de la administradora, el valor actualizado, por ende, es muy poco o nada el remanente que pueda quedar a favor de la ahorrista. Nada de ello es informado a la ahorrista para que tome sus decisiones.
6. — Este modo de accionar demuestra el desprecio por el consumidor ahorrista y burla las legítimas expectativas del consumidor que espera que, en caso de ocurrir la destrucción total del vehículo, el seguro alcance, también, para cubrir la parte del automotor pagada y no solo sirva para beneficio del acreedor prestatario que, a su vez es la administradora del plan y quien elige a la aseguradora y las condiciones del seguro. Este tipo de prácticas conspiran contra el trato digno y equitativo (art. 8° bis, ley 24.240) que merecen las y los consumidores ahorristas que ven frustradas las expectativas e ilusiones que las de-

mandadas generaron a través de la publicidad y de las facilidades para ingresar al sistema de planes de ahorro para adquirir un automotor.

7. — La multa impuesta y apelada por las demandas cumple con la función punitiva pero, también y, muy principalmente cumple con la función de disuadir conductas similares en el futuro y alentar a que, en este tipo de contrataciones se dé a los ahorristas, un trato con la dignidad que merece (art. 8°, ley 24240) lo que solo se logrará con condiciones contractuales más justas y una adecuada comunicación e información hacia el consumidor.
8. — No basta con el incumplimiento de las obligaciones a cargo del proveedor, sino que se requiere un plus más, que en el caso se configura con el trato indigno hacia el consumidor, configurado por la falta de información adecuada sobre las condiciones del contrato de seguros y su falta de preocupación en mantener la suma asegurada actualizada conforme evoluciona la movilidad de la cuota, de este modo se ha actuado con desidia, desprecio e indiferencia de los derechos del consumidor actor, que amerita confirmar la sentencia que impone la multa a los demandados.
9. — En el caso, la parte demandada no probó (art. 53, LDC) haber cumplido con este deber de información (en relación con el seguro contratado y sus alcances) al momento de la celebración del contrato ni con posterioridad.

C2aCiv., Com., Minas, Paz y Trib., Mendoza, 31/05/2021. - Ghiotti, Franco Hernán c. Sancor Seguros y Chevrolet SA de ahorro para fines determinados s/ proceso de consumo.

[Cita on line: AR/JUR/64056/2021]

CUIJ N° 13-04619871-3(55145)

Mendoza, mayo 31 de 2021.

En cumplimiento de lo dispuesto por los artículos 160 de la Constitución Provincial y 141

del Código Procesal Civil, se plantearon las siguientes cuestiones a resolver:

1ª Es justa la sentencia apelada?

2ª Costas.

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

1. Las demandadas interponen recurso de apelación, según identificador OMHZV72358, en contra de la sentencia que rola a fs. 281/302 que admite parcialmente la demanda, impone costas y regula honorarios.

Para así decidir la Sra. jueza tuvo en cuenta que el Sr. Franco Hernán Ghiotti demanda a Chevrolet S.A. de Ahorro para Fines Determinados, en su carácter de acreedor prendario y tomador del seguro. También demanda a Sancor Seguros, a fin de que cumpla con lo estipulado en la cláusula CA-CC 7.1, punto I de la póliza y, en consecuencia, abone al actor la suma de \$ 348.049,24.

La doctora explica que no está discutido que:

El día 26 de agosto de 2018 se produjo un siniestro vial que derivó en la destrucción total del vehículo Chevrolet Classic, dominio AA367TG, de propiedad del actor, Franco Hernán Ghiotti;

El rodado se adquirió por plan de ahorro con la empresa Chevrolet S.A. de Ahorro para Fines Determinados, en agosto de 2016;

Al ser entregado el automóvil al actor, se constituyó una prenda con registro a favor de Chevrolet;

El eje central de la controversia entre las partes está dado en determinar a quién le corresponde cobrar la suma asegurada de \$ 186.000 por haberse producido la destrucción total del vehículo.

La parte actora aduce que las accionadas han incumplido con las cláusulas del contrato de adhesión y del seguro, respectivamente, al pretender que la totalidad de la suma asegurada sea entregada a Chevrolet en razón de ser el acreedor prendario del bien siniestrado.

Surge de la Pericial Contable presentada en autos por escrito digital de fecha 2 de julio de 2020, el porcentaje aportado por el actor es del

56,91% del valor total del automóvil, adeudando el 43,09%.

Chevrolet informa que la suma debida aún por el actor asciende a \$ 215.000, por lo cual –y teniendo en cuenta el valor móvil del rodado a la fecha del siniestro y la cláusula de transferencia de derechos precedentemente aludida- la suma asegurada sólo alcanza para desinteresar al acreedor prendario.

Si Chevrolet se arrogó la facultad de ir ajustando el valor de las cuotas del plan de ahorro, conforme al valor móvil del bien (el que es determinado por el fabricante General Motors), debió –como tomadora del seguro que es- pedir que Sancor ajustara el valor asegurado en caso de destrucción total. Como no lo hizo, esa actualización del valor del rodado es abusiva. Fácil es concluir que no es justo ni razonable que todo el riesgo caiga en cabeza del actor y que nada sea soportado por quien mayor poder de negociación tiene, al ser quien fija las condiciones generales de la contratación, siendo el actor un mero adherente de las mismas.

Al haber actuado con tal desprecio hacia los derechos del consumidor, siendo que podía haber evitado colocarlo en tal situación, entiende que Chevrolet debe responder de las consecuencias gravosas de su proceder.

El hecho de que Sancor no consignara la suma asegurada, frente a la oposición llevada a cabo por el actor de que los fondos fueran entregados a Chevrolet, determinó la necesidad de ser demandada en estos obrados.

En el caso de marras, se encuentran cumplidos los recaudos de procedencia del rubro en análisis, por cuanto resulta evidente que Chevrolet S.A. de Ahorro para Fines Determinados, abusó de su posición dominante al vulnerar la legítima expectativa del ahorrista a obtener un resarcimiento por haber sufrido la destrucción total de su vehículo.

A ello se suma el deber de información omitido por parte de la accionada, como también la total y absoluta indiferencia de parte de la Administradora del plan de ahorros a la hora de brindarle al actor alguna solución a su problemática –la que fuera generada por la misma empresa demandada-.

Existiendo un incumplimiento grave por parte de Chevrolet y de General Motors a sus obligaciones contractuales, siendo notorio el menosprecio de parte de las accionadas hacia el resultado y consecuencias de su accionar, y habiéndose colocado al actor en una situación de desventaja patrimonial evidente, el daño punitivo debe prosperar por la suma pretendida por el actor, esto es, por \$ 200.000, con más los intereses legales correspondientes.

2. Las demandadas apelantes expresan agravios según identificador OMHZV72358:

Su queja radica en la aplicación de la sanción de daño punitivo. Entienden que no han incurrido en graves inconductas. La sentencia no advierte que, en caso de haberse producido un siniestro con daño total del vehículo, la compañía de seguros cancelará la deuda contraída entre el asegurado y Chevrolet (acreedor prendario) mediante una indemnización, beneficiándose no sólo el suscriptor que se libera de la prenda sino también los demás miembros pertenecientes al grupo.

Su parte no se ve beneficiada sino por el contrario, tal como se explicó a lo largo del proceso, el vehículo en cuestión se encuentra prendado atento la cláusula mediante la cual el asegurado transfiere sus derechos al acreedor prendario (Chevrolet).

De esta manera, al estar constituida la prenda a favor de Chevrolet, es la única garantía para asegurar el pago del crédito en caso de un siniestro o bien en caso de incumplimiento por parte del deudor prendario.

Por lo tanto, en caso de que el vehículo esté grabado por un contrato de prenda el fin de la suma depositada por la aseguradora en concepto de indemnización, tiene como principal objetivo saldar la suma adeudada en el plan de ahorro y evitar perjudicar a los restantes suscriptores que aun aguardan salir adjudicados por sorteo o licitación.

3. La parte actora apelada contesta agravios a fs. 324/339.

4. El Ministerio Público toma intervención a fs. 348.

5. Anticipo al Acuerdo que propiciará el rechazo del recurso en análisis.

Las apelantes no han podido desvirtuar los sólidos argumentos de la sentencia en crisis. De la lectura de esta se puede colegir que la magistrada tiende a desalentar, a través de la aplicación de esta sanción pecuniaria disuasiva de \$200.000 (daño punitivo), prácticas contrarias a los derechos de los y las ahorristas que adquieren automotores por el sistema de ahorro previo, especialmente la falta de información sobre las modalidades del seguro sobre el automotor asegurado y la falta de actualización de la suma asegurada, todo ello como malas prácticas de la ahorrista que atentan contra el consumidor.

La sentencia tiene en cuenta que Chevrolet fue ajustando las cuotas del plan según el valor móvil del bien pero nunca actualizó la suma asegurada por destrucción total, que como tomadora del seguro le correspondía hacerlo. Esta es la razón que solo alcanza para cancelar las cuotas adeudadas, pero no para sustituir el 56,91% del auto que tiene pagado el actor.

De tal modo, la sentencia entiende que este proceder de las demandadas de actualizar el valor de las cuotas y, por ende, del crédito prendario, pero no el de la suma asegurada, va en perjuicio del consumidor deudor que frente a la destrucción total del vehículo, advierte que el seguro solo alcanza para cubrir parte de las cuotas adeudadas, más no el porcentaje del valor del automotor que ya pagó. Entiende que Chevrolet como tomadora del seguro debió pedir la actualización de la suma asegurada. De este modo coloca todos los riesgos en cabeza de la parte ahorrista.

Este modo de actuar y la falta de información al respecto implican, a juicio de la magistrada, un actuar con total desprecio hacia los derechos de los consumidores, que podría haber evitado que la consumidora llegará a quedarse sin nada. De este modo, explica, que Chevrolet S.A. de Ahorro para Fines Determinados, abusa de su posición dominante al vulnerar la legítima expectativa del ahorrista a obtener un resarcimiento por haber sufrido la destrucción total de su vehículo, luego que se desinteresara el acreedor prendario.

Son dos las prácticas reprochables, por un lado la mala práctica asegurativa que perjudica

al consumidor y, por otro la falta de información sobre el seguro sobre el bien adjudicado.

Sabido es que el derecho a recibir una información adecuada y veraz tiene rango constitucional (art. 42 CN). Rubén Stiglitz explica que: “El objeto del derecho del consumidor a la información, versa sobre el adecuado conocimiento de las condiciones de la operación realizada, de sus derechos y obligaciones consiguientes y esencialmente, de las características de los productos y servicios comercializados. Del cumplimiento de los deberes de información, depende la posibilidad concreta del consumidor, de emplear los productos y servicios con plena seguridad y de modo satisfactorio para sus intereses económicos.” (Rubén S. Stiglitz en Stiglitz, Gabriel A. (dir.) Tratado de Derecho del Consumidor, Tomo I, Capítulo IX, Deber de información, La Ley, 2015, p.565.). Así mismo explica que “la ley 24.240 impone a los empresarios el deber de suministrar a los consumidores, de manera cierta y objetiva, información veraz, detallada, eficaz y suficiente sobre las características esenciales de los productos o servicios (art. 4°). Y “Que la información sea detallada, es cuestión atinente a que el consumidor tenga la posibilidad de informarse acerca de la pluralidad de características de los productos o servicios que le son ofrecidos pues, en el marco de los derechos fundamentales que le son reconocidos, el expuesto traduce una de sus mayores (y mejores) expresiones: el derecho a elegir”. (op. Cit p. 587). Luego explica que: “La suficiencia alude a las características esenciales de los bienes o servicios ofrecidos, y a la necesidad de que los detalles, descripciones y especificaciones sean los indispensables (suficientes) para habilitar al consumidor a tomar una decisión reflexiva.” (op. Cit. 587).

En autos la parte demandada no probó (art. 53 LDC) haber cumplido con este deber de información (en relación al seguro contratado y sus alcances) al momento de la celebración del contrato ni con posterioridad.

La inclusión de este tipo de seguro sobre el bien adjudicado, según art. 13 y conc. Resol 8/15 IGJ, en los contratos de ahorro previo, explica Sedita que: “tiene similar finalidad que la enunciada con respecto al seguro colectivo de vida cual es garantizar el pago efectivo de una deuda de dinero, para el supuesto que el deudor sufriera un

sinistro que limitara o disminuyera el valor del bien tipo, que se encuentra prendado a favor de la sociedad administradora antes del vencimiento del plazo del pago y asegurar así el fiel cumplimiento de la obligación principal.”

El autor citado expone que en el contrato de “seguro del bien tipo”, “El adherente adjudicatario antes de recibir el bien deberá asegurarlo pero la sociedad administradora le exige que lo haga en una de las compañías aseguradoras que figure en la lista que le proporciona (elige con limitaciones impuesta por la sociedad administradora). El interés asegurable es el bien -generalmente un automotor-. El titular -en caso de siniestro- percibe una indemnización predeeterminada, la que por su endoso le permite cobrar previamente a la sociedad administradora, las alícuotas pendientes de pago, pero si existe excedente queda a su disposición. Como así si el importe no resultare suficiente, el adherente deberá pagar la diferencia. El titular es el adherente adjudicatario quien endosa la póliza a favor de la sociedad administradora. El riesgo, el siniestro que se produzca “al” y/o “con” el bien. En ambos casos los gastos derivados del contrato de seguro y la prima son abonados por el adherente -adjudicatario o no-, juntamente con las alícuotas a la sociedad administradora.” (Sedita, José L., Los sistemas de ahorro previo y la ley de defensa del consumidor, Jurisprudencia Argentina, cita Online: 0003/007546, ver también: Sobrino, Waldo, “Responsabilidad de las empresas de ahorro previo (Para la compra de automotores “círculo cerrado”, en los casos de la liquidación de las compañías de seguros), DJ 1998-2, 725, AR/DOC/17408/2001; González Vila, Diego, “La tutela del consumidor en los planes de ahorro automotor”, Ed. ACS, Mendoza, 2021, p.225 y ss.).

La finalidad de este seguro es loable porque tiende a proteger al grupo de ahorristas que pueden ver disminuidos los ingresos mensuales del grupo cerrado lo que permitirá adjudicar los automotores. Lamentablemente, en la práctica esta finalidad loable se opaca cuando se descuida a los ahorristas individuales que, a menudo, ven desprotegidos sus derechos so pretexto de proteger a los ahorristas de todo el grupo cerrado. Sería de esperar que la Administradora no solo contemple el bien del grupo sino, también la de los ahorristas particulares.

La conducta de la sociedad administradora que ha implicado un grave menosprecio hacia los derechos de la actora consiste en la falta de información sobre el modo y alcances de los seguros (art. 13, Resol 8/15 IPG) sobre el bien tipo, especialmente la suma asegurable y su falta de actualización conforme evoluciona el valor del automotor adjudicado y la cuota. Nada se informó sobre la insuficiencia de la suma asegurada para cubrir el valor del automotor y que, en caso de destrucción (como ocurrió) solo alcanzaría para cubrir algo del crédito del acreedor prendario (la administradora) por el valor de las cuotas restantes pero, no para cubrir el porcentaje del valor del auto ya pagado, quedando la ahorrista sin indemnización por el valor que pagó, sin automotor y muy probablemente adeudando cuotas.

González Vila señala que, muchas veces en la práctica, “Ese cobro de la suma asegurada por la administradora será para imputar en primer término el saldo de la deuda del plan ahorro considerando las cuotas pagadas por el ahorrista, y si queda un remanente será para el asegurado, es decir, en la práctica, la Aseguradora primero le paga a la administradora el importe de la suma asegurada hasta cubrir el saldo adeudado del plan de ahorro y sólo si subsiste un remanente le será transferido al asegurado. en muchas ocasiones, no solo que no existe remanente a cobrar por el asegurado, sino que la suma asegurada no alcanza a cubrir el saldo de deuda provocando el sobreendeudamiento del asegurado...” (op. Cit. P. 228).

Todo esto sucede mientras el consumidor cree que tiene un seguro que lo va a amparar en caso de destrucción del vehículo y por el valor de este. Si esto no era así, la administradora debió explicar en forma sencilla y clara esta situación para que el consumidor estudiara otras alternativas para precaverse de este riesgo o asumir correrlo, luego de estar debidamente informado.

Estas prácticas contradictorias de la administradora que, por lado actualiza la cuota del plan según un valor móvil del automotor pero, por otro, omite solicitar a la aseguradora, que forma parte de su red contractual, el aumento de la suma asegurada, perjudican al consumidor. Dicho de otro modo: Al momento de cobrar la indemnización se tiene en cuenta, a favor de la

administradora, el valor actualizado, por ende, es muy poco o nada el remanente que pueda quedar a favor de la ahorrista. Nada de ello es informado a la ahorrista para que tome sus decisiones.

Este modo de accionar demuestra el desprecio por el consumidor ahorrista y burla las legítimas expectativas del consumidor que espera que, en caso de ocurrir la destrucción total del vehículo, el seguro alcance, también, para cubrir la parte del automotor por él pagada y no solo sirva para beneficio del acreedor prendario que, a su vez es la administradora del plan y quien elige a la aseguradora y las condiciones del seguro.

Este tipo de prácticas conspiran contra el trato digno y equitativo (art. 8 bis ley 24.240) que merecen las y los consumidores ahorristas que ven frustradas las expectativas e ilusiones que las demandadas generaron a través de la publicidad y de las facilidades para ingresar al sistema de planes de ahorro para adquirir un automotor.

De tal modo, entiendo que la multa impuesta y apelada por las demandas cumple con la función punitiva pero, también y, muy principalmente cumple con la función de disuadir conductas similares en el futuro y alentar a que, en este tipo de contrataciones se de a los ahorristas, un trato con la dignidad que merece (art. 8 ley 24240) lo que solo se logrará con condiciones contractuales más justas y una adecuada comunicación e información hacia el consumidor.

En un trabajo doctrinal, citado en la sentencia en crisis, sobre el tema dije: “: “La principal función de la figura es la de prevención. Se busca que en el futuro ni el autor del daño ni el resto de la sociedad cometa este tipo de hechos graves, en este sentido tiene fuerte sentido docente y ejemplificador.” (LLGran Cuyo 2010 (octubre), 819). Y que: “el art. 8 bis de la ley extiende la aplicación de la multa a las “situaciones vergonzantes, vejatorias, intimidatorias” en contra de los consumidores, siendo responsable el proveedor y, solidariamente, “quien actuare en nombre del mismo.” (op. Cit.). Así mismo expongo que para la procedencia de la sanción pecuniaria disuasiva debe cumplirse con un elemento subjetivo. “La aplicación de la figura requiere que se haya actuado con dolo o culpa grave, o se haya obtenido enriquecimientos indebidos, abuso de poder con notoria indiferencia o desprecio hacia los

derechos individuales o de incidencia colectiva.” (“Los daños punitivos: sentido y alcance del art. 52 bis de la ley 24.240”, LLGran Cuyo 2010 (octubre), 819).

Es decir, no basta con el incumplimiento de las obligaciones a cargo del proveedor, sino que se requiere un plus más, que en el caso se configura con el trato indigno hacia el consumidor, configurado por la falta de información adecuada sobre las condiciones del contrato de seguros y su falta de preocupación en mantener la suma asegurada actualizada conforme evoluciona la movilidad de la cuota, de este modo se ha actuado con desidia, desprecio e indiferencia de los derechos del consumidor actor, que amerita confirmar la sentencia que impone la multa a los demandados.

Así voto.

Sobre la misma cuestión la doctora *Marsala* y la doctora *Carabajal Molina* dijeron que adhieren al voto que antecede.

2ª cuestión. — La doctora *Furlotti* dijo:

Atento el resultado al cual se ha arribado las costas se imponen a la parte apelante vencida. (art. 36 CPCCyT). ASI VOTO.

Los honorarios profesionales se regularán aplicando los arts. 33 apart. III del CPCCyT, y arts. 2, 3, 15 y 31 ley 9131, sin perjuicio de los honorarios complementarios que correspondan.

Sobre la misma cuestión la doctora *Marsala* y la doctora *Carabajal Molina* dijeron que adhieren al voto que antecede.

Con lo que se dio por finalizado el presente acuerdo, procediéndose a dictar la sentencia que se inserta a continuación la sentencia:

Por lo que resulta del acuerdo precedente, el Tribunal

Resuelve:

1. Rechazar el recurso de apelación interpuesto por las demandadas según identificador OMHZV72358, en contra de la sentencia que rola a fs. 281/302, que se confirma en todas sus partes.

2. Imponer las costas a la parte apelante vencida.

3. Regular los honorarios profesionales de las Dras. Mariela González e Ignacia Suárez en las sumas de \$26.000 y \$18.200, respectivamente más IVA en caso de corresponder.

Notifíquese y bajen. — *Silvina del C. Furlotti.*
— *Maria Teresa Carabajal Molina.* — *Gladys D. Marsala.*

PHISHING

Contratos bancarios. Relación de consumo. Vulneración de la seguridad. Responsabilidad de la entidad bancaria. Restitución de los fondos transferidos. Daño moral.

1. — Si no media probada participación voluntaria del accionante o persona autorizada para operar en la cuenta corriente de su titularidad, es la entidad bancaria quien ha incumplido su obligación como depositaria de los fondos del cliente. Así, los fondos en cuestión han sido “dispuestos” mediante transferencia a cuenta correspondiente a otro titular, sin que medie voluntad ni participación por parte actor y sin haberse probado tampoco su contribución a que ello suceda por parte de otra persona autorizada al efecto, lo que implica una vulneración a la seguridad que el banco debe brindar.
2. — Pese a la adjudicación de responsabilidad que pretendió hacer la entidad bancaria en cabeza del actor por la “no protección” de las contraseñas o de la tarjeta de coordenadas o de divulgar las respuestas a las preguntas de la seguridad, ello no ha sido probado en autos, cuando quién tiene la carga de hacerlo es la propia entidad bancaria.
3. — Incumple la entidad bancaria como depositaria la obligación de devolver igual suma a la que obraba en la cuenta del cliente ante una situación de vulneración de la seguridad, pues detectada prontamente la operación —el propio empleado

del banco refiere al actor en comunicación telefónica que saltó una alarma por lo inusual del lugar en que se realizó la transacción— no realiza en tanto representante de la entidad ninguna acción tendiente a revertirla.

4. — El banco, ni bien ocurrido el hecho de phishing, volcó todas sus sospechas sobre el accionar del cliente, manejando como hipótesis que la transferencia haya sido hecha por la cotitular de la cuenta sin su consentimiento, que no haya guardado el resguardo de las claves de acceso o coordenadas a utilizar en las transferencias e incluso llegando a atribuir el “ardid” a una manera de remitirle dinero a una persona con quien lo unía una relación extramatrimonial.
5. — El banco demandado ha incumplido con el deber de seguridad que se encuentra implicado en toda contratación enmarcada en la Ley de Defensa del Consumidor, así como también con el deber de custodia de los fondos de su cliente y con las normativas del Banco Central de la República Argentina, ante el desconocimiento de la operación por su cliente. Debe agregarse que, el trato brindado al usuario del servicio en la etapa en la que acude el cliente a comunicarse con la entidad bancaria no ha reunido la calidad de digna requerida por la normativa vigente.
6. — Es decir, la conjetura transformada en sospecha por parte del representante del Banco en desmedro del cliente no solo no conjura la responsabilidad de la entidad bancaria como parte especialmente profesionalizada de la relación contractual, sino que pone en crisis el trato digno que debe conferírsele por obligación legal de la LDC.
7. — Los contratos bancarios de consumo se encuentran sometidos a los principios generales de los contratos de consumo —además de los principios propios a su naturaleza—, integrándose de este modo a un enfoque sistémico *pro consummatori*.
8. — La LDC también expande sus efectos hacia la carga dinámica de la prueba, ello

debido a la dificultad que pueda asir la víctima al probar la causa del daño.

9. — El daño moral en el marco del derecho del consumidor está relacionado directamente con el causado por el disvalor del cumplimiento en cuanto a una prestación deficiente del servicio de productos financieros que pesa en cabeza de la demandada en favor del actor.

CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO

El hecho dañoso:

Transferencia bancaria no autorizada por titular de la cuenta.

Referencias de la víctima:

Sexo: Masculino.

Estado civil: Casado.

Componentes del daño:

Daño extrapatrimonial

Daño moral genérico: \$167.490

Daño patrimonial

Daño emergente: Daño directo: \$70.424,96

Daños varios: Daño punitivo: \$500.000

JCiv., Com. y Minería Nro. 3, Viedma, 18/06/2021. - Higinio, León Rodolfo c. Banco Macro SA s/ daños y perjuicios.

[Cita on line: AR/JUR/89604/2021]

COSTAS

Se imponen al demandado vencido.

Receptoría A-1VI-532-C2016

1ª Instancia.- Viedma, junio 18 2021.

Resulta: 1. Que a fs. 1/10 se presenta mediante sus apoderados el Sr. Rodolfo Higinio León, y promueve demanda de daños y perjuicios contra el Banco Macro SA por la suma de \$246.900 o lo que en más o en menos resulte de la prueba a producirse en autos, con más intereses y las costas del proceso.- Refiere que en 1999 él y su esposa suscribieron un contrato de condiciones

predispuestas con el banco demandado, para la contratación de un paquete de productos que incluía la operación con cuenta corriente bancaria con servicio de cheques. En lo sucesivo, el contrato se desarrolló con normalidad, siendo modificado paulatinamente por el banco a su sola voluntad, cumpliendo sólo ocasionalmente con su obligación de comunicar al cliente las nuevas condiciones de contratación y operación. Con el tiempo, se habilitó el servicio de home banking y se suministró al actor una tarjeta de coordenadas para utilizar en el servicio de transferencias.

El día 23/01/2013 el actor recibe un llamado a su celular particular del Sr. José Villagrán, operador del Banco Macro, de la mesa de ayuda de la ciudad de Córdoba, quien le consulta si él había autorizado una transferencia por el monto de \$16.900 al Banco Supervielle. Él responde que no y al abrir su cuenta bancaria, constata que efectivamente se había realizado una transferencia por ese importe; se dirige entonces a la sucursal de esta ciudad de la entidad bancaria, donde le suministran mayores datos de la operatoria, entre ellos la dirección de IP de quien realizó la operación que correspondería a la Sra. Andrea Noemí Calderón, datos que constan en el reclamo B 735575 efectuado al Banco Macro SA. En un primer momento, desde dicha entidad se comprometieron a revertir la información, pero luego le informaron que esa posibilidad no era viable. Por tal razón, el mismo día se realizó denuncia penal en la Comisaría 1º de esa ciudad con intervención de Juzgado de Instrucción N° 4 y la Fiscalía N° 2, la que tramita bajo el número 1VI-24593-MP-2013, en la que se constituyó como parte querellante.

Asimismo, y ante la falta de respuesta del Banco Macro, se efectuó el día 07/05/2013 una denuncia en Defensa del Consumidor, la que tramitó en el Expte. N° 01108-DCI-2013, pero ante las ausencias a las audiencias y las negativas a llegar a un acuerdo, se decidió entablar formalmente esta demanda.

Se expide a continuación respecto a la caracterización del contrato de cuenta corriente bancaria como de adhesión y de consumo, para luego explayarse sobre la responsabilidad que atribuye al demandado. Menciona el delito informático de “phishing”, que consiste en la defraudación mediante la obtención de contraseñas y usua-

rios, y la obligación de seguridad que frente a este delito se pone en cabeza de la entidad bancaria, requisito fundamental para el cumplimiento del contrato. Destaca que el incumplimiento de esa obligación de seguridad deviene en una responsabilidad objetiva, de resultado y agravada de acuerdo a lo establecido por el art. 1725 del CCyC.

Refiere que el banco demandado no cuenta un sistema de fidelización de las transacciones bancarias; cuenta con un sistema de alerta, pero liquida y transfiere en forma inmediata sin fidelizar la operación, esto es, sin asegurarse que la transferencia sea legítima de su titular. Otros bancos cuentan con una normativa de seguridad que es esperar al menos 24 horas para concluir la operación encomendada por el cliente, mientras que envía un correo electrónico a su dirección particular, para comunicar la transferencia solicitada; si el cliente protesta o desconoce la transacción, la misma no se lleva a cabo y se inicia un proceso de denuncia de operación fraudulenta y una consecuente investigación.

Adelanta que se reclama no sólo el daño directo, sino también la imposición de una sanción ejemplar al banco demandado —la que entiende acumulable al daño moral—, por entender que su actividad para con el cliente ha sido negligente.

Cita doctrina respecto a la figura de los daños punitivos. Cuantifica luego el daño directo en \$16.900 y los daños moral y punitivo en \$230.000, con más sus intereses desde la fecha de la denuncia el día 23/01/2013.

Finalmente, funda en derecho, ofrece prueba, efectúa la reserva del caso federal y peticiona en consecuencia.

2. Que a fs. 12 se da inicio al presente proceso, ordenándose el traslado de la demanda; a fs. 13 se agrega cédula de notificación debidamente diligenciada y a fs. 14/33, Banco Macro SA contesta la demanda por intermedio de sus apoderados, acompañando copia de solicitud de servicio “ClienteSI servicio integral” N° 5794341.

Solicita el rechazo de pretensión actora en todas sus partes con expresa imposición de costas; niega los hechos invocados en la demanda, así

como la procedencia de los rubros y montos solicitados.

Expone a continuación su versión de los hechos, aseverando que el servicio de home banking es una elección que la entidad pone a disposición del cliente, pero nunca se impone de manera obligatoria. Una vez aceptada la misma, pesan sobre el cliente obligaciones para la propia seguridad, lo que resulta de imposible control para el banco. Resalta en este aspecto que “el cuidado de la información de claves o coordenadas es exclusivo del cliente sino el banco interferiría en la intimidad y manejo de las cuentas de sus clientes lo que sería violatorio para la intimidad de los mismos. Con más razón la tarjeta de coordenadas que se utiliza para las transferencias, son de uso exclusivo y único del cliente, debido que no deben ser difundidos ni publicados, sino eso implicaría el riesgo de que dejen de ser privados para pasar a la esfera pública.

Cita también los términos de la contratación del servicio Macro Direct, conforme a los cuales “la identificación que el cliente elija como clave de acceso a este servicio es secreta, única e intransferible y por lo tanto el cliente asume las consecuencias de su divulgación a terceros, liberando al banco de toda la responsabilidad que de ello derive”. Agrega que toda transacción realizada a través del Servicio ClienteSI Servicio Integral, con el ingreso de número de documento y clave de acceso personal validará todas las transacciones realizadas a través de los distintos canales como si hubieran sido instrumentadas con la firma del cliente, y que el cliente acepta expresamente no oponer defensas basadas en el uso de su clave personal.

Enuncia que el 23 de enero de 2013 en oportunidad de que un operador del banco se comunicara con el actor para confirmar la transferencia, el cliente primero se encontraba dubitativo y fue a consultar a su esposa, confirmando luego que no. Consultado por si había contestado las preguntas para recibir la tarjeta de coordenadas primero lo niega y luego dice que sí, lo que para el demandado implica que no manejaban con rigurosidad la responsabilidad que implicaba tener una tarjeta de coordenadas que implica el acceso a su propia cuenta.

Explica que lo que sucedió en este supuesto es que mandaron un mail con un hipervínculo

falso, que deriva a una página web que tiene una dirección distinta a la del banco, por lo que se evidenciaría que el cliente no prestó atención a la dirección ni si tiene el candado de seguridad. Allí le piden los datos de la tarjeta de coordenadas y se le realizan tres preguntas de seguridad; cuando el cliente termina de completar los datos y le da click para enviar, sale un mensaje de error y ya tienen todos los datos que necesitan para efectuarle los débitos.

Concluye entonces que el accionar del Sr. León tiene la entidad para eximir al Banco de responsabilidad, en tanto su actuación facilitó la maniobra a partir de los datos suministrados y constituyó también una infracción a normas que el Banco informó a su cliente al firmar la solicitud de Servicio ClienteSi, servicio integral.

Resalta también que las coordenadas revisten el carácter de firma electrónica a tenor de lo dispuesto por la ley 25.506. Funda en derecho, citando los arts. 1114, 1145, 1197 y 1197 del Cód. Civil y asevera haber cumplido con todos sus deberes contractuales y con las normativas del Banco Central en materia de seguridad en lo relativo a transacciones electrónicas.

Solicita se cite como tercero al Banco Supervielle SA; ofrece prueba, funda en derecho y peticiona en consecuencia.

3. Que a fs. 34 se tiene por contestada la demanda, sustanciándose además la prueba documental y el pedido de citación de tercero. A fs. 37 el actor contesta el traslado, reconociendo el contrato de solicitud de servicio clienteSi servicio integral y a fs. 38 se ordena la citación como tercero de Banco Supervielle SA, agregándose a fs. 39 la cédula respectiva.

4. Que a fs. 41/76 se presenta mediante gestor procesal el Banco Supervielle SA, contesta la citación efectuada y solicita su rechazo con costas a Banco Macro SA y/o a la actora. Destaca que el Banco Macro SA no explica ni acredita por qué considera que la controversia que mantiene con su cliente le es común a su representado, ni cuál es el hecho antijurídico que considera que ha desplegado el Banco Supervielle SA, ahondando también en la falta de claridad del pedido de citación como tercero, que deriva en una afectación del ejercicio de su derecho de defensa. Solicita el

rechazo de su participación como tercero en el presente proceso, con costas.

Contesta luego subsidiariamente la demanda; efectúa una negativa general y específica de los hechos alegados en la misma. Brinda su versión de los hechos, y destaca en primer lugar que el actor ha encuadrado su demanda en la ley de defensa del consumidor y no es cliente del Banco Supervielle, no encontrándose reunidos los requisitos para encuadrar la relación del actor con su representado como una relación de consumo.

En segundo lugar, alega que el Banco Supervielle no ha incurrido en ninguna práctica prohibida por el ordenamiento jurídico. En tal sentido, destaca que quien tiene la obligación de velar por la seguridad de las cuentas de sus clientes es en este caso el Banco Macro, del cual era cliente el actor al momento de realizar la transacción desconocida; en tanto para el Banco Supervielle, esa transferencia es genuina y en modo alguno puede sustraerle los fondos a su cliente sin que haya una orden judicial que así lo disponga. Tampoco debía investigar el origen de los fondos, en tanto no superaba los montos establecidos por la resolución 28/2011 de la Unidad de Información Financiera. Aduna a ello que conforme documental que adjunta correspondiente al legajo de la Sra. Andrea Calderón —titular de la cuenta que habría recibido la transferencia—, la entidad bancaria cumplió con todos los requisitos exigidos por la normativa que rige sobre la materia.

Subsidiariamente, impugna los rubros resarcitorios. Resalta que en relación al reclamo por el daño directo, en los términos del art. 40 bis de la ley 24.240, quien debe responder es el prestador de servicios, carácter que reviste el Banco Macro SA Idéntico planteo formula en relación al daño punitivo, destacando nuevamente al respecto que no se ha indicado cuál es la conducta antijurídica que se le atribuye a su mandante. Apunta también que el actor no brinda ningún dato de cómo ha determinado el monto que reclama.

Formula reserva de reclamar al Banco Macro el reintegro de las sumas por las que eventualmente se lo condene y también del caso federal. Ofrece prueba y peticiona en consecuencia.

5. Que a fs. 88 se señala la audiencia preliminar, obrando a fs. 103 acta de su celebración, en

la que se fija el objeto de prueba consistente en determinar los hechos expuestos en demanda y contestación, la responsabilidad que se endilga a los demandados en función del contrato de cuenta corriente bancaria suscripto entre las partes y, en su caso, la extensión de los daños.

Que a fs. 127 me avoco al conocimiento del presente trámite.

Que a fs. 222 se declara la negligencia de la prueba instrumental de la parte actora, consistente en la causa penal por estafa y de la pericia informática común a actora y demandada.

Que a fs. 223 se certifica por Secretaría respecto al vencimiento y resultado del término probatorio, se clausura el mismo y se disponen los autos para alegar.

Que con fecha 16/03/2020 el actor presenta su alegato, con fecha 22/07/2020 lo hace la demandada Banco Macro SA y con fecha 04/08/2020 el citado como tercero Banco Supervielle SA.

Que con fecha 12/08/2020 se ordena, como medida de mejor proveer, la remisión de la causa penal por estafa tramitada en virtud de la denuncia efectuada por el actor, extremo que es cumplido mediante informe del MPF recepcionándose con fecha 05/03/2021 y 16/03/2021 de donde surge que el expediente se ha expurgado, no obstante acompañarse copia del auto de archivo.

Que en fecha 06/04/2021 se llama a autos para sentencia, providencia que por encontrarse firme motiva la presente.

Considerando: I. Que de acuerdo al modo en que la litis quedara trabada, la cuestión a dilucidar radica en determinar la existencia o no de responsabilidad en función de la operatoria desplegada en el marco del contrato de cuenta corriente bancaria suscripto entre el Sr. Rodolfo Higinio León y el Banco Macro SA y, en su caso, la extensión de los daños.

II. Corresponde precisar entonces qué normas aplicaré para resolver la cuestión traída a examen.

Así, la Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci ha planteado dos reglas para determinar la ley aplicable conforme a las previsiones del art. 7 del

CCyC y las enseñanzas de Roubier. La primera de ellas consiste en la de aplicación inmediata de la nueva ley, pero según como se encuentren la situación, relación o las consecuencias, al momento de entrada en vigencia de la misma. En ese sentido, observo que la relación jurídica existente basada en el hecho debatido en autos entre las partes no fue constituida ni sus efectos se produjeron con la nueva ley.

La segunda regla es que la ley es irretroactiva, sea o no de orden público. Regla que está dirigida al juzgador, no al legislador que puede establecer carácter retroactivo de la norma de modo expreso. (Kemelmajer de Carlucci, Aída. La Aplicación del Código Civil y Comercial a Las Relaciones y Situaciones Jurídicas Existentes. Rubinzal Culzoni, 1ª edición. Santa Fe. 2015.

En orden a esa determinación y en tanto el hecho dañoso ocurrió el día 23 de enero de 2013, correspondería aplicar primeramente el Cód. Civil (Ley 17.711) y la Ley de Defensa del Consumidor (Ley N° 24.240).

No obstante, ello, tengo presente lo indicado en la última parte del art. 7 y arts. 1384, 1093 y 1117 ss. y ccdtes. del Cód. Civ. y Comercial En efecto la doctrina ha sostenido que las leyes de protección de los consumidores, sean supletorias o imperativas, son de aplicación inmediata. La norma tiene clara raigambre constitucional y está estructurada sobre la base de una razonable aplicación del principio protectorio propio del Derecho del Consumo, que dicho cuerpo normativo recoge no sólo en los artículos 1096/1122 sino que extiende a otros ámbitos específicos. (conf. arg. Aída Kemelmajer de Carlucci, La aplicación del Cód. Civ. y Com. de las relaciones y situaciones jurídicas existentes, Ed. Rubinzal - Culzoni, ps. 60/61).

III. Que siendo la presente causa planteada en los términos de la Ley de Defensa del Consumidor (Ley N° 24.240), es menester recordar que ésta normativa busca lograr un equilibrio entre quienes son partes de una relación consumeril, a través de un sistema de protección jurídica en favor debilis. Así lo entendió la Corte Suprema de Justicia al sostener que "(...) la finalidad de la ley 24.240 consiste en la debida tutela y protección del consumidor o el usuario, que a modo de purificador legal integra sus normas con las de

todo el orden jurídico, de manera que se impone una interpretación que no produzca un conflicto internormativo, ni malogre o controvierta los derechos y garantías que, en tal sentido, consagra el art. 42 de la Constitución nacional”. (CSJN, causa C.745.XXXVII., in re “Caja de Seguros SA c. Caminos del Atlántico SACV”, sent. del 21-III-2006, Fallos: 329:695, voto del doctor Zaffaroni; causa F.331.XLII; REX, “Federación Médica Gremial de la Cap. Fed. —FEMEDICA— c DNCI - DISP 1270/03”, sent. del 18/11/2008, Fallos: 331:2614, disidencia del doctor Maqueda).

En igual sentido, no se soslaya el lugar que la Corte Suprema de Justicia ha dado al principio tuitivo que consagra el espíritu de la Ley 24.240 al considerar que “(...) este principio protectorio juega un rol fundamental en el marco de los contratos de consumo donde, es preciso destacar, el consumidor se encuentra en una posición de subordinación estructural. La lesión a su interés en este campo puede surgir no solo de cláusulas contractuales en sí mismas, sino de los modos de aplicación de estas o, simplemente, de conductas no descritas en el contrato, pero que constituyen una derivación de la imposición abusiva de ciertas prácticas. Es por ello que, con el fin de preservar la equidad y el equilibrio en estos contratos, la legislación contempla previsiones tuitivas en su favor en aras de afianzar esta protección preferencial de raigambre constitucional”. (CSJN, “Prevención, Asesoramiento y Defensa del Consumidor c. BankBoston NA s/ sumarísimo”, Fallos: 340:172, 14/03/2017).

El máximo Tribunal Nacional también expresó en dicho fallo que “(...) esta tutela especial se acentúa aún más en los contratos bancarios celebrados con consumidores y usuarios, donde, del otro lado de la relación jurídica, se encuentra una entidad bancaria, profesional en la intermediación financiera y cuya finalidad es obtener un rédito en su actividad. Estos contratos, debido a su celebración mediante la adhesión a condiciones generales predispuestas, provocan un contexto propicio para las cláusulas y prácticas abusivas. Por ello aquí, tanto la legislación como el control judicial juegan un papel preponderante (...) En este ámbito particular, el principio protectorio quedó plasmado en la reforma de la Carta Orgánica del Banco Central (ley 26.739) y su reglamentación sobre ‘Protección de los usuarios de servicios financieros’ y en el art. 36 de la

ley 24.240 (texto modificado por las leyes 26.361 y 26.993) sobre las operaciones financieras para consumo (...) en suma, esta tutela se intensifica si se trata, como en el caso, de un contrato donde la entidad bancaria asume como obligación la protección del ahorro. Al respecto, este Tribunal ha sostenido que ‘El ahorro que hace el ciudadano para resguardarse frente a las inclemencias del futuro o para aumentar su patrimonio, debe ser protegido por los jueces, sin que interese cuáles son sus propósitos individuales, salvo que se constate alguna ilicitud. Esta regla es la base de la tranquilidad que todos tenemos que gozar en una sociedad organizada, es el fundamento del respeto recíproco y es el principal impulsor del crecimiento económico que sólo puede ser realizado dentro de instituciones estables’ (Fallos: 329:5913; 330:5345 y 331:1890)”. (CSJN, Fallos: 340:172).

El STJ —citando parte de la obra de Graciela Lovece— sostiene que la LDC brinda una tutela especial:

“(...) ‘en el reconocimiento de una situación de debilidad y vulnerabilidad estructural, genética y funcional de los consumidores y usuarios frente a los proveedores en las relaciones de mercado. La finalidad perseguida mediante la protección intensificada es la restauración del equilibrio jurídico y económico puesto que tratar como iguales a quienes son intrínsecamente desiguales incrementa la desigualdad, ocasionando un traslado de riesgos injustificado y éticamente reprobado’. (conf. Lovece, Graciela I., ‘El Consumidor, el beneficio de la justicia gratuita y las decisiones judiciales’, LA LEY 07/07/2017, 3)”. (STJRNSI Se. 86/17 “López Patricia Lilian”).

Desde esta óptica “Es innegable que el proveedor de bienes y servicios exhibe la fortaleza que le confiere su condición de experto y profesional en el negocio. Tal estatus lo coloca en una situación de señorío en el escenario del mercado. La experticia del proveedor es innegable, pues es poseedor de una información que concentra y de la que dispone. El conocimiento es fuente de poder y esa superioridad técnica en cabeza de una de las partes determina inexorablemente la inferioridad jurídica del otro extremo de la relación” (...) “A partir de tal concepto, es claro que ese ‘consumo final’ se da en el marco de una transacción que ocurre fuera de una actividad profesio-

nal de la persona, entendido ello como que este último no involucrará el bien o servicio adquirido en otra actividad con fines de lucro, o en otro proceso productivo”. (Conf. CNCom., sala D, en autos “R., S. F. y otros c. Banco Santander Río SA s/ ordinario”, causa N° 59.732, 27/10/2017).

Tratándose el caso objeto de estudio de una relación entre consumidores y una entidad bancaria, entiendo necesario, previamente a adentrarme en el fondo de la cuestión, efectuar algunas precisiones respecto los contratos bancarios y la aplicabilidad a su respecto de la normativa consumeril, tanto contenida en la ley específica 24.240, como en el Cód. Civ. y Com. de la Nación.

Ernesto E. Martorell brinda algunas pautas que caracterizan a los contratos bancarios: la calidad de banquero de una de las partes; que se trata de negocios u operaciones “en masa”, con características constantes y uniformadas, según tipos negociales estandarizados en las denominadas “normas bancarias uniformes”; como regla, son la cobertura técnica de negocios de duración, sin que ello impida que puedan ser instantáneos; pueden significar la prestación de una sola de las partes o incorporar prestaciones recíprocas y se hallan condicionados en mucha mayor medida que otros negocios jurídicos a imperativos de orden económico financiero, por la ligazón incuestionable que existe entre banca, moneda y mercado de capitales. Dentro de la contratación bancaria, pueden distinguirse las operaciones pasivas, que son aquellas en las cuales el banco asume el carácter de deudor, porque recibe créditos, como ocurre en los depósitos bancarios, de las activas, en las cuales la entidad ocupa el rol de acreedor, por ser quien suministra los fondos, como sucede en la apertura de crédito, el anticipo o el descuento (Martorell, Ernesto E., *Tratado de los contratos de empresa*, T. II, p. 35 y ccdtes., 2° edición, ampliada y actualizada, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 2000).

Ha dicho reconocida doctrina que “El contrato bancario es, en general, celebrado por adhesión a cláusulas generales. Es en virtud de la masividad de los vínculos que es necesario recurrir a una redacción unilateral, rígida y dirigida a un público indeterminado. En la mayoría de los casos estas cláusulas generales están elaboradas como una invitación a ofertar, la que, luego de llenada y firmada por el adherente constituyéndose en ofer-

ta, es analizada por el banco y aceptada. Se aplica el régimen de interpretación contra estipulato-rem y de cláusulas vejatorias”. (Lorenzetti, Ricardo L. “*Tratado de los Contratos*”, T. III, p. 431).

Asimismo, a partir de la reforma a los códigos de fondo del año 2015 y teniendo en cuenta lo referido al establecer el derecho aplicable en relación al tiempo, los contratos bancarios de consumo se encuentran sometidos a los principios generales de los contratos de consumo —además de los principios propios a su naturaleza—, integrándose de este modo a un enfoque sistémico pro consummatori. El Cód. Civ. y Comercial recepta expresamente el trato digno que el banco debe dispensar al cliente (art. 1097), equitativo y no discriminatorio (art. 1098), suministrar información cierta, detallada, comprensible y gratuita al cliente (art. 1100), las pautas que regulan el carácter abusivo de las cláusulas (art. 1117, 1119 y cc) y su control judicial (art. 1122).

Ha previsto también el Cód. Civ. y Comercial un capítulo específico que regula a los contratos bancarios, que entre sus disposiciones generales contiene un párrafo relativo a la transparencia de las condiciones contractuales y otro a los contratos bancarios con consumidores y usuarios. Inicialmente, para su caracterización el art. 1378 utiliza inicialmente un criterio subjetivo, en tanto se refiere a los contratos celebrados con las entidades financieras, debiéndonos en consecuencia remitirnos a la Ley de Entidades Financieras 21.526, la cual a su tiempo ofrece una pauta estrictamente objetiva para fijar su alcance, aun tratándose de una fórmula que combina la descripción de una relación jurídica, la “intermediación entre la oferta y la demanda de recursos financieros”, extensiva a otras situaciones jurídicas de las que resulte que “el volumen de las operaciones” (financieras) y “razones de política monetaria y crediticia” lo aconsejen (Barbier, Eduardo, en *Código Civil y Comercial Explicado*, doctrina - jurisprudencia: obligaciones y contratos, T. II, dirigido por Lorenzetti, Ricardo L y Sagarna, Fernando A, 1° edición revisada, p. 340, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2020).

El art. 1380 del CCyC exige la forma escrita para los contratos bancarios y reconoce el derecho del cliente a que se le entregue un ejemplar, mientras que el art. 1381 se refiere al contenido del contrato, resguardando fundamentalmente la claridad en

las condiciones económicas a cargo del cliente y una tasa de interés subsidiariamente aplicable en el caso de que las partes guarden silencio al respecto. En el art. 1384 específicamente se prevé la aplicación a los contratos bancarios de las disposiciones relativas a los contratos de consumo.

Por su parte y refiriéndonos ahora y concretamente a la vinculación contractual que unía a las partes en este litigio, la cuenta corriente bancaria aparece definida actualmente por el art. 1393 como aquél “contrato por el cual el banco se compromete a inscribir diariamente, y por su orden, los créditos y débitos, de modo de mantener un saldo actualizado y en disponibilidad del cuenta correntista y, en su caso, a prestar un servicio de caja”.

Como obligaciones de cada una de las partes que delimitan la estructura de este contrato, ha identificado la doctrina en cabeza del banco suministrarle al cuenta correntista las boletas de depósito, proveerle al cliente los formularios de cheque —esto sería en el caso en que se haya pactado el servicio de caja, que como hemos visto, no es esencial en la actual regulación de este contrato—, tener la cuenta al día, recibir los depósitos y acreditarlos en el día, remitirle al cuenta correntista en el plazo acordado el “extracto de cuenta”, conteniendo el resumen de todos los movimientos experimentados por ella, atender el servicio de cheques pactado y certificar cheques a requerimiento del cliente.

Por su parte, son obligaciones del cliente mantener una disponibilidad de fondos suficientes en cuenta, prestar conformidad o impugnar los extractos de cuenta, actualizar las firmas registradas, denunciar el cambio de domicilio; comunicar al banco cualquier modificación de sus contratos sociales, estatutos, poderes y revocación de estos últimos; cumplir con ciertas obligaciones relacionadas con cheques o chequeras en caso de que las utilice (prestar conformidad con la recepción de libretas de cheques, llevar un registro de las libranzas que efectúa, efectuar denuncias sobre extravío, robo o sustracción de cheques, cumplir con formalidades en el libramiento de cheques, reintegrar formularios y denunciar cheques librados) y el pago de intereses, comisiones y cargos (Martorell, ob. cit., p. 183 y ccdtes.). Concluyo entonces que la normativa aplicable será la del propio contrato que ha uni-

do a las partes, el CC por imperio del momento en el que ocurrieron los hechos, la Ley de Defensa del Consumidor y el Cód. Civ. y Comercial por derivación de las previsiones del art. 7 de dicho cuerpo normativo.

De todos, modos corresponde decir, que aún de aplicarse exclusivamente el Cód. Civ. y Comercial, la solución a la que se arribaría en el presente decisorio es la misma.

IV. Que entonces, de conformidad a las circunstancias bajo las que el proceso discurriera, corresponde acudir al esquema probatorio y así debo tener en cuenta el conjunto de normas que regulan la admisión, producción, asunción y valoración de los diversos medios que pueden emplearse para llevar al juez la convicción sobre los hechos que interesan al proceso (conf. Hernando Devis Echandía, *Teoría General de la Prueba Judicial*, Ed. Víctor P. de Zavalía, Bs. As., 1972, T° 1, p. 15).

Cada litigante debe aportar la prueba de los hechos que invocó y que la contraria no reconoció; en particular, los hechos constitutivos debe probarlos quien los invoca como base de su pretensión y los hechos extintivos e impeditivos, quien los invoca como base de su resistencia. Devis Echandía sostiene que corresponde la carga de probar un hecho a la parte cuya petición —pretensión o excepción— lo tiene como presupuesto necesario, de acuerdo con la norma jurídica aplicable, o dicho de otro modo, a cada parte le corresponde la carga de probar los hechos que sirven de presupuesto a la norma que consagra el efecto jurídico perseguido por ella, cualquiera que sea su posición procesal. La alegación es requisito para que el hecho sea puesto como fundamento de la sentencia si aparece probado, mas no para que en principio la parte soporte la carga de la prueba. (Devis Echandía Hernando, “*Teoría general de la prueba judicial*”, Buenos Aires, Ed. Zavalía, T 1, p. 490 y ss.).

Ahora bien, este principio, como toda regla general, no es absoluto. Así la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que las reglas atinentes a la carga de la prueba deben ser apreciadas en función de la índole y características del asunto sometido a la decisión del órgano jurisdiccional, principio éste que se encuentra en relación con la necesidad de dar primacía por

sobre la interpretación de las normas procesales a la verdad jurídica objetiva, de modo que su esclarecimiento no se vea perturbado por un excesivo rigor formal (CSJN in re “Baiaidera, Víctor F.”, LA LEY, 1996 E, 679).

Con relación a lo antes dicho, la LDC también expande sus efectos hacia la carga dinámica de la prueba, ello debido a la dificultad que pueda asir la víctima al probar la causa del daño. “El concepto “carga dinámica de la prueba” o “prueba compartida” consiste en hacer recaer en ambas partes la obligación de aportar elementos de juicio al juzgador, privilegiando la verdad objetiva sobre la formal para brindar la efectiva concreción de la justicia. Se trata de un concepto particularmente útil cuando los extremos son de muy difícil comprobación”. (Conf. SCJBA Causa “G., A. C. c. P.S. y otros s/ daños y perjuicios”, C. 117.760, sent. del 01/04/2015).

En efecto, la Ley referida, contiene una norma expresa relativa a la carga de la prueba, el art. 40, último párrafo: “Sólo se liberará total o parcialmente quien demuestre que la causa del daño le ha sido ajena”; en referencia al prestador del servicio. También el art. 53, tercer párrafo, impone a los proveedores: “(...) aportar al proceso todos los elementos de prueba que obren en su poder, conforme a las características del bien o servicio, prestando la colaboración necesaria para el esclarecimiento de la cuestión debatida en el juicio”. En estos términos, “corresponde al proveedor la obligación de colaborar en el esclarecimiento de la cuestión aportando todos los elementos que tenga en su poder. De nada sirven las negativas genéricas y/o particulares (...)”, por el contrario, “(...) estando de por medio una relación consumeril, el principio de las cargas dinámicas es llevado a su máxima expresión pues el proveedor tiene una obligación legal: colaborar en el esclarecimiento de la situación litigiosa. En consecuencia, todo silencio, reticencia o actitud omisiva, se constituirá en una pauta que afectará dicha obligación legal con la consecuente presunción de certeza sobre la versión que sustenta la pretensión del consumidor”. (“Aspectos procesales”, cit. LA LEY, 2010-C, 1281 y ss.). (Conf. SCJBA Causa “G., A. C. c. P. S. y otros s/ daños y perjuicios”, C. 117.760, sent. del 01/04/2015).

Por último, conforme lo dispone de manera específica la normativa procesal que nos rige, salvo

disposición legal en contrario, los jueces formarán su convicción respecto de la prueba de conformidad con las reglas de la sana crítica —entre las que incluyo la inmediatez del juez de primera instancia—. No tendrán el deber de expresar en la sentencia la valoración de todas las pruebas producidas, sino únicamente de las que fueren esenciales y decisivas para el fallo de la causa. (conf. art. 386 Cód. Proc. Civ. y Comercial titulado apreciación de la prueba).

Y con relación a la verdad objetiva, debo aclarar que en función de las reglas de interpretación de la prueba basadas en la sana crítica hay una ligazón inescindible entre verdad objetiva y convicción judicial, de modo tal que ambas confluyen para la solución de todo caso traído al examen de los jueces.

V. Que efectuadas las anteriores precisiones habré de recurrir a la prueba incorporada autos, valorando la misma conforme a las reglas de la sana crítica de acuerdo con lo que prescribe el art. 386 del CPCC y en definitiva fundaré mi decisión conforme art. 200 de la Constitución Provincial.

Que corresponde entonces determinar los hechos controvertidos por las partes de aquellos que no lo están: Observo que no se encuentra controvertido que el día 23 de enero de 2013 se efectuó una transferencia desde la cuenta del Banco Macro de cotitularidad del Sr. Rodolfo Higinio León identificada como ... por el monto de \$16.900 a una cuenta correspondiente al Banco Supervielle identificada como N° ..., CBU

Asimismo, también se coincide en que durante la misma mañana y en horario bancario, el Sr León efectúa dos intercambios telefónicos con un empleado de la mesa de ayuda del Banco Macro SA, Sr. José Villagrán, cuyo contenido se encuentra reconocido por las partes, habiendo acompañado ambas la grabación pertinente.

En la primera comunicación, es el propio Villagrán quien lo llama a León y lo anoticia a éste; luego lo llaman a Villagrán desde la sucursal de Viedma del Banco Macro SA, ante la presencia del cliente en tal entidad.

No obstante, esos acuerdos básicos sobre los hechos, lo que sí se encuentra controvertido en

autos es la conducta del Banco Macro SA ante la detección de una alerta, como así también la conducta del actor respecto del deber de protección de datos y uso del sistema de la plataforma on line de dicha entidad financiera, a lo que se agrega que para el Banco Macro SA, la cuestión aquí debatida es común con el Banco Supervielle SA.

Entonces, ello puede desagregarse del siguiente modo:

a) la responsabilidad del Banco Macro SA, en el marco de la relación contractual que lo unía al actor;

b) la responsabilidad del propio actor en el acaecimiento del hecho dañoso, en tanto el Banco Macro SA le adjudica la violación del deber de resguardar las contraseñas y los dígitos contenidos en la tarjeta de coordenadas;

c) la responsabilidad del Banco Supervielle SA, en tanto la cuenta de destino se encontraba abierta en tal entidad. Esta última cuestión únicamente se encuentra controvertida por el Banco Macro SA, que es quien trae a esta entidad financiera al proceso, solicitando su participación a tenor de lo dispuesto por el art. 94 del Cód. Proc. Civ. y Comercial.

V.1. Establecidos los hechos controvertidos de aquellos que no lo están corresponde ahora examinar la prueba producida en autos:

Prueba documental: Acompañada a la demanda: CD conteniendo dos comunicaciones telefónicas entre el Sr. León y el Sr. José Villagrán, empleado del Banco Macro SA.

Acompañada a la contestación de demanda del Banco Macro SA: solicitud de servicio clienteSI Servicio Integral de fecha 01/02/2013, en 2 fojas, identificada como trámite N° 5794341. CD con el mismo contenido que el acompañado por el actor.

Acompañada a la contestación de la citación como tercero del Banco Supervielle SA: Dos comprobantes de préstamos personales a nombre de Andrea Noemí Calderón; resumen de su cuenta; 4 declaraciones juradas sobre la condición de persona expuesta políticamente; 4 carátulas de

digitalización; 2 facturas de EDESAL; constancia de CUIL de la Sra. Calderón; copia del DNI de aquélla; anexo de comisiones; recibo de sueldo de la Sra. Calderón emitido por el gobierno de la provincia de San Luis; anexo a la reglamentación de caja de ahorros plan sueldos.

Documentación en poder del Banco Supervielle acompañada a fs. 144: resumen de cuenta desde 22/01/2013 al 24/01/2013 del cliente Campano Calderón, de la que surge que el mismo día 23/01/2013 sin precisión de horarios, hay un crédito por transferencia por \$16.900 y una extracción por caja de \$16.800.

En cuanto a la documentación obrante en poder de la demandada Banco Macro SA, a fs. 158 se tuvo presente para la oportunidad de dictar sentencia que no acompañó el resumen de cuenta bancaria al Sr. León, la fecha y monto de las transferencias electrónicas, número de cuenta emisora y receptora, datos de los titulares de dichas cuentas y toda otra documental vinculada a la causa.

Grabaciones contenidas en los CD:

Primera grabación: El Sr. José Villagrán, quien se identifica como empleado de la mesa de ayuda del Banco Macro, se comunica con el Sr. León, refiriendo que a las 11:43 hs. se efectuó una transferencia por \$16.900 desde su cuenta a un CBU del Banco Supervielle. León contesta que él no hizo la transferencia. Le pregunta si comparte con alguien la clave, a lo que contesta que no y que tampoco intentó transferir en el curso del día. Villagrán consulta si la cotitular de la cuenta puede haber transferido ese dinero, a lo que León contesta que no y que la cotitular es su esposa, quien desconoce la clave. Villagrán le informa que, si va a desconocer el movimiento, hay cosas urgentes que deben realizar (como bloquear la cuenta, denuncia penal) y que le va a bloquear la clave, a lo que León le contesta que sí y que se dirigirá de inmediato al Banco, coordinando ambos que se comunicarían nuevamente por teléfono desde allí.

Segunda grabación: En esta ocasión, Villagrán se comunica con el Banco Macro SA, en donde primero habla con un empleado de nombre Marcelo, a quien le refiere que le había pedido a León que verifique si no fue la cotitular de la cuenta quien hizo la transferencia y que no le

había dado tiempo a hacer todos los pasos de la transferencia desconocida, porque quiso salir de inmediato al banco. Le pasan luego con León e inicia el trámite de desconocimiento de transferencia, realizándole preguntas sobre su uso del home banking: comienza por preguntarle desde dónde accede al home banking, y si comparte las computadoras desde las que accede, a lo que León responde que desde la oficina y su casa y solo comparte la computadora de la casa con su esposa. León refiere tener tarjeta de coordenadas: primero dice que nunca la vinculó desde el cajero automático y cuando Villagrán le pregunta si en alguna oportunidad el sistema le pidió las coordenadas, refiere que sí, sólo dos de ellas para realizar un pago a AFIP. Nunca tuvo su clave de home banking bloqueada ni ningún problema para acceder al sistema, aclarando que usa la cuenta para pagar servicios por home banking. León también refiere que completó las diez preguntas de seguridad y que una sola vez el sistema Macro Direct se las pidió para entrar a “transferencias por CBU”. Siempre contestando las preguntas de Villagrán, niega haber recibido tarjetas virtuales, mails requiriéndole información sobre el servicio de home banking o pidiéndole información sobre sus cuentas bancarias, mails con vínculos para que visite. Afirma que no comparte la clave bancaria, ni con su esposa ni con ninguna otra persona. Se le requiere luego información acerca de la versión del sistema Windows que usa en sus computadoras y respecto a la utilización de antivirus y firewall; manifiesta que en sus últimos accesos al home banking no ha evidenciado nada anormal. Villagrán le pide a León que tome nota del número de reclamo y le solicita que realice una denuncia policial con los datos de la transferencia, pidiéndole que a esos afectos que anote monto, hora de la transferencia, número de la IP y de la CBU de destino y que solicite que se investigue el destino de los fondos, poniendo a disposición su PC para ser analizada, y que se requiera al banco receptor de los fondos información sobre el destinatario. También le pide que lleve copia de la denuncia al Banco en cuanto la tenga y que denuncie su tarjeta de coordenadas llamando al 0810 del Banco Macro, aclarándole que le van a pedir el número de serie. Antes de concluir la comunicación, Villagrán le refiere a León que la alerta saltó porque aparentemente la transferencia se realizó desde un lugar no habitual.- Prueba instrumental:

Expediente 011008-DCI-2013 de la Dirección de Comercio Interior provincial.: De allí surge a fs. 3, denuncia del Sr. León de fecha 18/04/2013; fs. 6, certificación de recepción de denuncia penal; fs. 12/13, contestación efectuada por el Banco Macro SA; fs. 36 audiencia de conciliación en las partes, en la que encontrándose presente actor y demandado, se ordena intimar al Banco Supervielle a remitir determinada información; fs. 63/64 resolución N° 171, que dispone la remisión de las actuaciones a la Fiscalía en turno y el posterior archivo de las actuaciones.

Expte penal “Calderón, Andrea N. s/ Estafa” Legajo MPF-VI-0 0347-2017 del registro de la Unidad Fiscal Temática N° 2: En dichas actuaciones, expurgadas a la fecha conforme surge de informe del MPF, ante la reiteración de pedido de piezas obrantes en sus registros se acompaña auto de fecha 06/06/2018 suscripto por el Fiscal Guillermo Martín González Sacco con fundamento en que resulta manifiesta la imposibilidad de conseguir otra información que permita seguir adelante con la investigación del evento denunciado por lo que en virtud del art. 128 inc. 4 del CPP se dispone el archivo de las actuaciones.

De todos modos, surge textual de dicho decisorio que “(...) se inician las presentes en base a la denuncia efectuada por el Sr. Rodolfo Higinio León, según la cual el día 23 de enero del año 2013, a las 11:43 hrs., aproximadamente, se realizó una transferencia desde su cuenta N° ... del Banco Macro SA, Suc. Viedma, por el monto de pesos dieciséis mil novecientos (\$16.900,00). a la cuenta N° CBU ... del Banco Supervielle, Suc. San Francisco del Monte de Oro, Prov. de San Luis, a través de la ... II. Que del análisis de las constancias incorporadas al legajo entiendo que no se cuentan con elementos suficientes para acreditar la autoría responsable del hecho criminoso puesto en conocimiento. Si bien se han aportados datos que pueden hacer presumir la existencia de un ilícito lo cierto es que no se cuenta con material de cargo relevante e independiente como para individualizar al autor y/o partícipes del hecho investigado y así alcanzar un grado de sospecha que permita realizar formulación de cargos en los términos del arto 130 del CPP, atento que con el material probatorio reunido en autos, no se puede ratificar los términos de la denuncia efectuada por el Sr. León. atento no haberse podido determinar quien efectuó la trans-

ferencia ni por quien fue cobrada. más allá que el monto referido haya sido depositado en la cuenta de Andrea Noemí Calderón.” Prueba informativa: Comisaría Primera de Viedma (fs. 130/133). Acompaña copia del preventivo, con la síntesis del hecho brindada por el denunciante.

Informe del Banco Central de la República Argentina (fs. 154/156). Allí la Gerencia de Sistemas de Pago informa lo siguiente “...las comunicaciones A 3014 y A 4022 establecen que las transferencias deben reunir, con carácter de obligatoriedad, la información relacionada con: 1) nombre, razón social y CUIT, CUIL o CDI del cliente originante; 2) Clave Bancaria Uniforme (CBU) de la cuenta a acreditar; 3) importe, moneda y fecha de la transferencia; 4) certificación de la entidad originante y de la referencia unívoca del movimiento de fondos. En este sentido, las transferencias electrónicas cuentan con mecanismos de seguridad implementados que brindan consistencia al funcionamiento. Las entidades financieras deben tener una infraestructura de seguridad que contenga todos los recursos informáticos, operativos y de información dispuestos para la administración, operación, mantenimiento y control de la plataforma tecnológica asociada a la seguridad de los Canales Electrónicos (...) cabe destacar que el punto 6.3.3.6 de las normas Requisitos mínimos de gestión, implementación y control de los riesgos relacionados con tecnología informática, sistemas de información y recursos asociados para las entidades financieras, indica que en todos aquellos casos en que la operación no esté asociada a una clave de identificación personal, ante el desconocimiento por parte del cliente de una transacción efectuada mediante POS (puntos de venta) o PPM (plataforma de pagos móviles), las entidades financieras deben proceder a la inmediata devolución/acreditación de los fondos al cliente, sin perjuicio de iniciar la investigación de la operación y eventualmente, las acciones administrativas y/o legales que correspondieran (...) asimismo, las entidades financieras deben implementar funciones de alertas de seguridad y sistemas de detección y reporte de accesos sospechosos a los activos de información, y contar con monitoreo constante de los accesos a recursos y eventos críticos, que reporten a los administradores sobre un probable incidente o anomalía en los sistemas de información”.

Por su parte, la Gerencia Principal de Seguridad de la Información del mismo organismo, refiere que “Las transferencias electrónicas se cursan siguiendo los lineamientos y requisitos establecidos por las circulares A 3014, A 4022 y sus actualizaciones, desde el punto de vista operativo, como por la circular A 6017 en lo relativo a la seguridad informática. Ahora bien, la entidad financiera debería proveer previo a la ejecución de transacciones financieras un nivel razonable de seguridad, acorde con la norma, para garantizar que las transacciones financieras cursadas por los Canales Electrónicos sean legítimas, estableciendo mecanismos para reducir el riesgo de que puedan ser efectuadas por personas, agentes y medios no autorizados. Si bien cada canal electrónico puede tener sus propios requisitos en virtud de su funcionamiento específico y cada tipo de transacción una exigencia distinta, existen reglas comunes aplicables a todos los canales electrónicos y en particular a la operatoria de transferencias electrónicas de fondo a saber: en todos los canales electrónicos la entidad debe proveer credenciales de acceso bajo el criterio internacional de seguridad de a.f., es decir, mediante el uso combinado de al menos dos factores de autenticación entre el siguiente grupo de tres: algo que el usuario posee (por ejemplo, una tarjeta, un dispositivo seguro, etc.), algo que el usuario es (un valor biométrico único de la persona, voz, huella, etc.) y algo que el usuario sabe (un valor numérico o alfanumérico, un dato privado, etc.). Para la operatoria de transferencias electrónicas, estas credenciales se deben aplicar en dos instancias y de manera distinta. La primera instancia ocurre en el inicio de una sesión en un canal electrónico, instancia en la que el usuario se identifica y su identidad es verificada. Esta instancia exige el uso de al menos dos factores de los indicados, aunque admite la posibilidad de que se apliquen dos del mismo tipo. La segunda instancia ocurre en el momento de confirmar una transferencia electrónica, en la cual, y para transacciones que excedan el monto límite definido en la circular 6043, se deberá ingresar un factor de autenticación. Esta instancia exige que el factor utilizado posea condiciones de mayor seguridad o al menos el mismo nivel del factor más fuerte empleado en la primera instancia (...) Adicionalmente, existen requisitos aplicables a todos los canales electrónicos, referentes a la necesidad de proveer una trazabilidad comple-

ta de los registros operativos y transaccionales, que permitan verificar en todo momento quién, qué, cuando, dónde y cómo de cada evento transaccional. Del mismo modo, debe disponerse de una infraestructura para el tratamiento de incidentes de seguridad y vías de acceso para informar y recibir denuncias de los clientes. Dado que estos registros deben permanecer por al menos 6 años disponibles para su control y verificación, los mismos representan la primera fuente de información para reconstruir lo sucedido”.

Informe de Claro (fs. 184): Refiere que su compañía “no lleva registro del N° de Mac Address del equipo informático que se conecta a Internet. Cabe aclarar que no podemos determinar a qué usuario de nuestra compañía se le asignó el IP ..., debido a que nuestros equipos asignan direcciones de IP en forma dinámica, conforme el equipo que este atendiendo la sesión de datos. No contamos con datos históricos de las asignaciones de IP en forma dinámica”.

Informe del Banco Supervielle (fs. 185/205): Acompaña resumen de cuenta de su cliente Campusano Calderón Andrea Noemí, informando que los fondos acreditados eran en concepto de “pago de sueldo” y la actividad registrada era “docente”, empleado público del gobierno de la provincia de San Luis.

Prueba testimonial:

Ramón Leonardo Alborno. Refiere haber estado presente en la oficina del Sr. León cuando aquél recibe el llamado del banco; observó que abrió la cuenta bancaria en la computadora y le dijo a quien, lo llamaba que le habían sacado dinero, luego de lo cual cortó la conversación telefónica y la que estaba sosteniendo previamente con él y le anunció que tenía que ir al banco urgente por un faltante de dinero. No recuerda bien el monto, pero lo estima cercano a los \$20.000.

Explica que el actor como encargado del Registro Nacional de la Propiedad Automotor, tiene que depositar en tiempo y forma lo que recauda en el día, por lo que le provoca perjuicio que le bloqueen una cuenta bancaria; a lo que se suma que se vio afectada su credibilidad, en la institución bancaria y de terceros hacia él.

En cuanto al manejo de las contraseñas por parte del actor, refiere que las tiene guardadas

en una caja fuerte en la oficina, y aún cuando el dicente le ha efectuado algún depósito mientras el Sr. León y su esposa se encontraban de viaje, nunca le facilitó la contraseña. Agrega que el actor sólo se maneja en el ámbito bancario con dos personas, su esposa y su hija, siendo que ésta última tiene la firma registrada en el banco y en el Registro Nacional de la Propiedad Automotor.

Destaca que este incidente también lo afectó emocionalmente, en tanto sintió mucha bronca y enojo, a lo que suma que uno de los empleados del Banco arrojó sospechas sobre que León sostuviera una relación extramatrimonial, siendo la otra parte de esta supuesta relación responsable o cómplice del faltante de dinero.

F. J. B.: El testigo refiere ser profesor de derecho informático y da cuenta de su nutrida experiencia y formación en el tema. Refiere que fue consultado por el hecho de autos, por lo cual brindó una opinión legalmente informada al respecto. La situación en sí lo sorprendió, reflexionando que se trata de “un caso de manual, en el que el problema debió resolverse a los cinco minutos”. Sin perjuicio de referir que no recuerda los horarios exactos de lo acaecido, destaca que el hecho de que el banco llamara al actor a los tres minutos de efectuada la transferencia, demuestra que era consciente de sus obligaciones de seguridad.

Afirma que escuchó ambas llamadas telefónicas del banco y que quien llama al Sr. León de parte del banco, le insiste que es él quien tiene que hacer algo con esa transacción, cuando a su entender, hasta la carga de la prueba recae en el banco conforme a la normativa del Banco Central de la República Argentina. Agrega que el banco tiene la posibilidad de demorar 24 horas una transferencia si ve algo sospechoso, por eso es que le llama la atención que hayan detectado una falla en 3 minutos y no tomaran ningún curso de acción. A título anecdótico refiere que en Estados Unidos se obliga a los bancos a cumplir con las normas ISO como estándar mínimo de calidad, pero que su cumplimiento no exime de responsabilidad al banco por su accionar.

Consultado sobre la injerencia del cliente en todo el asunto, refiere que debe resguardar la tarjeta de coordenadas, pero aclara que para incumplir esta obligación debería entregar la tarjeta o suministrar todas las coordenadas a alguien,

no bastando con, por ejemplo, simplemente tener la tarjeta visible arriba de su escritorio.

Destaca que en el audio de la comunicación telefónica el Sr. León afirma que no le facilitó a nadie su tarjeta de coordenadas, pero que aún en el supuesto de que hubiese dicho que no tenía ni idea de dónde estaba la tarjeta, ello no exime a la institución bancaria de cumplir con la normativa vigente. También sorprende al testigo que cuando el actor concurre al Banco, vuelve a hablar con el mismo empleado que lo había llamado y en lugar de ofrecerle una solución, lo manda a hacer una denuncia penal.

Reseñadas las declaraciones testimoniales debo recordar que “(...) testigo es la persona física, hábil, extraña al proceso, que viene a poner en conocimiento del tribunal y por citación de la jurisdicción, realizada de oficio, a pedido de parte o de manera espontánea, un hecho o una serie de hechos o acontecimientos que han caído bajo el dominio de sus sentidos (...)” Falcón Enrique M. Tratado de la Prueba. Ed. Astrea. Ciudad de Bs. As. 2009, p. 512.

Debo decir también que la valoración conglobada que haré de las declaraciones testimoniales se enmarcará respecto de lo que han transmitido a la causa y que se relaciona directa y exclusivamente con hechos que han vivido a través de sus sentidos y su propia experiencia.

Es así que he de otorgarles valor probatorio en tanto a los testigos referidos, he de considerarlos idóneos, encontrando veraz el tenor de sus declaraciones —art. 456 del Cód. Proc. Civ. y Comercial— Informe Pericial en Informática —fs. 169/172—: Informa el Lic. Enrique Aníbal Corujo que la transacción aparentemente fraudulenta se habría registrado desde una IP que por investigaciones realizadas, pertenecería a la empresa Claro Argentina y que por tratarse de una operadora de telefonía, salvo en casos excepcionales, las direcciones de IP son asignadas temporalmente a un cliente, para luego así poder asignarlas a otro según la demanda y necesidades. Solicita que se le requiera a esta empresa información precisa respecto a la metodología de asignación de IP públicas a sus clientes, si se tratare de IP pública cuál era la dirección MAC correspondiente a esa IP pública el día y la hora del hecho y a partir de ello, determinar el IMEI

del teléfono correspondiente y desde ese dato el titular de la línea.

Se expide luego sobre el encuadre reglamentario de las operaciones electrónicas asociadas a las cuentas bancarias de los clientes, efectuadas desde un teléfono celular, detallando los canales electrónicos posibles conforme circular A6017 del BCRA. Detalla las condiciones de autenticación —doble autenticación y en al menos uno de los casos, debe aplicarse un criterio de autenticación fuerte— y las acciones para la protección de las transacciones conforme a lo ya referenciado por el BCRA en su informe. En tal sentido, recomienda determinar vía solicitud al Banco Macro y/o al BCRA la metodología de autenticación utilizadas por la entidad demandada a la fecha del incidente.

En el punto V de su dictamen, asevera que “si bien el Sistema Nacional de Pagos en su modalidad Transferencias, según circular A 4229 y sus modificatorias como las circulares A 5113, A 5194, A 5195, A 5230, A 5302, no establece un mecanismo automático para la reversión de una transferencia realizada, siempre existen mecanismo interinstitucionales, que pueden gestionar la detención o rechazo de una transferencia, o realizar la correspondiente devolución en el siguiente ciclo de compensación. En la misma circular A 5230, el Banco Central hace recomendaciones respecto a la detección sobre operaciones o actividades “no habituales”, así como las medidas a adoptar para su impedimento, diferimiento o reversión. Si bien, como se mencionó anteriormente, el Banco adoptó medidas para la detección de transacciones inconsistentes con el comportamiento habitual del cliente, no parece haber aplicado ninguna de las recomendaciones enunciadas por el BCRA en la mencionada circular, aún cuando tras la comunicación con el cliente, éste niega la legitimidad de la transacción en cuestión (...) se sugiere solicitar al Banco Macro informe qué herramientas o metodologías tiene adoptadas actualmente y cuáles al momento del incidente que permitieran una segunda autorización, retención, cancelación o reversión de una operación ante una transacción de estas características”.

Impugnación del informe Pericial en Informática por el Banco Macro SA —fs. 175—: Sostiene la responsabilidad del usuario en el resguardo

de las credenciales, siendo responsabilidad de la entidad según circular A 5374 capacitar y concientizar al usuario sobre este tipo de ataques. Expresa la parte impugnante que “(...) 5) nos parece correcto el análisis, es el Banco el que debe presentar las evidencias sobre el incidente y su resolución. Sin embargo el perito oficial debe mantenerse o hasta tanto se analicen las evidencias y no sacar conclusiones. La frase s.r.d.b.e.h.p.c.c.l.t.p.a.c.c.t.l.a.y.p.n.p.s.d. es tendenciosa y no corresponde decirla en ese momento. Adherimos a la solicitud de informes que para ampliar la pericia solicita el experto porque su respuesta permitirá al Sr. Juez visualizar correctamente una cuestión que necesita de una buena información para su resolución”.

Reseñado tanto el informe pericial como su impugnación se observa que esta última no tiene calidad de contrapericia. Asimismo, tengo presente que las discrepancias valorativas materia de impugnación serán objeto de análisis en este decisorio.

Asimismo, no puedo soslayar que en tanto el perito solicitó información complementaria en poder de una de las partes —el Banco Macro SA—, sobre este punto existe una declaración de negligencia de fecha 18/02/2020.

En consecuencia, conforme a la ponderación del informe pericial en informática en cuestión en los términos del art. 386 del Cód. Proc. Civ. y Comercial, corresponde otorgarle a ésta valor y eficacia probatoria de acuerdo con el 477 del CPCC, sin perjuicio de que la tarea de atribuir las responsabilidades del caso corresponden al suscripto y no al perito, correspondiendo adentrarme ahora en tal tarea.

VI. La responsabilidad civil.

VI.1. Banco Macro SA

Para determinar la responsabilidad que el actor endilga a la entidad financiera Banco Macro SA no puede soslayarse que se está ante una relación de consumo con aplicación plena del plexo legal consumeril.

Asimismo, para dar solución al caso tengo presente que en el marco legal aplicable la responsabilidad es objetiva, por lo que habrá que inte-

rrogarse necesariamente si se ha probado o no por parte de quien tenía la carga de hacerlo, si el Sr. León en el marco de la transferencia debatida desde la cuenta identificada como ... del Banco Macro SA por el monto de \$16.900 a una cuenta correspondiente al Banco Supervielle identificada como N° ..., CBU ... el día 23/01/2013 ha tenido participación voluntaria o no.

De la prueba producida no se observa que el Sr. León o persona autorizada por él haya tenido participación voluntaria en la creación y ejecución de la transferencia puesta en crisis.

No puede soslayarse que en la secuencia de hechos es el propio banco el que alerta al Sr. León a través del Sr. Villagrán de lo que estaba ocurriendo, siendo que el actor desconoció la operación realizada en la cuenta, lo cual es respaldado por la declaración del testigo A.

Debo recordar que de acuerdo con la calificación que las partes han dado a la relación contractual existente entre ellas —cuenta corriente bancaria— son cuatro los servicios identificados por la doctrina que el banco presta en el marco de esta contratación: el servicio de custodia, el servicio de caja, el servicio de pago de cheque y el servicio de crédito.

Respecto de ese primer servicio, que es el que aparece en juego en este caso, se ha dicho que “los bancos como depositarios del dinero se encuentran, en principio, en la condición prevista por la legislación de fondo respecto de los depositarios en general, ya que existen derechos y obligaciones en cuanto a su tenencia y restitución similares a las de cualquier otro, con la adecuación que supone el tratarse de un depósito irregular, ya que se transfiere al depositario la propiedad de la cosa y éste se obliga a devolver la misma cantidad y especie de cosas depositadas, que pueden ser dinero o títulos. En definitiva, el depósito bancario es un contrato por el cual el cliente transfiere dinero al banco y éste se obliga a devolverlo en el tiempo convenido” (Camerini, Marcelo A., “La actividad bancaria y la responsabilidad civil”, RC D 549/2015, p. 7).

Entonces, si no media probada participación voluntaria del Sr. León o persona autorizada para operar en la cuenta como he determinado de la prueba producida en autos, es la entidad banca-

ria quien ha incumplido su obligación como depositaria de los fondos del cliente.

Así, en el marco de los hechos debatidos los fondos en cuestión han sido “dispuestos” mediante transferencia a cuenta correspondiente a otro titular, sin que medie voluntad ni participación por parte del Sr. León y sin haberse probado tampoco su contribución a que ello suceda por parte de otra persona autorizada al efecto, lo que implica una vulneración a la seguridad que el banco debe brindar.

De todos modos, pese a la adjudicación de responsabilidad que pretendió hacer la entidad bancaria en cabeza de León por la “no protección” de las contraseñas o de la tarjeta de coordenadas o de divulgar las respuestas a las preguntas de la seguridad, ello no ha sido probado en autos, cuando quién tiene la carga de hacerlo es la propia entidad bancaria.

Es decir, la conjetura transformada en sospecha por parte del representante del Banco en desmedro del cliente no solo no conjura la responsabilidad de la entidad bancaria como parte especialmente profesionalizada de la relación contractual sino que pone en crisis el trato digno que debe conferírsele por obligación legal de la LDC.

Así, incumple la entidad bancaria como depositaria la obligación de devolver igual suma a la que obraba en la cuenta del cliente ante esta situación de vulneración de la seguridad, pues detectada prontamente la operación —el propio empleado del Banco Macro SA refiere al actor en comunicación telefónica que saltó una alarma por lo inusual del lugar en que se realizó la transacción— no realiza en tanto representante de la entidad ninguna acción tendiente a revertirla.

La segunda comunicación, en la que entiendo se vislumbra de manera palmaria el trato inadecuado que no califica como digno al usuario, se extiende por 24 minutos y en dicho diálogo se insiste en el uso de la contraseña, si se comparte la misma, uso de las computadoras, sistema operativo, antivirus, firewall; y persevera el Sr. Villagrán empleado de la sucursal local del Banco Macro SA en su teoría de que la esposa del Sr. León haya efectuado la transferencia, cuando ya se le había dicho que no poseía la clave de acceso.

Se observa aquí que ha sido una postura permanente del Sr. León la de desconocer la operación, y que ello fue con inmediatez y contemporaneidad a la ocurrencia de la irregularidad en su cuenta informada por el propio banco demandado.

Y todo este derrotero concluye en la derivación del Sr. León a realizar una denuncia penal, consultando aquél si debía pedir la restitución de los fondos, respondiendo el empleado bancario que ello no debía ser objeto de solicitud al momento de denunciar, sí en cambio que se investigue el destino de dichos fondos y los datos de quien recibiera la transferencia.

A raíz de esto surge de la prueba de autos que el Sr. León obró consecuentemente con toda la diligencia que le impone la entidad bancaria a través de su representante, acudiendo a ésta y efectuando la correspondiente denuncia conforme surge de fs. 130/133 y de informe recabado mediante medida de mejor proveer respecto de Expte. penal “Calderón, Andrea N. s/ estafa” Legajo MPF-VI-0 0347-2017 del registro de la Unidad Fiscal Temática N° 2.

He de volver ahora al uso de la contraseña y su divulgación —divulgación que insisto, no ha sido acreditada en autos—, en tanto me parece de importancia cabal analizar ciertas cláusulas que son de estilo en la contratación bancaria.

En las condiciones generales que obran agregadas a fs. 27/28 se establece que el cliente accede al servicio “ClienteSi Servicio Integral” a través de un código de identificación personal que será de su exclusivo conocimiento, debiendo cambiar el suministrado por el banco en la primera operación que realice, no pudiendo asignar como nuevo código su identificación personal, su fecha de nacimiento u otro que pudiera obtenerse fácilmente. Se establece luego, a lo largo del segundo y tercer párrafo, que “la identificación que el cliente elija como clave de acceso a este servicio es secreta, única e intransferible y por lo tanto el cliente asume las consecuencias de su divulgación a terceros, liberando al Banco de toda responsabilidad que de ello derive. El cliente deberá adoptar las medidas de seguridad que se establezcan para el uso de este servicio (...) El cliente asume toda consecuencia jurídica del uso del sistema y acepta expresamente no

oponer defensas basadas en el uso de su clave de acceso personal. En caso de discrepancias en las operaciones realizadas a través de estos servicios, se tendrán por válidos los registros del Banco. A este efecto, el Cliente faculta al banco a utilizar cualquier medio y/o sistema para acreditar la existencia y pertenencia de la orden cursada. El Cliente acepta expresamente no cuestionar la idoneidad y/o habilidad de esa prueba”.

Sin perjuicio de que es dable destacar nuevamente que el Banco no ha acompañado sus registros como para aclarar la discrepancia, la solicitud acompañada, que reúne las características de un formulario predispuesto, incluye en lo que aquí interesa dos cláusulas abusivas, en tanto se limita la oposición de defensas por parte del usuario del servicio y en cierta medida, también su libertad probatoria. En tal sentido, la resolución 53 del 21/04/2003 de la entonces llamada Secretaría de Competencia, la Desregulación y la Defensa del Consumidor establece que “Son consideradas abusivas las cláusulas que: (...) e) Impongan al consumidor cualquier limitación en el ejercicio de acciones judiciales u otros recursos, o de cualquier manera condicionen el ejercicio de sus derechos, especialmente cuando: I. Se disponga que las acciones judiciales puedan entablarse en jurisdicción distinta del lugar del domicilio del consumidor al tiempo de la celebración del contrato, excepto cuando se disponga que la acción se entable en el lugar del domicilio real del consumidor al tiempo en que aquélla se inicie. II. Se limiten los medios de prueba, o se imponga la carga probatoria al consumidor, salvo previsión en contrario autorizada por normas legales especiales. III. Se limite la facultad de oponer excepciones, recusaciones u otros recursos”.

De este modo, es que implicando estas cláusulas una clara restricción de los derechos del consumidor en los términos del art. 37 inc. b) de la ley 24.240, corresponde tenerlas por no convenientes.

Al respecto ha dicho la jurisprudencia ante un supuesto similar: “En autos, el actor denuncia la extracción de fondos de su cuenta bancaria (caja de ahorros) realizada por terceros no autorizados, circunstancia que fue puesta en conocimiento de la entidad bancaria demandada, quién guardó silencio ante el reclamo de su

cliente. Frente a ello, cabe señalar que las entidades bancarias, al encontrarse en una posición ventajosa frente al consumidor —que es la parte débil de la contratación—, son las que ostentan la información y todas las aptitudes técnicas para aportar los elementos de prueba necesarios para dirimir un conflicto suscitado con un usuario determinado, por lo que debe ser el banco quién pruebe que no se ha producido una falla en el sistema. De igual modo, se sostiene que no es imposible per se adivinar un código PIN basándose en los sistemas de probabilidad, lo que se traduce a nivel legal en una inversión de la carga de la prueba. Y a ello se agrega que en la actualidad no es inusual la implementación de técnicas delicativas que permiten copiar las tarjetas que se introducen en los cajeros automáticos y conocer, al mismo tiempo, la clave de acceso y demás datos requeridos por el cajero automático para reconocer al usuario, por lo que las entidades bancarias, en cumplimiento de su deber de seguridad, no pueden desentenderse de su responsabilidad ante posibles fraudes denunciados por sus clientes alegando que la entrega de la tarjeta es personal y que solamente el usuario conoce o debe conocer su clave de acceso al sistema” (Pérez, Ramón Argentino vs. BBVA Banco Francés SA s/ daños y perjuicios, CCCLM Sala II, Neuquén, 27/10/2016; Rubinzal Online; 467077/2012; RC J 6354/16).

Vale asimismo traer a colación que “(...) la actividad bancaria adquiere día a día mayor incidencia en la sociedad moderna, es dable exigir a las entidades financieras que obren con la atención y cautela que se corresponda con tal trascendencia, a fin de evitar la atribución de responsabilidad de conformidad con lo exigido por el ya citado artículo 902, Cód. Civil. Bajo este enfoque es que, frente al cliente, el banco asume responsabilidades derivadas no sólo de una relación contractual determinada, sino las que simplemente son consecuencia de la relación banco-cliente, aunque no hubiera contrato concluido formalmente, cuando existan relaciones contractuales de hecho o aún de subyacentes contratos a favor de terceros, donde el cliente asume el rol de beneficiario (cfr. esta CNCom., esta Sala A, 20/09/2007, ‘Caruso, Rubén D. y otros c. Banco de Galicia y Buenos Aires’, cit. precedentemente; ídem Barbier, ob. cit. supra, ps. 541/3). Con fundamento en esa relación —cualquiera sea la índole o modalidad que asuma en el caso con-

creto—, cabe señalar que la entidad financiera posee el deber de custodia y seguridad de los fondos que —de algún modo u otro— le han sido confiados, deber que involucra —vale destacarlo— la vigilancia sobre la operatoria que tiene lugar dentro del ámbito de esa institución”. (Conf. CNACom., Sala A, en autos “Marques Iraola, Eduardo y otro c. BankBoston NA y otro s/ ordinario”, voto de los Dres. Kölliker Frers - Míguez - Uzal, 11/03/2013).

También se ha dicho que “Parece de toda obviedad que la conducta del banco no puede apreciarse con los parámetros aplicables a un neófito, sino que debe ajustarse a un standard de responsabilidad agravada (conf. CNCom., esta Sala, ‘Giacchino, Jorge c. Machine & Man’, del 23/11/1995, *id.*, *id.*, ‘Molinari, Antonio F. c. Tarraubella Cía. Financiera SA’, del 24/11/1999, Doctrina Societaria, Ed. Errepar, T. XI, p. 905; entre otros). No puede otorgarse un tratamiento similar a sujetos diferentes en aspectos sustanciales: poder de negociación, experiencia y conocimientos (cfr. Mosset Iturraspe, Jorge ‘Introducción al Derecho del Consumidor’, Revista de Derecho Privado y Comunitario N° 5, ed. Rubinzel - Culzoni, Santa Fe, 1996, p. 11). Bajo tal óptica examinaré las consecuencias que derivan de la conducta asumida por la entidad demandada” (Conf. CNACom., sala B, en los autos “S., M. S. c. Banco Credicoop Coop. Ltda. SA y otros s/ ordinario”, causa N° 59.943, 15/06/2018).

Ahora bien, fuera de la normativa y disposiciones que estimo incumplidas por la entidad bancaria y que ya fueran objeto de descripción, es de consideración insoslayable que pesaba en cabeza de tal entidad la obligación de realizar todas las gestiones tendientes a esclarecer lo sucedido de forma expedita.

Sin embargo, en autos, el banco demandado no adoptó la conducta que el ordenamiento, por cierto protector de los derechos del Sr. León, en el marco de profesionalidad que ostenta la entidad bancaria le exige.

Así, ni bien ocurrido el hecho, reitero, volcó todas sus sospechas sobre el accionar del cliente, manejando como hipótesis que la transferencia haya sido hecha por la cotitular de la cuenta sin su consentimiento, que no haya guardado el resguardo de las claves de acceso o coordinadas a

utilizar en las transferencias e incluso llegando a atribuir el “ardid” a una manera de remitirle dinero a una persona con quien lo unía una relación extramatrimonial, cuestión esta última que relata el testigo A. en detalle, identificándola como la que más afectación produjo al honor y valores del Sr. León.

Tampoco en la instancia judicial ha habido diligencia de parte del accionado: no ha acompañado el resumen de cuenta del actor, no ha producido prueba tendiente a acreditar las faltas que a este atribuye y aún adhiriendo al pedido de información ampliatoria del perito informático, no ha acercado al proceso información que nos ilustre respecto a cuáles eran los recaudos de autenticación y seguridad que a la fecha del hecho aplicaba la entidad bancaria, en el marco de las posibilidades reglamentarias previstas por el Banco Central de la República Argentina.

Se sabe que “El banco es una institución profesional con un elevado grado de sofisticación en sus productos, y con un ofrecimiento masivo de los mismos, lo que permite calificar las relaciones que establece con sus clientes dentro del campo de los vínculos profesionales, caracterizados por un desnivel cognoscitivo relevante. Dentro del espectro de clientes no profesionales, existe una categoría que comprende a aquellos que obtienen los productos bancarios para su consumo final y pueden ser calificados como consumidores. Si bien todos los clientes que se relacionan con el banco soportan una desigualdad cognoscitiva, muchos de ellos pueden neutralizarla con recursos propios, como ocurre con la generalidad de las empresas; otros pueden verse favorecidos por las reglas generales del Derecho común y bancario, ya que establecen deberes de información cuyo propósito es recomponer esta asimetría informativa” (R. Lorenzetti, “Tratado de los Contratos”, T. III, Ed. Rubinzel Culzoni, 2000, p. 426).

Debe recordarse nuevamente que el sistema de reparación de daños a consumidores es objetivo y solidario. Ello significa que para que el demandado pudiese librarse de aquella responsabilidad —objetiva— debió demostrar que la causa del daño le es ajena (conf. art. 40, *últ. pár.* de LDC).

Como ya he reiterado a lo largo del presente decisorio, es evidente que la empresa demanda-

da, en función de su presumida profesionalidad, es quien está en mejores condiciones para acreditar ciertos extremos y además conforme a los lineamientos proteccionistas —art. 3 LDC, 1094 y 1095 CCyC— del régimen de responsabilidad aludido, en su cabeza está la carga de probar eximentes limitativas o exonerativas de responsabilidad, pues el actor —consumidor— está relevado de la prueba de la incidencia causal.

Así, conforme a la prueba producida en autos no se observa que haya mediado un ejercicio voluntario por parte del actor ni de otra persona autorizada en uso de la plataforma digital que el banco le ofrece como cliente. Asimismo, se agrega que el obrar posterior por parte del Sr. León al acaecimiento de la transferencia puesta en crisis es conteste con la diligencia esperable a un consumidor diligente en esa situación pues el Sr. León acudió inmediatamente al banco y asesorado por el Sr. Villagarán siguió todas las indicaciones y contestó todas las preguntas, como así también efectuó las denuncias correspondientes.

Entonces, a tenor de los elementos probatorios ya reseñados y valorados en autos, surge como consecuencia que el Banco Macro SA ha incumplido con el deber de seguridad que se encuentra implicado en toda contratación enmarcada en la Ley de Defensa del Consumidor, así como también con el deber de custodia de los fondos de su cliente y con las normativas que el Banco Central de la República Argentina informa en estos autos, ante el desconocimiento de la operación por su cliente. Observo también que el trato brindado al usuario del servicio en la etapa en la que acude el Sr. León a comunicarse con la entidad bancaria no ha reunido la calidad de digna requerida por la normativa vigente (arts. 8 bis de la ley 24.240 y 1097 del CCyC), lo cual también trasunta un incumplimiento grave de una obligación legal.

Concluyo entonces que corresponde hacer lugar a la demanda, toda vez que con su obrar la entidad financiera demandada ha infringido las obligaciones contractuales existentes a su cargo, lo que ha provocado daños al actor con adecuada relación de causalidad, todo ello valorado en relación al marco protectorio al consumidor de orden público y de génesis constitucional de nuestro ordenamiento jurídico; todo ello sin perjuicio del elemento daño que se tratará en Considerando VII.

VI.2. Banco Supervielle SA:

No se observa, de la prueba producida en autos y en el modo en que se desarrollaron los hechos que dicha entidad bancaria ostente un accionar reñido con la normativa vigente en materia de derecho del consumidor, ni tampoco una conducta que causalmente pudiese haber tenido incidencia en la producción de daño que reclama aquí el Sr. León.

En consecuencia, de acuerdo con el marco legal aplicable no observo que la conducta del Banco Supervielle SA, en este caso particular, se traduzca en responsabilidad por el acaecimiento de los hechos debatidos en autos respecto del actor ni con relación al Banco Macro SA.

En consecuencia, establezco que los efectos de la declaración de responsabilidad en cabeza del Banco Macro SA no se extienden al citado como tercero.

VII. El Daño reclamado. Rubros indemnizatorios pretendidos.

Corresponde ahora dilucidar la procedencia de cada rubro reclamado, y en caso de corresponder, la cuantificación de los mismos conforme la prueba producida para demostrar su alcance.

El daño es “...todo perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria que afecte en forma cierta a otro, a su patrimonio, a su persona, a sus derechos o facultades... (CSJN, 22/12/1993, ED, 157-581)”; “...es un componente inseparable del acto ilícito (T.S. de Córdoba, Sala CCom. CAdm., 12/12/1986. LA LEY, C-1987, 438)”; ya que “...si no hay daño, directo ni indirecto, no hay acto ilícito punible para los efectos de este código (CN-Civ., Sala B, 28/09/1984, ED, 112-233)”. Además, “...debe ser cierto y actual para que pueda existir resarcimiento (CSJN, 07/03/1985, ED, 113-612), pero es indemnizable también la frustración de la probabilidad de éxito, cuando por sus características supera el parámetro de daño eventual para constituirse en un perjuicio cierto y resarcible (CSJN, 28/04/1998, LA LEY, 1998-C,322); pero el mero estado de riesgo no es indemnizable si no hay daño”. (Conf. Jorge Mosset Iturraspe y Miguel A. Piedecabras, Código Civil Comentado RC, Ed. Rubinzal Culzoni, 2005, ps. 25, 33).

En este sentido, la Corte Suprema, en “Provincia de Santa Fe c. Nicchi”, juzgó que resultaba inconstitucional una indemnización que no fuera ‘justa’, puesto que ‘indemnizar es (...) eximir de todo daño y perjuicio mediante un cabal resarcimiento’, lo cual no se logra ‘si el daño o el perjuicio subsisten en cualquier medida’ (Sent. del 26/06/1967, Fallos: 268:1121, considerandos 4º y 5º). Sentado ello, la actora identificó como rubros cuya indemnización pretende el daño directo, daños moral y punitivo.

VII.1. Daño directo:

El daño directo, conforme art. 40 bis de la LDC es todo perjuicio o menoscabo al derecho del usuario o consumidor, susceptible de apreciación pecuniaria, ocasionado de manera inmediata sobre sus bienes o sobre su persona, como consecuencia de la acción u omisión del proveedor de bienes o del prestador de servicios.

Reclama por este rubro la actora la suma de \$16.900, suma que se entiende constatada conforme a lo informado no solo por el propio actor sino también por el Banco Supervielle SA —fs. 19— respecto de la cuenta N° ... CBU ...

Habiéndose probado el monto de la transferencia que aparece como efectuada desde la cuenta del Sr. León, corresponde su reconocimiento a tenor de lo prescripto por el art. 40 bis de la ley 24.240.

Dicha suma actualizada desde el día 23/12/2013 a la fecha de la presente conforme calculadora oficial del Poder Judicial asciende a \$70.424,96, monto que deberá ser abonado a la parte actora en el plazo de 10 días de que la presente quede firme y de ahí en más devengará intereses conforme a calculadora oficial del Poder Judicial o la que en lo sucesivo el STJ fije.

VII.2. Daño moral:

Se entiende al daño moral como “...una modificación disvaliosa del espíritu en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, traducido en un modo de estar de la persona diferente de aquél que se hallaba antes del hecho, como consecuencia de éste y anímicamente perjudicial...” (Cfr. Jorge Mosset Iturraspe,

“Responsabilidad por Daños”, Ed. Rubinzal Culzoni 2006, T. V, ‘Daño Moral’, p. 118).

Se ha sostenido en reiteradas oportunidades que “...no existen pautas exactas para su cuantificación (sobre el daño moral) y que es difícil precisar el sufrimiento de quien lo ha padecido. Al decir de Morello, Sosa y Berizonce (Códigos Procesales..., T. II, p. 239), (...) “ que el monto del daño moral es de difícil fijación, que no se halla sujeto a cánones objetivos, ni a procedimiento matemático alguno, correspondiendo atenerse a un criterio fluido que permita computar todas las circunstancias del caso, sobre la base de la prudente ponderación de la lesión a las afecciones íntimas de los damnificados y a los experimentados, hallándose así sujeto su monto a la circunscripción y discrecionalidad del juzgador”. (Cfr. CACiv Viedma “Céspedes, Narciso c. Pfund, Raúl O. y otros s/ daños y perjuicios (Ordinario) 21/03/2017.

En el ámbito contractual “el daño moral se concibe como el menoscabo o la desconsideración que el incumplimiento puede ocasionar en la persona damnificada, padecimientos psicofísicos, inquietudes o cualesquiera otras dificultades o molestias sufridas en el goce de los bienes o afecciones legítimas y, en general, toda clase de padecimientos espirituales (cfr. CCCRos, Sala I, 05/09/2002, ‘Capucci c. Galavisión VCC SA’, Zeus 91-J-245; v. tb. Bustamante Alsina, Jorge, Teoría General de la Responsabilidad Civil, 1997, p. 205, N° 557; Orgaz, Alfredo, El daño resarcible, p. 264), aclarándose que no todo incumplimiento contractual aparece ‘per se’ daño moral, dependiendo su admisión de la apreciación del juez en cuanto al hecho generador del perjuicio y de las circunstancias del caso, pues no puede sustentarse en cualquier molestia que se origine en la insatisfacción de las prestaciones contractuales, sino que es preciso que el incumplimiento trascienda de lo meramente material involucrado en lo contractual, a lo emocional, es decir, la noción del agravio moral se vincula al concepto del desmedro extrapatrimonial o lesión a los sentimientos personales, no equiparables ni asimilables a las meras molestias, dificultades, inquietudes o perturbaciones que pueda provocar el incumplimiento contractual, ya que tales vicisitudes son propias del riesgo de cualquier contingencia negocial (conf. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial Sala 1, Rosario, Santa Fe en:

Ac. N° 470 del 28/12/2011, causa 'Volpatto c. Cali'; Ac. N° 407 del 11/11/2011, causa 'Fernández c. Wulfson'; Ac. N° 391 del 04/11/2011, causa 'Testa c. Gorriño', entre otros). (Conf. CACivil Viedma, en autos caratulados "Telic, Vladimiro R. c. Volkswagen Compañía Financiera s/ daños y perjuicios (Ordinario)", 31/05/2017).

Al respecto, cabe destacar que la conducta desplegada por la demandada no se condice con el carácter profesional y el grado de especialización que reviste en la materia contractual de esta especie, lo que debido a su "(...) superioridad técnica y una mejor posición para acceder a las herramientas que permitan el normal desenvolvimiento de la relación contractual; ello, debe traducirse en un mayor grado de colaboración para con el cliente. Consecuentemente, debe asumir los riesgos provenientes de esa actividad, y por ende, los daños generados por su propia negligencia en caso de haberlos producido. La actitud esperable del accionado era que le informe a su cliente (...)" (CNACyCFed, Sala 2, en autos "Herrero, Elbio A. c. Banco de la Provincia de Buenos Aires y otro s/ daños y perjuicios", causa 4249/10, Voto de los Dres. Ricardo Víctor Guarinoni - Silverio Gusman, 29/12/2016).

A ello agrego que el capítulo de daño moral en el marco del derecho del consumidor y aplicado al caso está relacionado directamente con el causado por el disvalor del cumplimiento en cuanto a una prestación deficiente del servicio de productos financieros que pesa en cabeza de la demandada en favor del actor.

Así, en los mecanismos de atención al cliente no basta con detectar el problema como lo hizo el banco a través de su representante Sr. Villagrán, sino que dicha actividad debe ir rodeada de la eficacia en el manejo del reclamo, y de un tratamiento del cliente en adecuado parámetro de equilibrio respecto de su calidad de consumidor en cuanto a su satisfacción, lo que se traduce en la calidad del trato exigido por la ley.

No se soslaya tampoco lo que refirió el testigo A. respecto del malestar emocional que causó la situación al Sr. León.

Esas cuestiones determinadas en autos me generan la convicción de que han causado en el actor suficiente impotencia y sufrimiento con

repercusión en su esfera espiritual, lo que se traduce como daño moral que debe ser resarcido.

De ese modo, teniendo en cuenta la índole del hecho generador de responsabilidad, la entidad del sufrimiento causado, de acuerdo con las previsiones del art. 165 del Cód. Proc. Civ. y Comercial, considero razonable hacer lugar a este rubro por la suma de \$100.000 con más una tasa pura del 8% anual lo que equivale al 0,66 mensual o 0,022 diario desde la fecha del hecho dañoso, esto es el 23/01/2013 hasta la fecha de sentencia - 8 años, 4 meses, y 24 días o un total de 3068 días lo cual totaliza un 67,49 % lo que hace, en consecuencia, que la suma ascienda a \$167.490 a la fecha de la presente, todo lo anterior conforme a parámetros del fallo del STJ "Garrido, Paola C. c. Provincia de Río Negro s/ ordinario s/ casación" de fecha 15/11/2017, Sent. N° 89 el que deberá ser abonado a la parte actora en el plazo de 10 días de que la presente quede firme y de ahí en más devengará intereses conforme a calculadora oficial del Poder Judicial o la que en lo sucesivo el STJ fije.

VII.3. Daño punitivo:

Se reclama por este rubro de manera conjunta con el daño moral la suma de \$230.000.

Pese a la conveniencia que ya he destacado de aportar mayor claridad al juzgador al momento de determinar los rubros resarcitorios, pasaré por alto la forma conjunta en que se realiza el reclamo del daño moral y el daño punitivo, en tanto la doctrina se ha expedido en el sentido de que no es un requisito del pedido de aplicación de daños punitivos su determinación numérica expresa.

El Artículo 52 bis de la Ley 24.240 dispone: "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 guardará 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”.

Al respecto el STJ tiene dicho: “(...) en palabras de Pizarro, define a los daños punitivos como 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. También este autor considera que cuando el demandado en forma deliberada o con grosera negligencia causa un perjuicio a otro, se pueden aplicar estas puniciones que se denominan daños ejemplares, agravados, presuntivos, o simplemente Smart Money (conf. Pizarro, Ramón D., “Daños Punitivos”, en “Derechos de Daños —Segunda parte—”, p. 287). Entonces se trata, cómo su nombre lo indica, de sumas de dinero que el victimario de un ilícito debe desembolsar a favor de la víctima, ya no para compensar el daño efectivamente sufrido, sino como sanción impuesta por la norma en virtud del despliegue de determinadas conductas, es decir con función ya no compensadora, sino punitoria”. (STJRNS1 Se. 100/10 “Parra”).

También se ha dicho que “(...) el presupuesto de hecho que determina la aplicación de la indemnización punitiva es de una extrema laxitud y se encuentra en pugna con todos los antecedentes de la figura en el derecho comparado. La ley dispone su procedencia con relación al proveedor que no cumpla con sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, sin exigir ningún otro requisito, lo cual es absolutamente excesivo. No cualquier ilícito (contractual o extracontractual) debería ser apto para engendrar una sanción tan grave, sin riesgo de un completo desquiciamiento del sistema. 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 enriquecimientos 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” (Pizarro, Ramón. D. Stiglitz, Rubén S. “Reformas a la ley del consumidor”, LA LEY, 16/03-/2009, LA LEY, 2009-B, 949”).

(Conf. Cámara Cuarta de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba, en autos caratulados “Defilippo, Darío E. y otro c. Parra Automotores SA y otro— abreviado— cumplimiento/resolución de contrato...”, Expte. N° 2168020/36, sentencia N° 72, 01/07/2014).

En cuanto a la regla para establecer el monto, debe prevalecer un criterio de equidad que podría expresarse como: “Ni una sanción pecuniaria tan alta que parezca una confiscación arbitraria, ni tan baja que por insignificante no cause efecto alguno en el sujeto obligado: que sea la equidad la base de la estimación: ubicar la equidad en el lugar preciso, que es cuando juega con máximo espacio la discrecionalidad del juzgador. Se ha dicho en tal sentido que no obstante una fuerte mirada hacia el perjudicado, “el juez no puede prescindir de la situación de un dañador no intencional o doloso (...) El derecho no es indiferente a la incidencia que el pago del resarcimiento puede originar en el causante del perjuicio y en su familia. Se busca, por esta vía, evitar su ruina, la quiebra de una empresa, el cierre de un establecimiento” (ver: Mosset Iturraspe, Jorge - Piedecabras, Miguel A., Código Civil Comentado, art. 1069, Responsabilidad Civil, p. 44, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2003) (Cám. 1° Civ. y Com. en “Navarro, Mauricio J. c. Gilpin Nash, David I. —Abreviado— Exp. N° 1745342/36”, Sentencia N°: 181, Fecha: 27/10/2011, Semanario Jurídico: N°: 1846, del 01/03/2012, cuadernillo: 7, tomo 105, año 2012 - A, página: 321). “Molina, Eduardo M. c. Fiat Auto SA de Ahorro Para Fines Determinados y otro s/ sumarísimo, Cámara en lo Civil y Comercial Común, Concepción, Tucumán; 03/06/2016, RC J3744/16”. Efectuado el encuadre de rigor y dadas las circunstancias analizadas del caso, entiendo que el daño punitivo ha de proceder atento a la gravedad del incumplimiento del banco accionado, en tanto una vez detectado un movimiento inusual en su cuenta bancaria, no sólo no desplegó acciones —conforme a su alta profesionalización— dirigidas a investigar o reversionar la transacción, o en caso de que esto fuera imposible por la rápida extracción del dinero en la cuenta de destino, restituir los fondos a la cuenta del Sr. León, sino que constituyó a éste —quien claramente desconoce la operación ante la primera consulta— en el principal sospechoso, lo cual se traduce en el grave incumplimiento de una obligación legal —trato digno—.

En función de lo antes expuesto y teniendo en cuenta el caso particular tratado, y la gravedad del hecho he de cuantificar el daño punitivo a fin de que tenga un real efecto disuasivo ante situación similares en la suma de \$500.000 a la fecha de la presente el que deberá ser abonado a la parte actora en el plazo de 10 días de que la presente quede firme y de ahí en más devengará intereses conforme a calculadora oficial del Poder Judicial o la que en lo sucesivo el STJ fije.

VIII. Por los fundamentos expuestos corresponde hacer lugar a la demanda interpuesta a fs. 5/10 por el Sr. Rodolfo Higinio León y condenar al Banco Macro SA a pagarle en el plazo de 10 días por Daño directo la suma de \$70.424,96, por Daño Moral la suma de \$167.490 y por Daño Punitivo la suma de \$500.000, todos calculados a la fecha de la presente y de ahí en más la tasa de interés conforme a calculadora oficial del Poder Judicial o la que fije en lo sucesivo el Superior Tribunal de Justicia y hasta su efectivo pago. Los efectos de la presente condena no se extienden al citado como tercero Banco Supervielle SA conforme a fundamentos dados en Considerando VI.2.

IX. Costas y honorarios:

Las costas del proceso se imponen al demandado Banco Macro SA en su carácter de vencido (art. 68 y cc des del Cód. Proc. Civ. y Comercial).

A su vez, habida cuenta de la pluralidad de partes y de profesionales intervinientes, se deberá tomar en consideración la disposición prevista en el art. 730 Cód. Civ. y Comercial, según la cual la responsabilidad por el pago de las costas no debe exceder del 25 % del monto de la sentencia, debiéndose —en caso de que las regulaciones a practicarse según las leyes arancelarias locales superaren dicho porcentaje— proceder a prorratear los montos entre los beneficiarios, sin tener en cuenta el monto de los honorarios de quienes hubieran asistido a la parte condenada en costas.

En tal sentido, se debe tener en cuenta que de computarse para los vencedores el 15 % + 40 % y las etapas cumplidas, y 5 % para el perito, todo ello sobre la acción principal, excluidos los honorarios profesionales de los letrados de la condenada en costas, se alcanzaría una cifra del orden de \$346.829,03 siendo que el tope del 25 % (art. 730 Cód. Civ. y Comercial) sería la de

\$184.478,74 monto éste que representa aproximadamente el 53,1915 % de la primer suma, por lo que se determinarán a prorrata los honorarios correspondientes, fijándose además en concordancia con ello, por elementales razones de equidad, los honorarios de los profesionales de la condenada en costas.

Asimismo, y en función de la tarea profesional desplegada en autos, medida en su extensión, calidad y eficacia he de regular los honorarios de los representantes del Sr. Rodolfo Higinio León, Dres. Raúl José Cámpora, Daniela Andrea Bellini Curzio y Alejo Domínguez Masciale en conjunto en la suma de \$... (coef. 53,1915 % de 15 % + 40 %), del Dr. Lucas Alberto Bollero en la suma de \$... (coef. 53,1915 % de 15 % + 40 %) por la representación del citado como tercero Banco Supervielle SA, de los Dres. Mauricio Josué Yearson y Paula de la Paz Bagli en conjunto en la suma de \$... (coef. 53,1915 % de 11 % + 40 %) por la representación del demandado Banco Macro SA —MB. \$737.914,96— (Art. 6, 7, 8, 9, 10, 11 y concordantes de la Ley G 2212).

No se regulan honorarios de la Dra. Verónica Miguens —fs. 83— en tanto no ha acreditado matrícula profesional en la Provincia de Río Negro.

Regular los honorarios del perito en informática Lic. Enrique Aníbal Corujo en la suma de \$19.625,40 (coef. 53,1915 % del 5 %) (Conf. arts. 18, 19 y cc de la Ley N° 5069).

Por los fundamentos expuestos, resuelvo: I. Hacer lugar a la demanda interpuesta por el Sr. Rodolfo Higinio León a fs. 5/10 y condenar al Banco Macro SA a pagarle en el plazo de 10 días por Daño directo la suma de \$70.424,96, por Daño Moral la suma de \$167.490 y por Daño Punitivo la suma de \$500.000, todos calculados a la fecha de la presente y de ahí en más y hasta su efectivo pago la tasa de interés conforme a calculadora oficial del Poder Judicial o la que fije en lo sucesivo el Superior Tribunal de Justicia. Los efectos de la presente condena no se extienden al citado como tercero Banco Supervielle SA conforme a fundamentos dados en Considerando VI.2. II. Imponer las costas a la parte demandada Banco Macro SA (art. 68 del Cód. Proc. Civ. y Comercial). III. Regular los honorarios de los honorarios de los representantes del Sr. Rodolfo Higinio León, Dres. Raúl José Cámpora, Da-

niela Andrea Bellini Curzio y Alejo Domínguez Masciale en conjunto en la suma de \$... (coef. 53,1915 % de 15 % + 40 %), del Dr. Lucas Alberto Bollero en la suma de \$... (coef. 53,1915 % de 15 % + 40 %) por la representación del citado como tercero Banco Supervielle SA, de los Dres. Mauricio Josué Yearson y Paula de la Paz Bagli en conjunto en la suma de \$... (coef. 53,1915 % de 11 % + 40 %) por la representación del demandado Banco Macro SA y —MB. \$737.914,96— (Art. 6, 7, 8, 10, 11 y concordantes de la Ley G 2212). Notifíquese y cúmplase con la Ley D 869. IV. Regular los honorarios del perito en informática Lic. Enrique Aníbal Corujo en la suma de \$... (coef. 53,1915 % del 5 %) (Conf. arts. 18, 19 y cc de la Ley N° 5069). V. Regístrese, protocolícese y notifíquese. — *Leandro J. Oyola.*

PHISHING

Préstamo obtenido mediante una estafa. Medida cautelar. Suspensión de débitos. Protección del consumidor. Verosimilitud del derecho. Peligro en la demora. Procedencia.

1. — La ponderación de los hechos y elementos aportados al proceso a la luz del principio in dubio pro-consumidor abastece, con la suficiencia cautelar exigible, la verosimilitud del derecho, máxime cuando por el momento, no se han arrimado elementos que den cuenta que la entidad bancaria hubiere prevenido en concreto de los riesgos de su cliente que sufrió una estafa telefónica. Antes bien, repárese que el deber de información para el correcto uso de los medios electrónicos para la celebración de un contrato de consumo, contemplado expresamente por el legislador en el art. 1107 del Código Civil y Comercial y que recae en el proveedor, parte del supuesto de que el consumidor carece del conocimiento tecnológico que ostenta el primero y no necesariamente conoce o sabe desenvolverse en la Internet, por lo que su situación de vulnerabilidad se ve aumentada por la complejidad técnica de los sistemas y la imposibilidad que tiene de verificar todos los aspectos de la contratación en sí y del producto o servicio antes de efectuar la contratación.

2. — Con relación al peligro en la demora, cabe tener por configurado este requisito, atento la denuncia penal efectuada y la certeza que los descuentos por el préstamo efectuado de efectivizarse, impactarían negativamente en la economía del actor y su familia, amén de los débitos en dólares ya producidos; circunstancia no menor que debe ser atendida con especial cuidado dado el grave marco sanitario imperante desde la aparición de virus COVID-19.
3. — Se demostró con el grado de probabilidad exigible para la materia cautelar, la existencia de un contrato de préstamo bancario cuya eficacia se halla controvertida y cuya ejecución se traduciría, para el accionante en el pago de cuotas periódicas, a través de descuentos en su caja de ahorro abierta en la entidad bancaria accionada.

JCiv. y Com. Nro. 1, La Plata, 09/06/2021. - Nucera, Javier Hernán c. Banco BBVA Argentina SA s/ materia a categorizar.

[Cita on line: AR/JUR/84966/2021]

1ª Instancia.- La Plata, junio 09 de 2021.

Tiénese al peticionante por presentado por parte y constituido domicilio legal y electrónico indicados.

De la acción que se deduce que tramitará según las normas del proceso sumario, traslado a la contraria por diez días (art. 320 del Cód. Proc. Civ. y Comercial), a quien se cita y emplaza para que la conteste conforme a lo dispuesto en los arts. 354 y 486 del Cód. Proc. Civ. y Comercial y comparezca a estar a derecho, bajo apercibimiento de rebeldía (arts. 484 y 59 del mismo código). Notifíquese con entrega de copias (arts. 120, 135 del Cód. Proc. Civ. y Comercial).

Dejase constancia que en la cedula a librarse se deberá transcribir la leyenda establecida por la ac. 3997 y acompañar como adjunto a la cedula la demanda y documental en traslado mediante la modalidad QR.

Cabe aclarar que si bien el art. 53 —parte primera— de la ley 24.240 establece que todas las

cuestiones en las que se halle involucrado un consumidor, deben tramitar por el proceso de conocimiento más abreviado que rija en la jurisdicción del tribunal ordinario competente; entiendo que en casos como el presente se torna imprescindible desplegar una actividad cognoscitiva que le permitirá al juez valorar los elementos de juicio que las partes incorporen, cumplimentando así la carga de sus afirmaciones, y optimizando el desarrollo bilateral del contradictorio, se hace saber al peticionante que al presente se le conferirá el trámite sumario previsto por nuestro código procedimental (art. 34, 36, 484 del Cód. Proc. Civ. y Comercial y “Radio Sapienza SACII c. Reynoso, Jorge s/ cobro sumario sumas de dinero”, causa N° 119.457, Cámara Segunda, Sala Primera, Reg. Sent. N° 204/15), el que si bien no es el más abreviado, resulta ser el más beneficioso para el consumidor, analizando la cuestión desde su posición de demandado en el proceso (arts. 1094 y 1095 del Cód. Civ. y Com. de la Nación).

Asimismo, hágase saber a la actora que en su carácter de consumidor gozará del beneficio de justicia gratuita previsto por el artículo 53 de la ley 24240 y su correlato provincial previsto en el art. 25 de la Ley 13.133, (T.O. por el art. 28 de la ley 26.361) que alcanza a todas las actuaciones judiciales que se inicien con invocación de un derecho o interés protegido por el régimen consumerista. (doct. fallos CSJN 11/10/2011 Unión de Usuarios y consumidores y otros c. Banca Nazionale del Lavoro SA s/ sumarísimo Eld Dial AA773 DJ, SCBA, Ac. 70.572 del 26/10/2010 Asociación de Defensa de derechos de consumidores c. Municipalidad de Lomas de Zamora s/ amparo, art. 25 de la ley 13.133, 53,55 de la ley 24.240 To, entre otros).

Confírase vista electrónica a la Sra. Agente Fiscal a través del módulo de firma digital, fin de que se expida sobre la aplicación del derecho Consumeril a las presentes actuaciones, y si considera cumplidos los requisitos exigidos por el Art. 36 LDC con la documental glosada en autos (Arts. 36, 52 Ley 24.240, 27 de la Ley 13.133 y 29 inc. 4 Ley 14.442). Asimismo, en cumplimiento de la ac. 3886/2018 hágase saber al Sr. Agente Fiscal que podrá acceder a los trámites y la documental necesarias para emitir el correspondiente dictamen accediendo al hipervínculo asociado al presente proveído. Notifíquese por secretaría

a través del Módulo de firma digital al domicilio electrónico

La Medida Cautelar:

Viene a estos autos el Sr. Javier Hernán Nuera, titular del DNI ..., conjuntamente con su letrada patrocinante, solicitando una medida cautelar anticipada contra el Banco Francés BBVA Argentina SA, a fin de que se abstenga de producir cualquier tipo de débito su la Caja de Ahorros en Pesos con motivo del préstamo de fecha 18/01/2021, obtenido mediante una estafa telefónica —modalidad phishing— y asimismo se le restituya la suma de U\$S 2000 debitadas de su Caja de Ahorro en Dólares sin su autorización y de manera fraudulenta (v. escrito inicial del 07/06/2021).

A fin de resolver la cuestión planteada cabe distinguir entre las medidas cautelares asegurativas típicas —como el embargo, el secuestro, la inhibición general de bienes o la prohibición de innovar— de las cautelares sustanciales o materiales.

Al respecto, la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, tiene dicho que las primeras —medidas cautelares asegurativas— no actúan sobre el derecho de quien las promueve, sino tan sólo sobre los bienes de su deudor para conservarlos. Con ellas se procura evitar la posibilidad que durante el decurso del proceso pasen a terceras manos, desaparezcan, se desvaloricen o modifiquen, de modo tal que arribada la sentencia definitiva el actor pueda contar con el bien de la vida que constituía el objeto de su pretensión o, mediante la realización de los bienes asegurados, obtener la reparación sustitutiva en los términos de los artículos 508, 511, 512, 513 y concordantes del Cód. Proc. Civ. y Comercial. Como se ve, estas típicas medidas cautelares procesales únicamente tratan de preservar bienes o situaciones a la espera de la llegada de la sentencia definitiva, haciendo caso omiso de cuándo advendrá ésta; de cuánto tiempo demande el litigio (SCBA, C. 92.711, *in re* “E, R. O. c. SAMI Asociación médica de Bahía Blanca. Amparo”, sent. del 26/09/2007 —voto del señor juez doctor Roncoroni—; conf. Cámara Segunda de Apelación La Plata Sala II, causa 117.922, RSD 264, sent. del 02/12/2016).

Por su parte, las cautelares sustanciales o materiales, en cambio, frente a los efectos desbastadores que el tiempo de duración del proceso podría producir sobre el mismo derecho —cuyo reconocimiento se pretende del órgano jurisdiccional—, procuran actuar aceleradamente ese derecho. Hay en ello una clara conciencia de que el alargamiento del proceso en determinadas y especialísimas circunstancias y por la propia naturaleza del derecho en juego, no ha de producir en el mañana la desaparición o desvalorización de los bienes que faciliten o permitan la ejecución de la sentencia. Lo que desaparecerá o resultará lesionado irremediablemente es el derecho mismo por el que se brega y peticiona en justicia. De allí que ante estas especialísimas situaciones de urgencia imposterizable, el Juez está llamado a echar mano sobre el mismo y entrar en el fondo del asunto, sin esperar las alongaderas del proceso de conocimiento. A tal fin, distintas legislaciones, así como la doctrina autoral y judicial, han creado dos instrumentos de tutela urgente: la tutela anticipada y las medidas autosatisfactivas (SCBA, C. 92.711, voto del señor Juez doctor Roncoroni, ya cit.; conf. Cámara Segunda de Apelación La Plata Sala II, causa 117.922, RSD 264, sent. del 02/12/2016).

Si bien ambas medidas presentan notas comunes (el tener como objeto la materia o sustancia propia de la cuestión litigiosa; la urgencia imposterizable y el peligro de daño irreparable en el derecho sometido a juzgamiento), también poseen grandes diferencias (conf. esta Sala, causa 117.922, RSD 264, sent. del 02/12/2016).

En efecto, en la decisión anticipatoria la tutela es provisional y está sujeta a la sentencia definitiva de un proceso más amplio y que puede ordenar su confirmación, modificación o revocación. En cambio, la medida autosatisfactiva concede una tutela definitiva e irreversible, en una actuación autónoma que se agota en sí misma. No es accesoria, ni está subordinada a otro proceso. Ella se da en el marco de un proceso urgente, en el cual, el órgano jurisdiccional, al satisfacer la pretensión que le diera nacimiento, cumple acabada y totalmente con su obligación pública de prestar el servicio de justicia, obligación que también se extingue, en el caso, cerrándose el proceso con aquella sentencia definitiva e irreversible y, por ende, con autoridad de cosa juzgada. Las anticipatorias por su carácter interinal,

siempre han de dar lugar al derecho de defensa y oposición de la contraria dentro del marco propio del proceso en que se pronuncie la sentencia de mérito que la decida definitivamente, pudiendo mantenerla, modificarla o revocarla.

En cambio, en las autosatisfactivas, su pronto dictado inaudita parte en algunos casos especialísimos que, en correspondencia con la excepcionalísima urgencia y los premios riesgos que puedan tipificar al mismo, lo tornen inevitable, no puede llevar al olvido de que estamos frente a cuestiones esencialmente contenciosas o bilaterales. Puede que la situación excepcional ya referida prive a la contraparte de la audiencia previa a su dictado, pero ello sólo importa postergar o demorar su oportunidad para contradecir, la cual —y siempre que el Juez en uso de su potestad discrecional no se la abra antes, mediante la citación a una audiencia— advendrá impugnativamente con un recurso o, en otros regímenes, mediante la recurrencia a un procedimiento de oposición que, al igual que en los procesos monitorios adviene a posteriori de la sentencia (SCBA, C. 92.711, del 26/09/2007, voto del señor juez doctor Roncoroni, ya cit.; conf. Cámara Segunda de Apelación La Plata, Sala 2ª, causa 117.922, RSD 264, sent. del 02/12/2016).

En la hipótesis, deviene menester señalar que se encuentran configurados los presupuestos para canalizar la pretensión por la vía de la tutela anticipada. En definitiva, se trata de un supuesto de tutela anticipatoria de carácter excepcional, que tiende a alterar el estado de hecho o de derecho existente antes de la petición de su dictado traduciéndose en la injerencia del juez en la esfera de libertad de los justiciables a través de la orden de que cese una actividad que se dice contraria a derecho o que se retrotraigan las resultas consumadas de una actividad de igual tenor; y a diferencia de otro tipo de aseguramiento, sin que medie sentencia firme, ordena que alguien haga o deje de hacer algo en sentido contrario al representado por la situación existente (arg. arts. 195, 197, 230, 272 y ccs. del Cód. Proc. Civ. y Comercial; conf. CSJN *in re* “Camacho Acosta”, sent. del 07/08/1997 y SCBA Ac 98.260, sent. del 12/07/2006 — Juba B30258 y C. 92.711, sent. del 26/09/2007 — Juba B29316 entre otros).

Es de utilidad traer a colación que, de conformidad con el art. 198 del Cód. Proc. Civ. y Co-

mercial, aplicable por efecto de lo previsto en los arts. 232 y 233 del Cód. Proc. Civ. y Comercial, las medidas precautorias se decretarán y cumplirán sin audiencia de la otra parte, lo que no implica, en palabras de Palacio, una derogación del principio de contradicción derivado, a su vez, de la garantía constitucional de la defensa en juicio sino una postergación o aplazamiento momentáneo de su vigencia estricta, plenamente justificado en obvias razones de efectividad (Palacio, L. E. “Derecho Procesal Civil”, Abeledo-Perrot, 2ª Ed., Bs. As. 2011, T. VIII, ps. 54/55).

Y tal carácter excepcional incide en punto a sus requisitos de admisibilidad, ya que se exige una apariencia de buen derecho más acentuada que respecto a las cautelas tradicionales y el peligro que la permanencia en la situación actual cause daños inminentes o irreparables, a fin de habilitar una resolución que, al conciliar los intereses de la parte peticionante de la medida, según el grado de verosimilitud, y el derecho constitucional de defensa de la parte demandada, logre la medida necesaria y oportuna de la jurisdicción que el caso requiere, sin que tal aseveración importe una decisión final sobre el reclamo principal (arts. 230 inc. 1 y 2 y 232 del Cód. Proc. Civ. y Comercial; CSJN “Camacho Acosta” y “Pardo” cit.; Morello, A. M et al., “Códigos?”, 4ª ed., Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Abeledo-Perrot, T. 3, 2015, 1620 y ss..).

Sobre el piso de marcha expuesto, conviene no perder de vista que pacífica doctrina y jurisprudencia sostienen que los requisitos de procedencia de las cautelares se hallan de tal modo relacionadas que, a mayor verosimilitud del derecho, cabe no ser tan exigentes en la gravedad del daño y viceversa, cuando se acredita un riesgo grave de daño irreparable, el rigor acerca de la verosimilitud del derecho se puede atemperar (Monterisi, R. ob. cit., T. II, p. 888).

Pues bien, en el caso en estudio y a la luz de los elementos documentales acompañados en la demanda, considero que tales extremos han sido cumplidos. En lo atinente a la verosimilitud del derecho, el listado histórico del préstamo cuestionado (Nro. ...), la consulta de saldo y/o movimientos de la cuenta caja de ahorro del Banco Francés BBVA Argentina SA N° ..., los reclamos al sector Fraudes Informáticos de la entidad demandada, los extractos bancarios, las

capturas de la pantalla del Homebanking donde consta el saldo en la caja de ahorro en dólares N° ..., las capturas de las conversaciones y tratativas obrantes en el intercambio de mensajes al Whatsapp cuestionado, y la constancia de la denuncia penal acompañados por el Sr. Lucera a su escrito de demanda, demuestran con el grado de probabilidad exigible para la materia cautelar, la existencia de un contrato de préstamo bancario cuya eficacia se halla controvertida y cuya ejecución se traduciría, para el accionante en el pago de cuotas periódicas, a través de descuentos en su caja de ahorro abierta en la entidad bancaria accionada. Como asimismo, el débito sin autorización de la suma de Dólares U\$S de su Caja de Ahorro N° ...

Con todo, al examinar la concurrencia del citado presupuesto no puede soslayarse que el Sr. Nucera integra un grupo destinatario de tutela constitucional preferente como consumidor de servicios bancarios.

El actor resulta titular de la caja de Ahorro en pesos N° ... y Caja de Ahorro en dólares ... en el Banco Francés BBVA Argentina SA, y que, según se desprende tanto del relato de los hechos efectuado en la demanda como de la documental acompañada, habría servido de plataforma para la obtención del préstamo bancario controvertido, y el débito de la suma en dólares indebido, todo lo cual conduce, *prima facie*, a su encuadre como servicio bancario que lo tiene como usuario final en beneficio propio y de su grupo familiar (art. 1 y ccs Ley 24.240 y mods.; arts. 1092, 1093, 1378, 1384, 1393, 1394 y ccs. Cód. Civ. y Com. seg. Ley 26.994).

Como es sabido, el derecho del consumo parte de un enfoque tuitivo construido alrededor de la idea de que el consumidor o el usuario participa de una relación con el proveedor o empresario asimétrica que se explica, siguiendo a Vítolo, principalmente: a) En la relación de poder —económico, financiero y social— que se presenta entre quien produce bienes o presta servicios en forma masiva —el proveedor o empresario— y quien individualmente los consume o utiliza —el consumidor o usuario o el sujeto equiparable a éstos—; b) en la información que se posee respecto del producto o servicio a ser provisto —el empresario conoce casi todo de éste, mientras que el proveedor o usuario

depende de la información que el proveedor le suministre—; c) en la extensión del ámbito de libertad para contratar pues, en la mayoría de las ventas de productos o servicios de utilización masiva, la capacidad del consumidor o usuario de poder negociar las cláusulas y condiciones de la relación de consumo es prácticamente nula; d) en la necesidad, dado que el proveedor tiene la posibilidad de colocar sus productos y servicios en un amplio sector del mercado, haciéndolo, generalmente, en forma masiva, sin tener en consideración las individualidades, mientras que el consumidor solo cuenta con su necesidad o voluntad individual de consumo en un tiempo y localización determinados; e) en las consecuencias negativas derivadas de la relación, pues el proveedor es impactado por cada relación de consumo trabada con un consumidor individual solo en un valor relativo frente a la totalidad de relaciones de consumo de las que es parte —como proveedor—, mientras que para el consumidor o usuario la relación de consumo con el proveedor, es única y f) en la circunstancia de que la mayoría de las relaciones —para el consumidor o usuario— tienen su fundamento en cuestiones de subsistencia, alimentación, salud, confort, recreación, u otras que conforman —en la evolución cultural y social de cada comunidad— lo que se ha dado en llamar necesidades sociales, mientras que para el proveedor es un negocio (Vítolo, D. R., “Defensa del Consumidor y del Usuario”, Ad-hoc, Bs. As., 2015, ps. 103/104).

Así, es en base a la referida relación asimétrica que cobra especial importancia el principio “in dubio pro consumidor”, regla obligatoria que no solo se refiere a la interpretación del derecho, sino también a los hechos y a la prueba rendida en el ámbito jurisdiccional y que, en este estadio liminar de la causa, robustece la postura del Sr. Nucera (arg. arts. 42 Const. Nacional y 38 de la Const. de la Prov. de Buenos Aires; arts. 3, 37 y 53 ccs. de la Ley 24.240 y mods.; arts. 1094 y ccs. del Cód. Civ. y Com. seg. Ley 26.994).

En efecto, en esta etapa inicial, la ponderación de los hechos y elementos aportados al proceso a la luz del principio “in dubio pro consumidor” abastece, con la suficiencia cautelar exigible, la verosimilitud del derecho, máxime cuando por el momento, no se han arrimado elementos que den cuenta que la entidad bancaria hubiere prevenido en concreto de los riesgos al aquí accionante.

Antes bien, repárese que el deber de información para el correcto uso de los medios electrónicos para la celebración de un contrato de consumo, contemplado expresamente por el legislador en el art. 1107 del Cód. Civ y Com. y que recae en el proveedor, parte del supuesto de que el consumidor carece del conocimiento tecnológico que ostenta el primero y no necesariamente conoce o sabe desenvolverse en la Internet, por lo que su situación de vulnerabilidad se ve aumentada por la complejidad técnica de los sistemas y la imposibilidad que tiene de verificar todos los aspectos de la contratación en sí y del producto o servicio antes de efectuar la contratación (conf. Tambussi, C.E. en “Código Civil y Comercial de la Nación y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial”, Bueres, A. J. (dir.), Hammurabi, Bs. As., 2018, T. 3-C, ps. 649/650; arts. 1093, 1094, 1107, 1384 y ccs. del Cód. Civ. y Comercial, seg. Ley 26.994; arts. 1, 3, 37 y ccs. de la Ley 24.240 y arg. arts. 195, 232, 260 y ccs. del Cód. Proc. Civ. y Comercial).

Con relación al peligro en la demora, cabe tener por configurado este requisito, atento al denuncia penal efectuada y la certeza que los descuentos por el préstamo efectuado de efectivizarse, impactarían negativamente en la economía del actor y su familia, amén de los débitos en dólares ya producidos, circunstancia no menor que debe ser atendida con especial cuidado dado el grave marco sanitario imperante desde la aparición de virus Covid-19 y la observancia debida, por regla, a las recomendaciones efectuadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a través de los ptos. 3, 5, 19, 40, 41 y ccs. de la Resolución N.º 1/2020, dictada en los términos de los artículos 106 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, 41.b de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 18.b del Estatuto Comisión Interamericana de Derechos Humanos; arg. art. 75 inc. 22 de la Const. Nac.; arts. 1 y 2 del Cód. Civ. y Com. seg. Ley 26.994 y conf. CSJN “Girolidi” - Fallos: 318:514, “Bramajo” - Fallos: 319:1840 “Carranza Latrubesse” - Fallos: 336:1024, entre otros).

Contracautela: No corresponde su determinación en el presente, habida cuenta el marco tuitivo que el Derecho del Consumidor lleva inherente, con el beneficio de gratuidad predeterminado a su beneficiario Javier Hernán Nucera.

Llegados a este punto, la observancia de la perspectiva impuesta por el hecho de que el accionante resulte beneficiario de una tutela constitucional preferente conduce, en este estadio procesal, a valorar favorablemente los hechos relatados en la demanda para tener por configurados los presupuestos de la tutela anticipada decretada, (arg. arts. 33, 75 inc. 22, 23 y ccs. de la Const. Nacional; art. 10, 11, 12, 56 y ccs. de la Const. de la Provincia de Bs. As.; arts. 1, 11 y ccs. de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; arts. 1, 3, 6, 22, 25 y ccs. de la Declaración Universal de Derechos Humanos; arts. 11, 12 y ccs. del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; art. 16 y ccs. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; arts. 3, 11, 26 y ccs. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; entre otros).

De conformidad con lo establecido, corresponde hacer lugar a la medida cautelar de no innovar, ordenando al Banco Francés BBVA Argentina SA, se abstenga de efectuar cualquier tipo de descuento, débito y/o retenciones por el préstamo por \$457.000, de fecha 18/01/2021, con el N° ..., en la cuenta del actor Javier Hernán Nucera, DNI: ..., —Caja de Ahorro N° ... que se postula como tomado fraudulentamente, y asimismo restituir la suma de US\$ 2000 debitadas de la Caja de Ahorro en Dólares N° ... de manera presumiblemente fraudulenta, debiendo desplegar la actividad necesaria para cumplimentar lo aquí ordenado de manera inmediata (arts. 195 y cc, 198, 230, 384 del CP). Medidas que se disponen hasta tanto obre resolución definitiva en los presentes obrados. Lo que así se resuelve. Notifíquese. Tome conocimiento el Ministerio Público. — *María C. V. de Córlica.* — *María C. Valeros.*

DEFENSA DEL CONSUMIDOR

Compraventa por internet. Error en la entrega. Reintegro de la suma abonada. Daño moral. Daño punitivo. Trato indigno. Disidencia parcial.

1. — Debe hacerse lugar al reintegro de la suma pagada, toda vez hubo un error en la entrega de los productos adquiridos vía web, lo que no desobliga a la empresa de-

mandada, porque hubo un incumplimiento por el que debe responder, ello porque utilizando prácticas abusivas viola el trato digno prescripto por el art. 8 bis y 1097 del Código Civil y Comercial, y deber de información prescripto en el art. 4° LDC.

2. — La empresa demandada es quien asumió la obligación de realizar la entrega del producto, y la misma no fue llevada a cabo, por lo que el incumplimiento no puede reputarse ajeno a la accionada. En este contexto deviene completamente anecdótico si dicha falta se debió a cuestiones acaecidas por actos y omisiones de las firmas involucradas dentro del entramado empresarial.
3. — La responsabilidad que establece el art. 40 de la ley del consumidor, es de carácter objetiva, de allí es que la demandada, en este caso la proveedora del servicio es quien debe acreditar que el mismo fue prestado y facturado en debida forma, más aún cuando tiene una relación contractual dominante, con el manejo de todos los medios técnicos para acreditar o desvirtuar los hechos expuestos por el usuario.
4. — Es procedente la indemnización del daño moral, debido a la situación de molestias que vivió el accionante, de verse privado de los bienes adquiridos, lo que le ha ocasionado sinsabores, incertidumbres y ansiedades, que trascenderían la normal adversidad que en la vida cotidiana se verifica frente a contingencias ordinarias de los contratos.
5. — Se verifican las circunstancias que autorizan a la fijación de la multa civil contemplada en el art. 52 bis de la ley 24.240, toda vez que fue intencional la falta de entrega, y hubo una entrega a otra persona que no era la accionante, lo que es imperdonable en una empresa profesional como la demandada. Además, no hubo una reposición de la mercadería adquirida por el comercio, ello exterioriza per se un desigmo doloso de perjudicar o la culpa grave, presupuestos que, resultan innecesarios para habilitar la procedencia del daño punitivo pretendido.

6. — El intento de eximirse de responsabilidad atribuyéndosela al servicio de correspondencia que la propia demandada utiliza como parte de su circuito económico, se evidencia como un intento de entorpecer el reclamo del consumidor, pretendiendo tabicar su responsabilidad en forma anti-jurídica. Un estándar mínimo de respeto a la Ley y especialmente al trato digno del consumidor, impone que las proveedoras reconozcan inmediatamente los derechos del consumidor que ha sido perjudicado, ante el primer reclamo. El estándar social deseable impone que las empresas actúen sin dilaciones poniendo a disposición del consumidor las opciones que las normas protectoras establecen a su favor.

7. — Al tratarse de entidades que persiguen únicamente el lucro, ha de tenerse especial cuidado al analizar cada hecho infraccionario y no relativizarlo, pues cada desatención al consumidor, desde la falta de contestación a un llamado telefónico hasta el desconocimiento reiterado de derechos que deriva en acción judicial, puede obedecer a una práctica comercial especulativa tendiente al desgaste de los consumidores, apostando al costo de oportunidad esperando el desistimiento de los perjudicados.

8. — Debe alentarse a los consumidores a reclamar por sus derechos, puesto que se advierte que además de encontrarse en situación de notable vulnerabilidad frente a las proveedoras, las prácticas desgastantes en las que suelen incurrir las proveedoras, los trastornos que presuponen los reclamos, directos, administrativos, los costos y riesgos del acceso a la justicia, son grandes obstáculos que difícilmente sorteen todos los consumidores, mucho menos ante daños que suelen ser insignificantes en los casos particulares, pero que en la cantidad reportan enormes ganancias a las empresas.

9. — A los fines de “enaltecer” la finalidad preventiva del daño punitivo y, puntualmente, con miras a incentivar que los sujetos que integran la cadena de consumo brinden soluciones al consumidor desde

el primer momento que acercan su problemática, corresponde aplicar un interés desde el primer momento en que se generó el incumplimiento renuente y hasta la fecha de la sentencia.

10. — Los intereses correspondientes a la indemnización del daño punitivo no podrían comenzar a calcularse desde el acaecimiento del hecho, como suele suceder con los rubros indemnizatorios, porque es la sentencia la que impone la multa y no existe mora sino a partir de su incumplimiento (del voto en disidencia parcial del Dr. Flores).



CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO

El hecho dañoso:

Falta de entrega de producto comprado por internet.

Referencias de la víctima:

Sexo: Masculino.

Componentes del daño:

Daño extrapatrimonial

Daño moral genérico: \$5000

Daño patrimonial

Daño emergente: Reintegro de la suma pagada: \$\$16.888.44

Daños varios: Daño punitivo: \$50.000

CCiv. y Com. 7a Nom., Córdoba, 14/05/2021. - Silveira, Mario Dante c. Fravega S.A.C.I E I s/ abreviado - daños y perjuicios - otras formas de responsabilidad extracontractual.

[Cita on line: AR/JUR/68554/2021]



COSTAS

Se imponen al apelante vencido.

Expediente: 7493459

2ª Instancia.- Córdoba. mayo 14 de 2021.

1ª ¿Procede el recurso de apelación impetrado? En su caso, 2ª ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

1ª cuestión. — El doctor *Remigio* dijo:

La Sentencia recurrida, contiene una relación de causa, que satisface los recaudos previstos por el art. 329, CPC, por lo que, en homenaje a la brevedad, a ella nos remitimos y la tenemos aquí por íntegramente reproducida. Contra la resolución del primer Juez, cuya parte resolutive ha sido transcripta “supra”, la parte demandada a través de apoderado— interpone recurso de apelación, el que es concedido por el. Radicados los autos, por ante este Tribunal de Alzada, se produce la tramitación de ley, expresándose y contestándose los agravios correspondientes, emitiendo su dictamen asimismo la Sra. Fiscal de Cámaras CC; a todo lo cual nos remitimos “brevitatis causae” y tenemos aquí por íntegramente reproducidos, en aras de concisión.

Para una mejor comprensión de la causa, haremos una breve reseña de la causa. A fs. 1/20 comparece el Sr. Mario Dante Silvera e interpone demanda de daños y perjuicios contra de Fravega SACIEL, persiguiendo el cobro de la suma de \$16.888,44.

Relata que con fecha 01/11/2017 ingresó desde su casa al sitio web de Fravega (www.fravega.com) y compró un lavarropas marca Longvie Mod. L8012 y un Aire acondicionado Portátil marca Sigma S12CHPAV. Señaló que pagó la suma de \$16.888,44 con tarjeta de crédito en un plan de 12 cuotas fijas de \$1.407,37 cada una. Que el costo abonado incluía los gastos de envío conforme surge de la documental que adjunta. Que el día 24 de noviembre de 2017 reclamó que había realizado una compra y que no había recibido los productos. El día 29 de noviembre de 2017 recibió un correo electrónico de Fravega en su casilla que dice que su compra ya la tenía la empresa Andreani, y le dan el número de guía 8128239240 y le dan un teléfono para que se comuniquen con ellos y pacte la entrega. El día 4 de diciembre de 2017 escribió correo electrónico de Fravega manifestando que no podía comunicarse con Andreani, que nadie atendía al número de teléfono indicado. Que con fecha 12/12/2017 recibió el resumen de cuenta de su tarjeta y realizó el pago de la tarjeta. Sostiene que con fecha 16 de enero de 2018 le escriben de Fravega por correo electrónico pidiendo que confirmen la recepción de la mercadería. Ese mismo día respondió que no había recibido nada en su domicilio y que

había llamado cientos de veces y recibía una respuesta diferente en cada llamado. Con fecha 18 de enero de 2018 pidió una respuesta a Fravega atento que no le habían respondido nada. No recibió ninguna respuesta. El 19 de enero de 2019 presentó una denuncia ante Defensa del Consumidor por el hecho manifestado, fijando una audiencia conciliatoria para el día 21/02/2018, ese día se presentó a ratificar la denuncia, se presentó a Fravega solicitando se emplase a la empresa Andreani para que informe el estado de la mercadería. Se otorgó un plazo hasta el 07/03/2018 para que las denunciadas fijen posición final. Que a esa fecha advierte que ni Fravega ni Andreani han efectuado presentación en relación al reclamo efectuado, no se presentaron ni dijeron nada. Que ha llamado insistentemente a Fravega y se ha apersonado en su local comercial sin posibilidad de tener una respuesta satisfactoria.

Sostiene que en los locales comerciales siempre lo derivaron al Centro de Atención telefónica y a reclamar por la web. Señala que, si la compra se hacía vía web, el reclamo debe ser cursado por dicha vía.

Resulta una diplomática forma de desentenderse del reclamo personal. Que vía web o por teléfono no dan respuesta. Sabe que hubo un error y que la entrega no se hizo o se hizo a otra persona y no piensan hacerse cargo, siendo el perjudicado.

Que el día 15/05/2018 se presentó ante el funcionario de Defensa del Consumidor y ratificó la denuncia efectuada dejando de manifiesto que ninguna de las denunciadas se presentó ni brindó una solución al respecto. Luego pasó el expediente al Área Jurídica de la Dirección de Defensa del Consumidor, posteriormente el 17/05/2018 se presentó y solicitó copia certificadas de las actuaciones. Relata que la demandada no responde a sus reclamos, y ni siquiera se presenta en Defensa del Consumidor a brindar una respuesta adecuada. Señala que Fravega no tiene canales adecuados para que los clientes puedan hacer reclamos, pero incluso una vez efectuado el reclamo ante un organismo público como la Dirección de Defensa del Consumidor ni siquiera dan una solución adecuada. Que pidieron la citación de Andreani y después no se presentaron más, ni dijeron más nada.

Sostiene que la conducta de Frávega es inexplicable y absolutamente reproachable. Que Defensa del Consumidor no fue suficiente para que la demandada ofreciera una solución al inconveniente. Que se encuentra perjudicado porque pagó la suma de \$16.888,44 por un lavarropas y un Aire Acondicionado que jamás tuvo. Que, agotada la instancia por la Dirección de Defensa del Consumidor sin éxito, no le quedó otra alternativa que accionar judicialmente.

Específicamente reclama: a. El daño Material; b. El daño moral y c. Sanción punitiva. Ofrece pruebas.

Impreso el trámite de ley (fs. 58), a fs. 70 comparece el apoderado de la demandada y contesta la demanda, solicitando su rechazo, con costas. Luego, niega los hechos invocados en la demanda que no sean materia de un expreso reconocimiento en el presente responde. Reconoce que el actor adquirió a través del sitio web de su mandante un lavarropa marca Longvie Mod. L8012 y un Aire Acondicionado portátil marca Sigma S12CHPAV, abonando la suma de \$16.888,44, eligiendo la modalidad de entrega a través del correo Andreani. Que el importe numerario se compone de \$14.498 por el valor de los productos adquiridos y de \$349 por gastos de envío de los productos a domicilio y la suma de \$2.041,44 por intereses. Que resulta cierto que la operación comercial se efectivizó a través de la tarjeta de crédito Visa en 12 cuotas de Pesos Mil Cuatrocientos Siete con Treinta y siete (\$1.407,37) cada una.

Luego niega el reclamo del actor a su empresa, niega que el accionante hubiera recibido un mail por parte de su mandante en el cual se le habría informado de que sus productos los tenía la empresa Andreani, negando que le hubieran informado un numero de guía 8128239240, como que le hubieran informado un número telefónico para que se comunique con la empresa y pacte la entrega de productos. Niega que el 04712/17 hubiera enviado un correo electrónico, manifestando que no podía comunicarse con Andreani, ni que nadie hubiera procedido al pago del mismo. Luego reconoce que el 03/04/2018 se llevó a cabo una audiencia de conciliación en la que su representante informa que se ha cumplido en tiempo y forma con la entrega de los productos objeto del reclamo. Que el 16/05/2018 efectuó descargo ante la Dirección de Defensa del Consumidor y

acompaña remito de entre del 02/01/2018 que posee, acreditando que el correo hizo entrega de los productos adquiridos al consumidor en el domicilio de calle ...

Señala que el remito se encuentra firmado por el Sr. Arguello Sebastián, DNI ..., por lo que su representada cumplió con su obligación. Niega y rechaza los rubros pretendidos. Pidió la citación de tercero Interesado de la Empresa Andreani Logística SA ofrece pruebas.

Seguidamente, a fs. 82/84 la parte actora solicita el rechazo de la citación de tercero.

Lo primero que cabe constatar es si en la presente controversia, se encuentra o no subyacente una “relación de consumo”.

Tal constatación se erige como un presupuesto esencial y determinante, sino principalmente, para definir las reglas procedimentales y sustanciales que habrán de regir el presente conflicto jurídico.

Sin embargo, cabe recordar que el estatuto consumeril consagra disposiciones procesales específicas, por lo que es preciso que —antes de la sentencia— se proceda a la subsunción legal “anticipada” y “provisoriamente”.

En este sentido, el Sr. Fiscal de Cámara, Dr. Francisco Junyent Bas, tiene dicho: “la ley de defensa del consumidor, contiene regulaciones de índole procesal y en consecuencia, el momento aplicativo es anterior a la sentencia. Por ello se hace preciso un encuadramiento que, al menos de manera “provisoria” y eventual, tome partido sobre la clase de vinculación ante la cual nos hallamos (...) sólo así será posible poner en práctica las disposiciones procesales que en esa norma se encuentran, sin perjuicio de que la sentencia pueda luego, sobre la base de una valoración de los elementos ya incorporados a la causa, destruir la hipótesis preliminar y, con ello, trocar la subsunción realizada en el marco de la ley de defensa del consumidor” (Dictamen *in re*: “Beas, José O. c. Maipú Automotores SA y otro — ordinarios— otros - recurso de apelación”, Expte. N° 1.895.862/36).

Con tales prevenciones, se anticipa que —conforme los dichos de las partes y las constancias

de la causa— existe subyacente a la presente acción una “relación de consumo”.

Realmente, la aplicabilidad del estatuto consumeril al ámbito de un contrato de adquisición de bienes muebles no consumibles no parece una cuestión indiscutible.

Y en tal cometido, se anticipa que el caso de marras resulta subsumible en la noción de “relación de consumo” a la que alude el art. 42 de la CN y los arts. 1, 2 y 3 de la Ley 24.240 (modificada por Ley 26.361).

En efecto, resulta ostensible que las demandas —conforme ellas mismas lo reconocen— son empresas comerciales dedicadas a la fabricación y venta de bienes para el consumo, razón por la cual resultan —plenamente— subsumibles en la noción de proveedor del art. 2 de la Ley 24.240.

De otro costado, el actor queda comprendido en la noción de consumidor del art. 1 de la LDC, en tanto se trata de una persona física que realizó un negocio jurídico tendiente a la adquisición —título oneroso— de la mercadería detallada en la demanda, efectuada mediante uno de los nuevos medios —internet o vía web— que el estatuto consumeril en su art. 32 primera parte encuadra como oferta o propuesta de venta realizada “fuera del establecimiento del proveedor” (arts. 32 a 35 *ibidem*).

Así las cosas, y en lo que ahora interesa, no cabe ninguna duda que el actor encuadra en tal noción de consumidor, conforme los propios términos de la demanda.

En suma, la presente causa deberá desenvolverse y resolverse a la luz de los principios y reglas del Derecho del consumo (art. 42 CN, Ley 24.240 —y modificatorias—, y arts. 1093/1103 y 1117/1122 del Cód. Civ. Comercial, Ley 26.994). Particularmente, cabe poner de resalto que la aplicación del estatuto consumeril al caso de marras importará tener —especialmente— en cuenta: La regla hermenéutica y de ponderación, según la cual “en caso de duda se estará siempre a la interpretación más favorable al consumidor” (arts. 3 y 37 de la ley 24.240 y arts. 7, 1094 y 1095 del Cód. Civ. Comercial.).

El deber de información consagrado explícitamente en el art. 4 de la LDC —ratificado por

el art. 1100 Cód. Civ. Comercial—, que dispone “quienes produzcan, importen, distribuyan o comercialicen cosas o presten servicios, deben suministrar a los consumidores o usuarios, en forma cierta y objetiva, información veraz, detallada, eficaz y suficiente sobre las características esenciales de los mismo”. Dicha norma encuentra fundamento en el art. 42 de la Constitución Nacional. Así, el estatuto consumeril consagra el derecho subjetivo del consumidor o usuario a ser debidamente informado sobre la naturaleza y demás características de los bienes y servicios que adquiere, así como sus precios y facturación. Esto constituye un derecho esencial, ya que los consumidores en su mayoría carecen de los conocimientos necesarios para poder juzgar por adelantado sus características intrínsecas, sus cualidades o defectos, conocer los riesgos de uso o consumo y las medidas a adoptar para evitarlos. (Farina, Juan M., “Defensa del consumidor y del usuario”, Astrea, Buenos Aires, 1995, p. 105). El fundamento de esta norma se halla en la necesidad de suministrar al consumidor conocimientos de los cuales carece legítimamente y sin los cuales resulta imposible realizar una elección racional y fundada respecto del bien o servicio en relación al cual se pretende contratar. (conf. Cám. Cont. Adm. Fed., Sala II, “Diners Club Arg. SACyT c. Sec. Com. e Inv”, 04/11/1997). La publicidad y la oferta forman partes esenciales de las relaciones de consumo (arts. 7 y 8 LDC). En efecto, el plexo normativo protectorio de los consumidores y usuarios en la Argentina se orienta tanto a la prevención de los daños que su uso abusivo pueda causar, como a la mitigación de sus efectos disvaliosos para los consumidores. De acuerdo a los citados preceptos la oferta dirigida a consumidores potencialmente indeterminados, obliga a quien la emite, durante el tiempo en que se realice.

La responsabilidad objetiva por daños, según lo dispone el art. 40 de la ley 24.240. Efectivamente, la responsabilidad que establece la ley del consumidor, es de carácter objetiva, de allí es que la demandada, en este caso la proveedora del servicio, es quien debe acreditar que el mismo fue prestado y facturado en debida forma, más aún cuando tiene una relación contractual dominante, con el manejo de todos los medios técnicos para acreditar o desvirtuar los hechos expuestos por el usuario.

El trato digno consagrado en el art. 8 bis de la LDC y en el art. 1097 del Cód. Civ. Comercial, que exige una atención digna al consumidor, evitando colocarlo en un derrotero de reclamos en el que se haga caso omiso a la petición.

Las reglas probatorias y el “*onus probandi*”: conforme lo dispuesto por el art. 53 de la LDC, los proveedores deberán aportar al proceso todos los elementos de prueba referentes al bien o servicio que obren en su poder y prestar toda la colaboración necesaria para el esclarecimiento de la cuestión debatida en el juicio reconociendo implícitamente el mejor posicionamiento empresarial. Que mediante AI N° 23 del 08/02/2019 el Juzgado interviniente dispuso: “Rechazar el pedido de citación de tercero realizado por Fravega SACIel” (fs. 103), lo que se encuentra firme.

En este caso, nos encontramos indudablemente ante una compraventa vía web a la página www.fravega.com.

En relación a ellas, debe señalarse, que se tratan de prácticas mercantiles, propias de los sistemas de marketing, que restringen la libre espontaneidad del público, presionando sobre su decisión de contratar, o en la elección de la contraparte.

Es el caso de las ofertas efectuadas fuera de los locales comerciales, su especie lo constituye el contrato celebrado fuera del domicilio del vendedor. Se trata de una venta efectuada conforme a la prescripción establecida en el art. 33, de la Ley 24.242 y cc, que regula la compraventa por Correspondencia y Otras, que son “... aquellas en que la propuesta se efectúa por medio postal, telecomunicaciones, electrónico o similar y la respuesta a la misma se realiza por iguales medios”.

El actual código también lo prevé en el artículo 1104, del actual Cód. Civil y Comercial, en el cual se dispone que los contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales. “Está comprendido en la categoría de contrato celebrado fuera de los establecimientos comerciales del proveedor el que resulta de una oferta o propuesta sobre un bien o servicio concluido en el domicilio o lugar de trabajo del consumidor, en la vía pública, o por medio de correspondencia, los que resultan de una convocatoria al consumidor o usuario al establecimiento del proveedor o a otro sitio, cuando el objetivo de dicha convo-

catoria sea total o parcialmente distinto al de la contratación, o se trate de un premio u obsequio”.

La definición doctrinaria de la venta fuera de los establecimientos comerciales es aquella que, con un sentido amplio, afirma que es aquella que consiste en “ir al encuentro de la clientela para ofertarle bienes o servicios”. Picod, Ives - Davo, Helene, “Droit de la consommation”, Dalloz, 2010, N° 78, p. 53, citado en “Contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales y contratos a distancia en el Proyecto de Código civil y comercial”, Stiglitz, Rubén S., Publicado en: DCCyE 2012 (octubre), 173. Cita Online: AR/DOC/4138/2012. La ventaja que ofrece al consumidor consiste en que le evita desplazarse. La desventaja es la agresividad con que se la ejerce dado que toma al consumidor por sorpresa en su domicilio o en su lugar de trabajo, quien no siempre ofrece resistencia a la oferta y adquiere, sin reflexión previa, objetos que no le resultan útiles.

La diferencia entre los contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales, y los contratos a distancia, es que en los primeros el proveedor por sí o a través de un agente o representante toma contacto personal con el consumidor, y en esa ocasión suministra la oferta. En cambio, en los contratos a distancia, como quedó expresado, el mensaje es transmitido a distancia como mecanismo de oferta de productos o servicios dirigidos.

Otra diferencia consiste en la intensidad del uso del período de reflexión también aplicable a los contratos celebrados fuera del establecimiento comercial o del contrato a distancia. En efecto, en los primeros, el consumidor probablemente contrate sin reflexionar mayormente su decisión, ello sin perjuicio de su derecho a retractación. Pero la práctica indica que permanece con su “impresión inicial”. En cambio, en los contratos celebrados a distancia, dispone del plazo de reflexión que imperativamente le atribuye el artículo 1100 y cuyo propósito no es sólo el de examinar con suficiente tiempo si la decisión es acertada o no sino, además, verificar ya recibido el bien o prestado el servicio, si el mismo se corresponde con sus expectativas. Lo expresado presupone que el referido plazo de reflexión, en ocasiones, habrá de ser utilizado, también, a los fines de revocar la aceptación por falta de correspondencia en torno a las características del bien o del servicio contratado. Además, en este tipo de

contrataciones, es importante el deber de información, previsto por el art. 4 de la ley 24.240 sustituido por la ley 26.361 de Defensa del Consumidor, que prevé que “el proveedor está obligado a suministrar al consumidor en forma cierta, clara y detallada todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes y servicios que provee, y las condiciones de su comercialización. La información debe ser siempre gratuita para el consumidor y proporcionada con claridad necesaria que permita su comprensión”, el que también fue recepcionado por el art. 1100 del actual ordenamiento civil y comercial.

Obviamente, que si bien, se trata de una disposición genérica, la obligación se inicia con la etapa de tratativas o sea con la información previa a la celebración del contrato a distancia, la que deberá ser veraz y suficiente.

En este caso de contratos a distancia, se afirma que en la oferta realizada por el proveedor, éste deberá identificarse, especificar las características esenciales o especiales del bien o del servicio, el precio, separado de él, el costo del transporte, forma de pago, modalidades que adoptará la entrega, el plazo de vigencia de la oferta, duración del contrato, tal como lo prevé el actual art. 1011 del Cód. Civ. y Comercial. Para los contratos celebrados por medios electrónicos, la información debe contener los necesarios para utilizar correctamente el medio elegido, para comprender los riesgos derivados de su empleo, y para tener absolutamente claro quién asume esos riesgos (artículo 1107).

En cuanto a la forma, con relación a este tipo de contrato las leyes consumeriles imponen una serie de recaudos que condicionan la eficacia de los contratos celebrados, los que podrían resumirse:

Acentuación de la rigidez formal, exigiendo la instrumentación escrita del negocio y una serie de contenidos imperativos (arts. 32, 34 y 36, ley 24.240, modificada por ley 26.361) (Adla, LIII-D, 4125; LXVIII-B, 1295). Reconocimiento del derecho del consumidor a revocar incausadamente su aceptación (artículos 32 a 35), lo que las torna en contratos bajo condición resolutoria ya que, en caso de devolución de la cosa se considera que no hubo contrato.

Imposición de un control administrativo específico como, por ejemplo, el otorgado al Banco Cen-

tral sobre las operaciones de venta a crédito (art. 36 *in fine*, Ley de Defensa del Consumidor, decreto 142.277/1943 y leyes 22.315 y 22.370) (Adla, XL-D, 3988), o respecto de la Inspección General de Justicia para los sistemas de ahorro previo.

Hay que tener en claro, que toda esta formalidad, resulta necesaria porque la oferta opera fuera de los locales comerciales, lo cual constituye una estrategia de comercialización, sustentada en la técnica de acecho o atisbo y en el efecto sorpresa, para lograr la representación de aparentes ventajas al consumidor.

Ello en razón de que se debilita su posición en el mercado al restringirse la facultad de reflexión del consumidor, impidiéndole comparar calidad y precio con otros bienes o servicios del ramo ofrecidos por los competidores.

De allí que, para que la doctrina aconseje que para bloquear los efectos que se derivan de las referidas técnicas, que no son otras que estimular una actuación precipitada del consumidor, existen soluciones normativas por las que se acentúa la rigidez formal del contrato, exigiendo una serie de (a) especificaciones informativas; (b) solemnidades impuestas para la instrumentación del contrato, bajo pena de nulidad y (c) contenidos imperativos que deben incorporarse entre las estipulaciones del negocio. “Contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales y contratos a distancia en el Proyecto de Código civil y comercial”, Stiglitz, Rubén S., Publicado en: DCCyE 2012 (octubre), 173. Cita Online: AR/DOC/4138/2012.

Stiglitz, también aclara, que las características esenciales de la venta a distancia, son: (a) en que comprador y vendedor no se hallan presentes simultáneamente; (b) que la oferta se realice por los medios enunciados en el artículo 33 de la Ley de Defensa del Consumidor; (c) que la aceptación se emita por los mismos medios; (d) que con fundamento normativo, el consumidor o usuario pueda ejercer el derecho de revocar su aceptación. (ibídem.).

Además, el proceso de comunicación se realiza vía web, y una vez concluido queda visualizada en pantalla y puede ser reproducida en un texto impreso, y ello es importante, porque determina el momento en que el contrato queda perfeccionado.

La doctrina ha señalado, el contrato al quedar almacenado en la memoria de la computadora o en un disco o cinta magnética, se ha dado en denominar “documento electrónico”, en tanto constituye la representación del acuerdo y se halla dotado de la corporalidad propia del pulso electromagnético. Clarizia, R., *Informática e Conclusione del Contratto*, Collana diretta da Guido Alpa, Giuffré, Milano, 1985, p. 99 y ss.

Por ende, el documento seguirá siendo electrónico mientras continúe en la memoria de la computadora, o magnético si está contenido en un disco o cinta, y la percepción directa del contenido del documento se logrará por ejemplo con la impresión en papel o su visualización en pantalla.

En este caso, nos hallamos con un instrumento particular no firmado que representaría las voluntades negociales. Sobre el documento electrónico se tiene expresado que se trata de un “documento escrito”, dado que es la “fijación sobre un soporte físico de un mensaje en un lenguaje destinado a la comunicación y a mantenerse en el tiempo”. Giannantonio, E., “El Valor Jurídico del Documento Electrónico”, Vol. 1, Depalma, Bs. As., 1987, p. 108 y ss.

Por ello, en el caso de autos en el que se trató de una compra vía web en la página www.fravega.com, utilizando un mecanismo electrónico como es Internet, en el que se produjo el pago inmediato con tarjeta de crédito, quedando diferido en el tiempo la entrega de la cosa, debe acreditarse el incumplimiento de la demanda.

En ese orden, la celebración del contrato de compraventa base de la presente acción, ha quedado suficientemente probada con los mails acompañados donde la empresa informa que la compra fue confirmada (Vide fs. 31/32), y que comunica los datos de la entrega (Vide fs. 33), de la surge que adquiere un Aire Acondicionado Portátil Frío Calor Sigma S12CHPAV 3000F 3500W y un Lavarropas Longvie Carga Frontal L8012 8Kg.

Igualmente, se encuentra probado que el actor paga la primera cuota de la compra, lo que se acredita con el resumen de la tarjeta Visa Provencred (fs. 29/30), y con el mail, donde se comunica que el pago fue aprobado (Vide fs. 31). Además, pese a la impugnación de la demandada, no aporta prueba que desacrediten los documentos

acompañados, y además no exhibe la documental requerida por lo que debe aplicarse el apercibimiento prescripto por el art. 253 del CPCyC.

Asimismo, la firma Andreani informa que “...el envío registro como remitente Fravega S.A.CIeI con domicilio en calle ... CABA y como destinatario a Mario Dante Silvera con domicilio en la calle ... (Pasillo), CP Ciudad de Córdoba, Provincia de Córdoba” (...) el día 02/01/2018, el Envío se entregó a quien dijo ser, firmó y aclaró como S. A., DNI. N° ...”

Todo lo que indica que hubo un error en la entrega lo que no desobliga a la empresa demandada, porque hubo un incumplimiento por el que debe responder, ello porque utilizando prácticas abusivas viola el trato digno prescripto por el art. 8 bis y 1097 del Cód. Civ. y Comercial, y deber de información prescripto en el art. 4° LDC y art. 1100 del citado ordenamiento.

Por todo ello, es opinión del suscripto que debe hacerse lugar al pedido de “reintegro de la suma pagada” de \$16.888.44, con sus intereses.

Además, con relación al daño moral, estimo que el quantum pedido deviene procedente (\$5000) en atención a las características de la venta efectuada, y que, la demandada no prueba ningún eximente respecto de los hechos generadores.

Como se ha señalado en reiteradas oportunidades, este rubro se erige en una consecuencia disvaliosa del proceder reprochable de la accionada, que amerita ser indemnizado. Preciso es señalar en esta directriz, que su admisibilidad es facultativa para el Juez, toda vez que el precepto dice “podrá”, con lo cual se está significando que no le impone al tribunal la necesidad de hacerlo.

El carácter restrictivo que la jurisprudencia asigna a la reparación de esta clase de perjuicio en materia contractual, tiende esencialmente a excluir de este ámbito las pretensiones insustanciales, basadas en las simples molestias que pueda ocasionar el incumplimiento del contrato (Borda, Guillermo, “La reforma del 1968 al Código Civil, Ed. Perrot, Bs. As., 1971, p. 203). Sin embargo, “...esa razonable restricción no puede erigirse en un obstáculo insalvable para el reconocimiento del agravio moral cuando el reclamo tiene visos de seriedad suficientes y encuentra base sólida en los antecedentes de la causa” (CNCom,

Sala F, en autos: “Vásquez, Gabriel F. c. CTI PCS SA s/ ordinario”, 23/03/2010, MJ-JU-M-55833-AR).

Es más, jurisprudencia ha sostenido que: “esa estrictez que exige la jurisprudencia en la valoración y consideración del rubro, debe ceder ante supuesto como el de autos donde es el consumidor —parte débil de la contratación— quien efectúa el reclamo (...). No estamos frente a un contratante más: él es un consumidor en una relación de consumo, que hizo necesaria una protección específica para la parte más débil de la estructura negocial que se concreta en la Ley de Defensa del Consumidor que vino a ampliar y profundizar, la tutela ya garantizada por el Cód. Civil con cuya estructura normativa se complementa, y por la Constitución Nacional a través de los arts. 42 y 43 a partir de la reforma de 1994. Así, el marco constitucional utiliza la expresión “trato equitativo y digno”, refiriéndose a un aspecto social o externo, es decir al honor y el respeto que se le debe a la persona. Conceptos estos, cuya lesión claramente llevan al dolor, la angustia, la aflicción y los padecimientos provocados a la víctima por el evento dañoso. En otras palabras, la privación o disminución de aquellos bienes que tienen un valor incuestionable en la vida del hombre que son la paz, la tranquilidad del espíritu, la libertad individual y la integridad individual que constituyen sus más gratos afectos (...). Y el art. 8 bis de la ley 24.240 también exige a los proveedores garantizar condiciones de atención y trato digno y equitativo a los consumidores y usuarios” (CCCde Mar del Plata, Sala 3ª, *in re*: “Pérez, María C. c. Telefónica de Argentina SA s/ daños y perjuicios - incumplimiento contractual”, 05/08/2014, MJ-JU-M-88039-AR).

En sentido coincidente calificada doctrina enseña que el daño moral consiste “no sólo en el dolor, padecimiento o sufrimiento espiritual del individuo”, sino también en la “privación de momentos de satisfacción y felicidad en la vida del damnificado —víctima o reclamante— y que en definitiva influyen negativamente en la calidad de vida de las personas” (Highton, Elena I. - Gregorio, Carlos G. - Álvarez, Gladys S., “Cuantificación de Daños Personales. Publicidad de los precedentes y posibilidad de generar un baremo flexible a los fines de facilitar decisiones homogéneas y equilibradas”, *Revista de Derecho Privado y Comunitario* 21, Derecho y Economía, p. 127).

Por su parte se dijo que “El Cód. Civ. Comercial, coherentemente con el principio de unidad

de la responsabilidad civil, trata al daño moral de manera unificada en el art. 1741, que es aplicable por igual a la responsabilidad surgida del incumplimiento de obligaciones o de hechos ilícitos extracontractuales (art. 1716, Cód. Civ. y Comercial). Por consiguiente, ya no es posible predicar la existencia de ninguna diferencia entre ambas órbitas en lo atinente a la reparación del daño moral, que procederá siempre que se encuentre probada la afectación de intereses extrapatrimoniales que causa consecuencias de la misma índole, y cuya reparación estará sujeta, en ambos casos, a idéntica legitimación” (Conf: Herrera Marisa - Caramelo Gustavo - Picasso Sebastián, “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado”, T. IV, Infojus, Buenos Aires, 2015, p. 462).

Se considera en la especie, la situación de molestias que vivió el accionante, de verse privado de los bienes adquiridos, lo que le ha ocasionado sinsabores, incertidumbres y ansiedades, que —de algún modo— trascenderían la normal adversidad que en la vida cotidiana se verifica frente a contingencias ordinarias de los contratos. Por ello, en este caso, estimo que el daño moral se presume ocurrido y además el valor del monto pedido, lo observo como razonable y prudente para el caso.

En cuanto al daño punitivo reclamado, estimo que se da el supuesto en el caso de autos.

La mención que realiza el artículo 52 bis de la Ley 24.240 (reforma introducida por el art. 25 de la Ley 26.361) relativa a la exigencia del “incumplimiento de una obligación legal o contractual” debe ser entendida como una condición necesaria, y suficiente para imponer la condena punitiva, debiendo considerarse que la misma es de interpretación amplia, resultando procedente, en todo caso que nos encontremos en frente a la existencia de un reproche en el accionar del responsable del daño habiéndose verificado en este caso, sin que sea necesario que el agente dañador ha actuado con “dolo” o “culpa grave”, o con un deliberado designio de anteponer los propios intereses y/o el propio beneficio, manteniéndose indiferente, de modo consciente, frente a los derechos de los clientes o agentes gravemente perjudicados, lo que por lo demás —en este caso se ha verificado—.

Por aplicación de tales parámetros al “*sub lite*” se anticipa que se verifican las circunstancias que autorizan a la fijación de la multa civil pre-

tendida, toda vez que de los presentes autos, fue intencional la falta de entrega, y hubo una entrega a otra persona que no era la accionante, lo que es imperdonable en una empresa profesional como la demandada.

Además, no hubo una reposición de la mercadería adquirida por el comercio, ello exterioriza “per se” un designio “doloso” de perjudicar o la “culpa grave” (insisto, no necesarios) en ese sentido, presupuestos —éstos— que, como se dijo, resultan innecesarios para habilitar la procedencia del “daño punitivo” pretendido, por lo que se estima por lo que se estima que procede el mismo. Efectuada esta breve reseña, con adelanto del criterio del suscripto de la corrección de lo decidido en la primera instancia (sin que ninguno de los argumentos expuestos por el Juez, a los que me remito y doy aquí por íntegramente reproducidos en aras de concisión) haya sido seriamente confutados), diremos ahora que los presentes autos vienen a esta Cámara con motivo del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada en contra de la Sentencia N° 68, de fecha 23/07/2020 —fs. 272/295— por medio de la cual la Dra. Verónica Carla Beltramone, titular del Juzgado de 1° Instancia y 17° Nominación, resolvió: “1. Hacer lugar a la demanda incoada por el Sr. Mario Dante Silvera DNI N° ..., en contra de la empresa Frávega SACIeI, y en consecuencia condenarla a abonar al actor, en el término de diez días, la suma de pesos dieciséis mil ochocientos ochenta y ocho con cuarenta y cuatro centavos (\$16.888,44) por Daño material, la suma de pesos cinco mil (\$5.000) por daño moral, y la suma de pesos cincuenta mil (\$50.000) por daño punitivo. Con más la suma de pesos noventa y dos mil quinientos ochenta y tres (\$92.583) correspondiente a los intereses hasta el presente y computados desde la fecha indicada en el considerando respectivo. Lo que otorga la suma total de pesos ciento sesenta y cuatro mil cuatrocientos setenta y uno con cuarenta y cuatro centavos (\$164.471,44). Bajo apercibimiento de ejecución compulsiva, con más el recargo de intereses legales fijados en el considerando VII en caso de incumplimiento. 2. Desestimar el pedido de aplicación de publicación de la sanción. 3. Imponer las costas a la demandada...”

Agravios:

A fs. 312/327, la demandada por intermedio de su apoderado, se alza en contra de la resolución en crisis.

Destaca en primer término que le produjo agravios procesales y económicos el desacertado criterio del “*a quo*” vinculado al rechazo injustificado de la citación como tercero del correo privado —Andreani Logística SA— quien intervino en la entrega de los productos adquiridos oportunamente por el accionante.

Expone que de los antecedentes de la causa surge que participó en forma activa ante la Dirección de Defensa de los Consumidores de la Provincia, y le dio respuestas a los reclamos del allí denunciante, y manifestó que los productos adquiridos habían sido entregados de acuerdo a lo informado por el Correo Privado actuante, motivos por los cuales solicitó ser desvinculada de dicha instancia administrativa.

Invoca que de ello se desprende el error del sentenciante de no convocar al Correo Privado, ya que en su caso sería el único y exclusivo responsable ante la posibilidad de la no entrega de los productos por alguna deficiencia en el cumplimiento de tal obligación. Alega que cumplió con las obligaciones a su cargo derivadas del contrato que lo uniera con su cliente, es decir hizo entrega al Correo Privado de los productos y este afirmó haberlos entregado, demostrándose en consecuencia lo importante de la citación de dicho tercero vedada por la juzgadora y rechazada por el propio demandante.

Señala que la extensión de responsabilidad invocada por la *a quo* no es procedente en la causa. Refiere que la operatoria expuesta en el pleito permite advertir que, si bien existió una concertación común entre todos los contratos, el incumplimiento se circunscribe únicamente a un deficiente modo de llevar a cabo el transporte de la cosa, respecto de lo cual su parte es totalmente ajena. Expresa que a los fines de la extensión de responsabilidad adquiere fundamental relevancia, además del grado de vinculación y conexidad entre los contratos, la presencia de una suerte de mecanismo entre los proveedores que obstaculicen la posibilidad del consumidor de poder adquirir el bien en cuestión sin verse atado a la red contractual.

En esta senda postula que, en el caso de autos, la modalidad de contratación sólo significó para el adquirente del bien una opción, pues perfectamente podría haberlo comprado concertando negocios individuales.

Solicita que se analice en forma correcta la indebida atribución de responsabilidad que le fue-
ra endilgada.

En segundo lugar, reitera que actuó con el debido respeto y lealtad procesal y nunca pretendió conculcar los derechos del actor. Expone que no es real que tuviera un desinterés por los reclamos del denunciante hoy demandante en sede administrativa, ya que por el contrario participó de las audiencias en que inclusive no asistiera el denunciante y fijó una posición legal respecto a que se había hecho entrega de los bienes adquiridos por el actor al Correo Privado Andreani y que éste informó que los mismos fueron entregados.

Resalta que se debió merituar si la entrega de productos informada por el Correo privado fue materializada en debida forma o no, y en su caso si el incumplimiento de dicha obligación debía ser asumida por su parte.- Alega que no se la puede hacer responsable de la incorrecta actividad administrativa existente en los Organismos Provinciales actuantes, en cuanto no incorporan eficientemente la documentación a la causa, y menos aún de la falta de notificación a las partes actuantes en dichos procesos administrativos, que es la circunstancia que sucediera en autos, y que indebidamente el *a quo* le trasladó a los fines de condenarla.

Enfatiza que la demanda iniciada en su contra debió ser rechazada en todas sus partes, ya que no era el sujeto de derecho pasivo para ser demandado, y menos aún se le debió atribuir responsabilidades que no tuvo.

En este punto afirma que surge nuevamente la responsabilidad del sentenciante y del propio actor, al no permitir la intervención de un sujeto de derecho de innegable trascendencia como lo fue el Correo Privado, siendo éste el único y exclusivo responsable de las consecuencias derivadas del cumplimiento de las obligaciones en juego.

Se agravia en tercer término de la condena por daño moral. Pone de resalto que en sede administrativa asumió una postura que mantuvo en sede judicial, que respetó todos y cada uno de los derechos del cliente consumidor y aportó los antecedentes y elementos a su alcance, cumpliendo las obligaciones a su cargo. Indica que la posición asumida fue la única que le cabía, ya

que era sabedora que su obligación de enviar los productos adquiridos por el accionante al Correo Privado había sido cumplida.

Expone que no ha sido la generadora de una supuesta lesión a la esfera íntima del actor. Arguye que el solo hecho de la presunta falta de entrega del producto adquirido no puede ser utilizado como factor de atribución de responsabilidad, y menos aún como generadora de una supuesta lesión a la esfera íntima del accionante, sumado a que dicha presunta falta de entrega no puede serle trasladada. Explica que en materia contractual, el daño no se presume. Señala que la resolución contractual definida por la "*a quo*" no genera "per se" la acreditación de elementos que permitan concluir que ha existido afectación anímica o lesión a los sentimientos del actor de una gravedad tal que pueda dar lugar a un verdadero perjuicio espiritual. Peticiona se rechace el daño moral que el actor pretende atribuirle.

Se agravia en cuarto lugar de la admisión del daño punitivo. Expresa que no se verifican los requisitos para la aplicación de la figura. Argumenta que en el caso bajo análisis no existe una conducta, y menos aún grave que se le pueda imputar, como tampoco la causación de un daño obrando con malicia, mala fe o grosera negligencia. Expone que la sentenciante se refirió de manera vaga a una "situación" disvaliosa, a una actitud descuidada y rayana con la malicia por no haberse brindado información al denunciante. Destaca que existió un procedimiento administrativo por ante el organismo de defensa del consumidor al que asistió y en el que actuó de acuerdo a derecho, siendo ello una muestra de respeto al debido proceso.

Postula que para aplicar una sanción como la analizada se requiere un despliegue probatorio no llevado a cabo en debida forma en esta causa, pues el actor debió haber acreditado que diligencia fue omitida por mi representada, atendiendo a la naturaleza de la obligación y las circunstancias de las personas, tiempo y lugar.

Agrega que no surge de qué manera se habría enriquecido con la presunta conducta reprochable ni la forma en que la sociedad toda se encontraría afectada con este incumplimiento que se endilga. Señala que tampoco se comprobó la omisión de ciertos cuidados o precauciones, ni surge de las constancias o pruebas arrimadas

que el supuesto hecho dañoso fuese un caso reiterado y generalizado.

Repara que el “quantum” resulta irrazonable, por excesivo y confiscatorio, vulnera la razonabilidad y el principio constitucional del debido proceso, configurando un enriquecimiento sin causa por parte del actor.

Solicita se rechace el rubro, y subsidiariamente, para el caso de hacerse lugar al pedido de daños punitivos, se lo calcule conforme los criterios objetivos de valoración que la doctrina y jurisprudencia local han aplicado.

En su quinto agravio se queja de los intereses dispuestos para el daño punitivo. Refiere que los mismos deben computarse desde la fecha de la sentencia que los dispone hasta la de su efectivo pago, requiriendo en forma subsidiaria que así se disponga.

Por último, se queja de la imposición de costas, solicitando sean soportadas por el accionante.

Contestación de agravios.

Con fecha 26/10/2020, la parte actora por intermedio de su apoderado, contesta los agravios vertidos por la accionada, pregonando el rechazo de los mismos, conforme a las consideraciones que brinda y a cuya lectura se remite en honor a la brevedad.

Se advierte que la convocatoria para fallar gira en torno a:

- La responsabilidad que en el caso de autos le fuera endilgada a la demandada.
- La procedencia del daño moral.
- La procedencia del daño punitivo, su cuantificación e intereses.

La sentencia que ahora se recurre ha calificado la relación que une a las partes como de consumo y en consecuencia, ha aplicado la Ley de Defensa del Consumidor al caso de autos, lo que además de coincidir con el criterio del suscripto, no ha sido cuestionada en esta instancia de alzada.

La Responsabilidad de Frávega SACIEI y la sanción punitiva.

Se queja la parte demandada por la atribución de responsabilidad que se le imputa por incumplimiento contractual, alegando que Correo Andreani Logística SA habría sido responsable directo del hecho que motivó la demanda, sosteniendo en resumidas cuentas que no mediaría un supuesto de conexidad contractual, pues el actor podría haber conseguido la misma compra concertando negocios individuales.

Arguye que la sentencia se encuentra viciada por violación a los principios de razón suficiente y de la experiencia, sosteniendo que su parte actuó con debido respeto, lealtad procesal, y que nunca pretendió conculcar los derechos del consumidor. Sostiene que ha demostrado interés en los reclamos del denunciante en sede administrativa, ya que participó en audiencias y fijó una posición legal. Sugiere que no se analizó en primera instancia quién había asumido la obligación de entrega del producto, para evaluar si Frávega debía responder, destacando su actuación ante el organismo de Defensa del Consumidor.

Sin embargo, no asiste razón a la apelante en este punto. No debe desconocerse que Correo Andreani es una integrante del circuito económico propio de la accionada, de la que la demandada se vale para mejorar, gestionar y perfeccionar de manera ágil sus ventas.

Sin perjuicio de ello, Frávega SACIEI es quien asumió la obligación de realizar la entrega del producto, y la misma no fue llevada a cabo, por lo que el incumplimiento objeto del presente pleito no puede reputarse ajeno a la accionada. En este contexto deviene completamente anecdótico si dicha falta se debió a cuestiones acaecidas por actos y omisiones de las firmas involucradas dentro del entramado empresarial.

De esta manera, la responsabilidad en cabeza de la demanda luce ostensible. Ahora bien, se advierte en los presentes que el incumplimiento aludido se ha visto acompañado de actitudes reñidas con la buena fe por parte de Frávega, que permiten tener por configurados los presupuestos subjetivos para la procedencia del daño punitivo.

En esta senda, me remito a lo ya dicho precedentemente, sin perjuicio que cabe precisar que, la pretensión deslindante de responsabilidad a la que se ha hecho referencia, además de improce-

dente, luce como una de dispensa de trato indigno al consumidor.

En este orden, debe considerarse que la proveedora conoce perfectamente cuál es el derecho del actor, y su responsabilidad en la falta de entrega del producto frente al consumidor es clara.

Bajo este panorama, el intento de eximirse de responsabilidad atribuyéndosela al servicio de correspondencia que la propia demandada utiliza como parte de su circuito económico, se evidencia como un intento de entorpecer el reclamo del consumidor, pretendiendo tabicar su responsabilidad en forma antijurídica. Un estándar mínimo de respeto a la Ley y especialmente al trato digno del consumidor, impone que las proveedoras reconozcan inmediatamente los derechos del consumidor que ha sido perjudicado, ante el primer reclamo. El estándar social deseable impone que las empresas actúen sin dilaciones poniendo a disposición del consumidor las opciones que las normas protectorias establecen a su favor.

En caso de entender las proveedoras que el autor material del daño es otra empresa integrante de la cadena de comercialización, deben responder igualmente ante el consumidor y posteriormente hacerse los regresos pertinentes entre ellas.

Este es el espíritu de la ley consumeril. La solidaridad legal del sistema protectorio procura evitar que las distintas proveedoras que integran un circuito económico en beneficio común, pretendan deslindar sus responsabilidades, obstaculizando los reclamos de los consumidores.

En definitiva, la actuación de Frávega se ha alejado a grandes distancias de un estándar deseable y tolerable en una sociedad de consumo. La firma demandada desoyó los reclamos directos del consumidor, forzándole a acudir al auxilio de una dependencia administrativa para lograr soluciones, para allí continuar con su trato indiferente, asistiendo a las audiencias para desconocer ilegítimamente su responsabilidad e intentar confundir la atención del consumidor pretendiendo desviar su petición.

Desconocer el derecho del consumidor, obligarlo a buscar la intervención de terceros, y posteriormente a acudir a instancias judiciales, presuponen sin dudas un ostensible trato indigno pasible de sanción punitiva.

No debe pasar desapercibido que proveedoras de la envergadura como la demandada, interactúan con una enorme multiplicidad de consumidores, por lo que considera este Ministerio que la Justicia debe observar con especial rigor el conculcado de estas empresas para evaluar la gravedad de sus actos.

No puede soslayarse que las grandes proveedoras pueden fácilmente adoptar posturas ilegales en forma masificada si advierten que la Justicia no reacciona ante las denuncias que los consumidores llevan a sus estrados. Debe procurarse que los precedentes judiciales no allanen el camino a las empresas para irrespetar los derechos de los consumidores.

Al tratarse de entidades que persiguen únicamente el lucro, ha de tenerse especial cuidado al analizar cada hecho infraccionario y no relativizarlo, pues cada desatención al consumidor, desde la falta de contestación a un llamado telefónico hasta el desconocimiento reiterado de derechos que deriva en acción judicial, puede obedecer a una práctica comercial especulativa tendiente al desgaste de los consumidores, apostando al costo de oportunidad esperando el desistimiento de los perjudicados.

Como contracara, debe alentarse a los consumidores a reclamar por sus derechos, puesto que se advierte que además de encontrarse en situación de notable vulnerabilidad frente a las proveedoras, las prácticas desgastantes en las que suelen incurrir las proveedoras, los trastornos que presuponen los reclamos, directos, administrativos, los costos y riesgos del acceso a la justicia, son grandes obstáculos que difícilmente sorteen todos los consumidores, mucho menos ante daños que suelen ser insignificantes en los casos particulares, pero que en la cantidad reportan enormes ganancias a las empresas.

Se advierte asimismo que el lucro obtenido por las proveedoras a raíz de sus prácticas comerciales, deriva también del ahorro en el afrontamiento de costos que deberían solventarse para brindar una atención cordial, eficiente y acorde a la ley.

En definitiva, la demandada debe ser responsabilizada por su incumplimiento contractual, y su actitud frente a los reclamos del consumidor

se corresponde indudablemente con una dispensa de trato indigno que no debe ser tolerada y por contrario debe ser severamente disuadida.

Las consideraciones hasta aquí expuestas impiden atender la queja relativa a la morigeración del daño punitivo. En esta senda cabe precisar que lejos de resultar excesiva como pretende sugerir la recurrente, la suma condenada a pagar luce manifiestamente exigua a los fines disuasorios de una empresa como la demandada. Pese a ello, la parte actora no se ha agravado sobre la cuantificación del rubro, por lo que no corresponde propiciar la elevación de la condena.

Por ello es que tampoco es de recibo ninguna disminución del monto mandado a pagar en concepto de daño punitivo. La sanción tiene que ser ejemplificadora y a la empresa le debe salir más barato cumplir con la ley que incumplirla o directamente violarla abiertamente. A los fines de su cuantificación en menester apreciar la naturaleza del derecho vulnerado, la conducta reprochable de la demandada y los riesgos sociales que es posible inferir de su comportamiento. En esta articulación, y en el entendimiento que el servicio de venta por internet es en los tiempos que corren de uso corriente, en parte, tal como lo afirma el accionante por las mejores ofertas que ofrece respecto a la venta directa en el comercio, lo que de manera indudable coloca a la demandada en una posición dominante en el mercado. Y siendo que por tratarse en todos los casos de contratos con cláusulas predispuestas, de lo que se deriva que es la que fija unilateralmente las condiciones de contratación, de la prestación del servicio, de las formas de su cumplimiento, etc. Encontrándose, por ende, los consumidores compradores en un claro desequilibrio dentro de dicha relación. Considero adecuado, el monto mandado a pagar, inclusivo exiguo, a los fines disuasorios y preventivos, y a los efectos de desalentar la práctica abusiva que quedó evidenciada en autos, que exterioriza desatención de los derechos de los consumidores, los que no tienen otra opción que someterse a las condiciones que la empresa le impone.

Por último, y en relación a los intereses, cabe señalar que el agravio sostenido por la accionada no puede ser recibido. Repárese que la “*a quo*” dispuso en el resolutorio la aplicación de intereses desde la fecha de interposición de la demanda hasta su efectivo pago y la quejosa pretende que los mismos se calculen desde la fecha de la

sentencia.

En lo que aquí interesa, a los fines de “enaltecer” la finalidad preventiva del daño punitivo y, puntualmente, con miras a incentivar que los sujetos que integran la cadena de consumo brinden soluciones al consumidor desde el primer momento que acercan su problemática, concluyó que corresponde aplicar un interés desde el primer momento en que se generó el incumplimiento renuente y hasta la fecha de la sentencia.

Aunque merece reconocimiento que estamos ante valores actualizados a la fecha de la sentencia, momento en el cual se cuantifica el rubro y que es constitutiva sobre este aspecto, ello no obsta al cómputo de intereses desde que el incumplimiento del proveedor se produce. Ello así, porque la conducta reprochable que se castiga, existe desde el primer momento en que se generó el incumplimiento renuente, y es desde esa misma oportunidad que el problema debió ser solucionado por el agente dañador. Las sumas calculadas en la sentencia en todo caso, permiten inferir que ya no podrá imponerse una tasa de interés semejante a la que se establece desde un inicio para rubros indemnizatorios calculados según valores a la fecha del hecho. Es sabido que aquella contiene componentes correctores de la inflación que no pueden ser aplicados a los períodos anteriores a la fecha en que fue calculado el daño punitivo (fecha de la sentencia), pero eso no autoriza a excluir para ese lapso el computo de intereses, si la inconducta que justifica este plus sancionatorio nació desde el primer día en que no se brindó adecuada solución al problema del consumidor, de manera que en ese momento se consolidó la práctica que justamente se quiere erradicar, y nació el derecho del actor a pedir esta sanción. La postura se justifica, porque coadyuva a desterrar conductas como la asumida por las demandadas y a fomentar a los intervinientes en la cadena de consumo a dar soluciones concretas a los consumidores desde el primer momento en que éstos acercan sus problemáticas, sin generarles la necesidad de transitar un derrotero de reclamos sin obtener remedio, como ocurrió en este caso. Se procura asimismo, enaltecer la función disuasiva, con la finalidad que la condena surta el efecto deseado de desarraigar este tipo de conductas lesivas a bienes jurídicos protegidos por la ley de Defensa del Consumidor.

A la luz de lo expuesto, el agravio formulado en

torno al daño punitivo, monto y al cómputo de intereses debe ser rechazado.

Así las cosas, conforme las consideraciones expuestas en el presente acápite, las quejas relativas a la responsabilidad que le fuera endilgada y a la condena por daño punitivo y “*dies a quo*” de los intereses, deben ser desestimadas, lo que así voto.

La procedencia del daño moral.

Se queja la demandada de la admisión del daño moral. Expone que no hubo incumplimiento de sus obligaciones, que siempre adoptó una postura respetuosa para con los derechos del consumidor y que la presunta falta de entrega de un producto no puede resultar generadora de un verdadero perjuicio espiritual. El agravio así formulado, no puede ser atendido.

En efecto, cabe precisar que la cuestión relativa al incumplimiento en cabeza de la proveedora demandada en autos ha quedado —a esta altura del análisis— absolutamente despejada. Ello, como así también la conducta asumida por la accionada frente al consumidor, a quien luego de haber traicionado su confianza le dispensó un trato indigno, haciéndole sentir el desconocimiento de sus derechos, forzándolo a transitar la vía administrativa y finalmente la judicial para encontrar satisfacción a su requerimiento.

Las circunstancias descriptas, provocadoras sin lugar a dudas, de un estado de desasosiego, preocupación y malestar en el actor, se traducen en una evidente modificación disvaliosa del espíritu y poseen virtualidad suficiente para dar lugar a la reparación de que se trata, por lo que el agravio en este sentido debe ser rechazado.

Asimismo, debe rechazarse el denuesto respecto al monto, que lejos de ser exorbitante resulta sumamente exigüo, sobre todo a la luz del art. 1741, Cód. Civ. Comercial, ya que no se advierte cuáles serían las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas irrisorias reconocidas.

Las costas son una consecuencia directa de la derrota en juicio por lo que la queja se desecha (art. 130, CPC).

Conclusión.

Conforme las consideraciones vertidas precedentemente, considero que el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada debe ser rechazado, confirmándose la sentencia de grado, con costas a su cargo (art. 130, CPC). Así voto.

La doctora *Molina de Caminal* dijo:

1. Comparto íntegramente el dictamen de la Sra. Fiscal de Cámara de fecha 09/02/2021, por lo que adhiero a los fundamentos y decisión a que arriba el doctor *Remigio*.

2. En razón de la disidencia planteada por el doctor *Flores*, procedo a fundar mi voto (art. 382 CPC).

La discrepancia finca en el *dies a quo* de los intereses por el rubro “daño punitivo”, dispuestos desde la demanda por la Magistrada. La demandada cuestiona ello a fs. 325 vta. *in fine*/326 con la sola mención de que se trata de una sanción, por lo que deben los mismos computarse desde la fecha de la sentencia.

Dicho “agravio” amerita dos reflexiones: la primera: Corresponde señalar que la eficacia de la expresión de agravios debe analizarse desde dos perspectivas, la suficiencia técnica y la fuerza convictiva. En el caso, claramente carece de suficiencia técnica por cuanto no se trata de una crítica concreta y razonada de todos los fundamentos de la resolución opugnada, a más de tampoco contar con fuerza convictiva al no desarrollar argumentos valerosos que permitan estimar que existe algún error en el fallo con relación a los presupuestos supra mencionados. En esa dirección, debe considerarse que el Tribunal de Alzada no es consultor ni revisor automático de lo resuelto por los magistrados de la instancia de origen, desde que la jurisdicción del órgano al que está informada por el principio dispositivo donde el apelante tiene la carga procesal de exponer una crítica razonada.

La de apelación es una instancia de revisión crítica, donde lo que se ataca o defiende es el pronunciamiento en crisis, en función de sus impropiedades o desaciertos. Si bien prevalece un criterio amplio de apreciación de los requisitos que debe satisfacer la “expresión de agravios” en aras a salvaguardar el prístino derecho de defensa, no es menos que todo planteo

revisor debe contener un análisis razonado de la materia impugnada, de modo tal que se rebatan los fundamentos esenciales que le sirven de apoyo, aportando la demostración de lo que se reputa erróneo, injusto o contrario a derecho. Un repaso del escrito recursivo pone de manifiesto la ausencia de una debida fundamentación, ya que no brinda argumentos superadores a las consideraciones del fallo, no surgiendo que los que se invocan como agravios puedan constituir una queja seria, razonada y lógica que tienda a enervar lo resuelto.

El tribunal de apelación no tiene la función de contralor o de revisión de todo lo actuado en la instancia de origen, sino que trabaja sobre los puntos que le han sido sometidos a través de los agravios del apelante; el ámbito objetivo de la instancia recursiva no es el mismo que el de primera instancia, sino el estricto que le proporciona la pretensión del recurrente limitando la función revisora. De ahí, todo lo que no ha sido objeto de agravio concreto y haya sido motivo de decisión del Tribunal *a quo*, en virtud de la vigencia del principio dispositivo, gana firmeza y constituye un ámbito que no alcanza la jurisdicción de la Cámara.

Sobre el contenido de la expresión de agravios, el TSJ —en posición que se comparte— ha sostenido: “Sin desconocer que el escrito impugnativo debe contener una crítica razonada y concreta de las partes del acto cuestionado que el apelante considere equivocada, ello no involucra el cumplimiento de un ritualismo ocioso sino que persigue preservar en toda su pureza el sistema apelatorio que sintetiza el aforismo *tantum devolutum quantum appellatum* (Cfr. Jorge W. Peyrano - Julio O. Chiappini “Del sentido común y de la suficiencia del escrito de expresión de agravios”, en *Tácticas en proceso civil*, T. III, p. 108 y ss., edit. Rubinzal-Culzoni).” “Por ello, el escrito de expresión de agravios debe contener un análisis crítico de la resolución que se pretende apelar, en virtud de que los agravios son fundamento y medida del recurso, y han de conformar una posición clara y concreta del litigante, que no coloque al tribunal en la necesidad de proceder a una revisión indiscriminada, con riesgo de suplir no sólo la actividad crítica del impugnante, sino de hallar agravios donde aquél no los hubiera señalado.” (AI 120, del 19/05/2000, autos “Martínez, Juan E. c. Miguel A. Bustamante —Ejecutivo— Cpo. de Apelación —Recurso Directo” (“M” 46/99).

Huelga decir que los escasos argumentos expresados en la apelación, a tenor de lo explicitado precedentemente y en función de una situación que, cual refiere el voto disidente, no es pacífica en la jurisprudencia local, resultan insuficientes a los fines pretensos, no revelándose más que como un mero desacuerdo con lo dispuesto por la Magistrada.

Lo segundo, que obrar como lacónicamente pretende la apelante podría ser procedente solo si el daño punitivo fue cuantificado a valores al tiempo de la sentencia dictada, lo que no parece ser el caso, en que sobre una pretensión resarcitoria de Ochenta y cinco mil pesos la Magistrada fijó la multa en pesos Cincuenta mil, evidenciando el modo de cálculo de intereses que la cuantificación se hizo a valores al tiempo de la demanda.

Si bien en líneas generales puede compartirse que cuando el daño es cuantificado a valores a la Sentencia no corresponde adicionar intereses de uso judicial de manera previa, al no ser ese el supuesto de autos, no procede la apelación, siendo insuficiente la expresión de agravios que no se hace cargo del modo en que el rubro fuera cuantificado.

El doctor Flores dijo:

Adhiero a la reproducción y remisión de fundamentos en los cuáles los Sres. Colegas de Cámara motivan la solución del caso, aunque he de hacer respetuosa disidencia con relación a la fecha de cómputo de los intereses moratorios en el daño punitivo.

Este aspecto ha sido materia de especial reproche por la apelante y, a mi modo de ver merece una breve consideración. En esa dirección debo reconocer que, en un primer momento, en la causa “Elorza, Jean A. c. CMR Falabella SA - ordinario - cobro de pesos - Expte. 5783769” (sent. N° 73, de fecha 03/09/2018, de esta Cámara), sostuve su aplicación a partir del momento de la demanda donde se solicita. Sin embargo, a posteriori, integrando la Cámara 8ª en lo Civil y Comercial, en pleno acuerdo con la Dra. Gabriela Eslava, arribamos a la conclusión que dada su naturaleza sancionatoria, lo correcto es que ellos corran desde el eventual incumplimiento del pago que ordena la sentencia firme (v. “Badran, Juan P. c. Telecom Argentina SA - abreviado - cobro de pesos - Expte. N° 7280025”, del 30/12/2020). Porque no podría comenzar a calcu-

larse desde el acaecimiento del hecho, como suele suceder con los rubros indemnizatorios, porque es la sentencia la que impone la multa y no existe mora sino a partir de su incumplimiento; salvo — como entiende alguna doctrina— que se considere que son una especie de resarcimiento.

En el precedente indicado, la colega de la Cámara 8° (en plena coincidencia con el suscripto) dijo que deben computarse desde la fecha del pronunciamiento porque el monto de la condena es determinado en esa pieza decisoria, lo que se condice con el fin sancionatorio del rubro. De hecho, agregaba, en el derecho contravencional los intereses se deben desde la imposición de la multa y no desde que el hecho ocurrió (Cfr. “Estatuto del Consumidor - 2 ed. Chamatropulos, art. 52 bis”; Molina Sandoval, Carlos A., “Derecho de daños,” 1° ed. Buenos Aires, Hammurabi, 2020, p. 433). La misma solución ha brindado la Cámara 4ª, en “Aliaga Márquez, Jorge A. c. Personal Argentina SA - abreviado - Expte. N° 5747048”, Sentencia N° 73 del 08/07/2020, sosteniendo que los intereses corren a partir de la sentencia, pues se trata de la determinación en un valor que, se supone, atiene a las circunstancias actuales (asimismo véase: Semanario Jurídico 2124 y 2125 del año 2017).

Es conveniente destacar que la cuestión no es pacífica en la jurisprudencia local y que actualmente se encuentra a decisión en el órgano de Casación; no obstante, el criterio mayoritario se ha inclinado a favor de la tesis que expongo en este voto atendiendo a la naturaleza “sancionatoria” de la punición impuesta.

2ª cuestión. — El doctor *Remigio* dijo:

Corresponde: A mi modesto entender, para este caso particular, y así lo propongo —respectuosamente— al acuerdo que se resuelva: Rechazar el recurso de apelación interpuesto, con costas al apelante. Regular los honorarios profesionales, por las tareas desarrolladas por ante este Tribunal de Grado, de los Dres. Ignacio Arrigoni y Pedro Peralta, en el ... y ... del punto medio y del mínimo de la escala del art. 36, CA, Ley N° 9459, respectivamente, sobre la base de lo discutido en la Alzada, sin perjuicio —en su caso— del mínimo legal correspondiente a la Alzada, de ... Jus en su valor actual y de los eventuales Con-

venios entre letrados y partes (arts. 39, 40, 109, 125, concs. y corr., CA, ley cit.), con más el IVA si correspondiese, según el carácter que revistan los beneficiarios a la fecha del efectivo pago.

Así voto.

La doctora *Molina de Caminal* dijo:

Corresponde:

Rechazar el recurso de apelación interpuesto, con costas al apelante.

Regular los honorarios profesionales, por las tareas desarrolladas por ante este Tribunal de Grado, de los Dres. Ignacio Arrigoni y Pedro Peralta, en el ... y ... del punto medio y del mínimo de la escala del art. 36, CA, Ley N° 9459, respectivamente, sobre la base de lo discutido en la Alzada, sin perjuicio —en su caso— del mínimo legal correspondiente a la Alzada, de 8 Jus en su valor actual y de los eventuales Convenios entre letrados y partes (arts. 39, 40, 109, 125, concs. y corr., CA, ley cit.), con más el IVA si correspondiese, según el carácter que revistan los beneficiarios a la fecha del efectivo pago.

El doctor *Flores* dijo:

Adhiero a la solución que proponen los Sres. Colegas, con la salvedad de *dies a quo* de los intereses del daño punitivo, los que corresponde se impongan desde la fecha de la sentencia.

Por ello, y por mayoría se resuelve: Rechazar el recurso de apelación interpuesto, con costas al apelante. Regular los honorarios profesionales, por las tareas desarrolladas por ante este Tribunal de Grado, de los Dres. Ignacio Arrigoni y Pedro Peralta, en el ... y ... del punto medio y del mínimo de la escala del art. 36, CA, Ley N° 9459, respectivamente, sobre la base de lo discutido en la Alzada, sin perjuicio —en su caso— del mínimo legal correspondiente a la Alzada, de ... Jus en su valor actual y de los eventuales Convenios entre letrados y partes (arts. 39, 40, 109, 125, concs. y corr., CA, ley cit.), con más el IVA si correspondiese, según el carácter que revistan los beneficiarios a la fecha del efectivo pago. Protocolícese, notifíquese de oficio y bajen. — *María R. Molina*. — *Rubén A. Remigio*. — *Jorge M. Flores*.