RDCO

REVISTA DE DERECHO COMERCIAL Y DE LAS OBLIGACIONES

Fundada por ISAAC HALPERIN en 1968

Septiembre - Octubre 2021 | 310

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

RDCO

REVISTA DE DERECHO COMERCIAL Y DE LAS OBLIGACIONES

Fundada por ISAAC HALPERIN en 1968

Septiembre - Octubre 2021 | 310

DIRECTORES:
HÉCTOR ALEGRIA
RAÚL A. ETCHEVERRY

ÁREA DE DERECHO COMERCIAL:
Rafael M. Manóvil
Osvaldo Marzorati
Efraín Hugo Richard
Julio César Rivera
Adolfo A. N. Rouillon
María Elsa Uzal

ÁREA DE DERECHO DEL CONSUMIDOR:
Gabriel Stiglitz
Roberto A. Vázquez Ferreyra

COORDINADORES:
Héctor O. Chomer - Carlos A. Hernández
Carlos A. Molina Sandoval - Martín E. Paolantonio
Fulvio G. Santarelli - Jorge S. Sícoli

INCLUYE VERSIÓN DIGITAL

ABELEDOPERROT

DIRECCIÓN ACADÉMICA
Mónica Pinto

COMITÉ HONORARIO

Agustín Gordillo
Aída Kemelmajer
Alberto J. Bueres
Carlos Etala
Cecilia Grosman
Eugenio Bulygin
Eugenio R. Zaffaroni
Héctor Alegria
José Tobías
Julio C. Rivera
Nelly Minyersky
Noemí Lidia Nicolau

COMITÉ ACADÉMICO

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

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

Internacional Privado
María Susana Najurieta
Alfredo Mario Soto
María Elsa Uzal

Internacional Público
Susana Ruiz Cerutti
Silvina González Napolitano
Raúl Vinuesa

Familia
Carlos Arianna
Luis Ugarte
Adriana Wagmaister

Civil
Carlos Hernández
Sebastián Picasso
Sandra Wierzba
Diego Zentner

Penal
Mary Beloff
Alberto Edgardo Donna
Daniel Pastor

Laboral
Mario Ackerman
Adrián Goldin
Julio César Simón

Comercial
Rafael Mariano Manóvil
Horacio Roitman

Filosofía
Ricardo Guibourg
Rodolfo Vigo

Derechos Humanos
Laura Giosa
Roberto Saba

Ambiental
Néstor Cafferatta
Leila Devia
Silvia Nonna

COMITÉ EDITORIAL

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

Criminología
Gabriel Ignacio Anitua
Matías Bailone
Máximo Sozzo

Familia
Silvia Eugenia Fernández
Eleonora Lamm
Ida Scherman

Civil
Carlos Calvo Costa
Luis Daniel Crovi
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

CONTRATOS

Doctrina

La problemática de los contratos de larga duración: necesidad de una reforma
Osvaldo J. Marzorati 5

Contrato de comodato
Osvaldo R. Gómez Leo - Nicolás J. Negri 18

El seguro de caución: efectos frente al concurso preventivo
Rómulo Rojo Vivot - Sebastián Eduardo Torres 50

Comentarios Jurisprudenciales

CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN
Vínculo que se mantuvo en forma ininterrumpida durante 16 años. Decisión de no renovar el convenio. Ausencia de preaviso suficiente. Aplicación del art. 1492 del Código Civil y Comercial. Indemnización. Compensación por clientela. 75

Plazo del preaviso en los contratos de distribución en sentido estricto de plazo indeterminado. Un ejemplo a ser seguido en la interpretación judicial del sistema de rescisión unilateral ilícita de los contratos de distribución en sentido amplio del Código Civil y Comercial
Diego Hernán Serebrinsky 82

CONCURSOS Y QUIEBRAS

Doctrina

Acciones de responsabilidad contra administradores societarios en la quiebra
Pedro Sánchez Herrero 123

Segunda oportunidad, liberación o descarga de deudas: el imperativo de la hora en la superación de la insolvencia o crisis de la persona natural
Silvana Mabel García 143

El *cramdown* del *Chapter Eleven* del Código de Bancarrotas de Estados Unidos
Héctor J. Miguens 150

SOCIEDADES

Doctrina

En defensa de la SAS: de las críticas formuladas a este tipo social y su réplica
Pablo Sylvester Fleming 175

Administrador de hecho en el derecho societario y concursal
Carlos A. Molina Sandoval 195

Las SPAC como vehículos para una IPO: su relevancia para las empresas argentinas
Nicolás Malumián 247

Evanescencia de los dogmas en el derecho societario: abandono de la comunidad de riesgos como elemento esencial del negocio
Lucas Maderna 256

DEFENSA DEL CONSUMIDOR

Doctrina

Estudio del beneficio de justicia gratuita (arts. 53 y 55, ley 24.240)
Nicolás I. Manterola 273

Sobreendeudamiento, comportamiento y tecnología
Hugo G. Monzón 286

Consideraciones sobre los *delivery*
Carolina Isabel Arias - Carlos G. Gerscovich 297

Comentarios Jurisprudenciales

MEDIACIÓN PREJUDICIAL OBLIGATORIA
Contrato de compraventa. Sometimiento voluntario al subcentro Institucional de Mediación del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires. Validez 305

MEDIACIÓN PREJUDICIAL OBLIGATORIA
Debido proceso. Facultades de los jueces. Juez Natural. Mediación 306

MEDIACIÓN PREJUDICIAL OBLIGATORIA
Acto llevado a cabo por escribano. Eficacia de las mediaciones dirigidas únicamente por abogado habilitado por la autoridad de aplicación y designado por sorteo 307

Dos fallos fallidos sobre incumbencias profesionales
Fernando J. J. Varela 308

MARCAS Y PATENTES

JURISPRUDENCIA

DERECHO MARCARIO
Acción de amparo. Medida cautelar tendiente a suspender los procedimientos administrativos en los que tramita la caducidad de determinadas marcas. Rechazo de la pretensión 315

DERECHO MARCARIO
Imposibilidad de monopolizar una partícula de uso común. Oposición infundada 317

DERECHO MARCARIO
Cese en el uso de la marca "MISSONI" en prendas tejidas para diseñadores. Extensión de la orden al dominio de Internet. Rechazo de la defensa de prescripción 319

DERECHO MARCARIO
Cese de uso de marca. Medicamentos. Rechazo de la medida cautelar 324

CONTRATOS

Doctrina

La problemática de los contratos de larga duración: necesidad de una reforma

Osvaldo J. Marzorati

Sumario: I. Introducción.— II. Antecedentes.— III. Diferenciación entre los contratos de larga duración y los de ejecución instantánea.— IV. El objeto del contrato, la esencialidad del tiempo y el deber de colaboración.— V. La renegociación.— VI. Consideraciones sobre los contratos de duración.— VII. Conclusiones.

I. Introducción

Al incorporar los contratos de larga duración al nuevo Código Civil y Comercial en un solo artículo como categoría particular, y luego de una cuidadosa lectura del art. 1011, surgen muchos interrogantes, agravados porque, en los Fundamentos del Código, la Comisión manifiesta que es una proposición novedosa y controvertida, pero que despierta varias cuestiones; intentaré abordarlas en este artículo, ya que he escrito sobre los contratos de duración, particularmente los de comercialización y sus características.

La primera inquietud es si los contratos de duración quedan subsumidos en la categoría de contratos de larga duración o, por el contrario, los contratos descriptos en el art. 1011 quedan subsumidos como una forma particular de los contratos de duración, como la concesión comercial queda subsumida en los contratos de comercialización que el Código contempla. Estos tienen características propias y soluciones diferentes en cuanto a su terminación. Las dudas comienzan desde la mera lectura de los Fundamentos del Anteproyecto presentado por los miembros de la Comisión Redactora, presidida por el Dr. Lorenzetti, que decidieron incorporar un concepto breve sobre este tema, que ha generado diversas interpretaciones de los comentaristas sobre el concepto mismo, sobre si el tiempo es esencial para su objeto; otros sostienen que, en lugar del tiempo, es relevante su finalidad o la pérdida de su causa, así como diversas interpretaciones, sugiriendo abordarlos con un concepto dinámico, previamente legislado en Códigos foráneos que han sido consultados por sus autores.

Al respecto, señalo que el art. 1011, que exige, ante una rescisión notificada por una parte, facultar a la otra parte a renegociar el contrato sin más, en forma imperativa, es claramente incompatible con ciertos contratos de duración, como la agencia, la franquicia o la concesión, que tienen un concepto tarifado de extinción por rescisión unilateral sin expresión de causa por cualquiera de sus partes, con lo que incluirlos como contratos de larga duración genera un problema de incompatibilidad, que será usado por el deudor de la prestación incumplida para dilatar la renegociación o postergarla sin plazo cierto.

Los de duración tienen un método distinto para poner fin al contrato; los de larga duración prevén una renegociación sin fijar un plazo ni consecuencias en caso de fracasar. Tener dos métodos diferentes de extinción constituye una propuesta —a mi juicio— inaceptable. Un análisis de estos me inclina a que sean considerados, al menos *de lege lata*, como dos categorías contractuales diferentes, cada uno con un sistema de extinción particular, como desarrollaremos en este trabajo. Dado que los contratos de duración son hijos de la doctrina y de prácticas

bien establecidas, mientras que los de larga duración fueron creados por ley, se necesitará una reforma legal para sustentar la categoría de duración o, a falta de ella, modificar el art. 1011 por ley, estableciendo que no se aplica a los contratos de duración el tercer apartado del art. 1011, salvo si la jurisprudencia puede resolver que a los contratos de duración, que tienen un método propio de extinción diferente, que no contempla la renegociación obligatoria prevista en el art. 1011, no les es aplicable el tercer párrafo de dicho artículo, que solo se refiere a los de larga duración. Esta es una de las soluciones posibles.

Debo destacar que el Anteproyecto de Reformas del Código Civil y Comercial elevado oportunamente al Congreso recomendó la lisa y llana derogación del tercer párrafo del art. 1011 para los contratos de larga duración **(1)**. *Se sostuvo que la rescisión de un contrato de larga duración no puede estar sujeta a la inexorable obligación de renegociar, respaldándolo, entre otros fundamentos, con citas de jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.*

II. Antecedentes

Los contratos de larga duración no tenían antecedentes en anteriores proyectos de reforma, incluyendo el Anteproyecto de 1998. El cap. V del Libro Tercero del Código Civil y Comercial, vigente desde el 01 de agosto de 2015, trata del objeto de los contratos; contiene ocho artículos, el último de los cuales es el art. 1011, titulado "Contratos de larga duración".

Estos contratos se conocían en doctrina y legislación italiana como *contrati di lunga durata* o *lungo termine*, y de ahí han abrevado los Códigos colombiano y peruano para incorporarlos a su legislación **(2)**. Se los caracteriza en nuestra legislación como aquellos donde "el tiempo es esencial para el cumplimiento del objeto, de modo que se produzcan *los efectos* queridos por las partes, o se satisfaga la necesidad que los indujo a contratar.

"Las partes deben ejercitar sus derechos conforme con un deber de colaboración, respetando la reciprocidad de las obligaciones del contrato, considerada en relación con la duración total."La parte que decide la rescisión debe dar a la otra la oportunidad razonable de renegociar de buena fe, sin incurrir en ejercicio abusivo de los derechos".

Este artículo ha provocado un sinnúmero de comentarios, por cuanto este crea un concepto, pero no una definición; establece una categoría donde se pueden identificar numerosos contratos, que pueden enmarcarse en dicho concepto. Por ese motivo corresponde indagar sobre sus alcances, comenzando por el objeto **(3)**.

III. Diferenciación entre los contratos de larga duración y los de ejecución instantánea

En efecto, una primera aproximación al tema permite distinguir todo contrato de duración y particularmente a los contratos de larga duración de los contratos con prestaciones simultáneas, como es el caso de la permuta: entrego una cosa por otra cosa, o la compraventa, donde se entrega una cosa o bien contra un precio cierto en dinero. En ambos contratos, las prestaciones de las partes se efectivizan en el mismo acto. En efecto, al comprar un lavarropas me lo entregan y abono su precio, pero en la compraventa **(4)**, muchas veces, por razones de mercado, con el propósito de captar más demanda del producto, se ofrece que todo o parte del precio se difiera y se pague en cuotas, que se instrumentan en pagarés o simplemente firmando con una tarjeta de crédito, por lo que el emisor de la tarjeta honra las cuotas, o dando crédito al comprador, si es cliente conocido. En todos esos casos, la razón de la financiación tiene un propósito claro: facilitar la venta al comprador, particularmente si dicho interesado reside en otras zonas o terri-

(1) Propuesta de reformas al Código Civil y Comercial de la Nación: Derógase el tercer párrafo del art. 1011.

(2) Código Comercial colombiano, de 1971, arts. 968-980; Código peruano, de 1984, arts. 1604 a 1620; y Código Civil italiano, de 1942 (*Codice Civile*), arts. 1559 -1570.

(3) Conf. ALTERINI, Jorge, "Código Civil y Comercial comentado", t. V, p. 347. "Un contrato no es de larga duración por que el tiempo sea esencial, sino que está en juego la teleología propia de esta categoría negocial, lo que lo hace concluir que lo que está en juego es la finalidad, no el objeto".

(4) Es corriente pagar publicidad utilizando el sistema Adwords del buscador de Google, que es automático, donde Google deslinda su responsabilidad con respaldo de la normativa de la CE, porque se limita a publicar un aviso de un tercero escrito por este.

torios, mediante ofertas efectuadas a través de plataformas o publicando ofertas por internet; el objeto de la operación es celebrar y cerrar una compraventa otorgando un plazo para cobrar lo adeudado en las condiciones pactadas, que incluían, ante la falta de pago, la ejecución judicial de la deuda, ya que el cobro del saldo insoluto no alteraba la operación, que se había perfeccionado con la entrega de la cosa vendida.

Pero si en lugar de comprar una cosa mueble compro un avión, que es un mueble registrable, a pagar en cinco años con una garantía bancaria, tampoco queda desvirtuada la operación de compraventa, ya que si el pago queda diferido en el tiempo, ello no altera la existencia de un contrato de prestaciones simultáneas concluido por las partes, ni lo hace de larga duración, y tampoco desvirtúa la compraventa. Si compro un inmueble a pagar a 30 años con una hipoteca, aunque una de las prestaciones se vuelve lejana en el tiempo, no cabe duda de que ambas partes tenían la intención de celebrar esa operación y consensuaron desde el comienzo las condiciones de financiación de la operación; por lo tanto, si el comprador no pagaba al vendedor, solo le interesaba recobrar su dinero en virtud de un título accesorio, pero que le aseguraba el cobro del saldo insoluto de esa compraventa. Tenían previsto un método de extinguir la operación en forma unilateral, pactada, y por ende tampoco existía la obligación de renegociar la deuda que prevé el tercer apartado del art. 1011.

IV. El objeto del contrato, la esencialidad del tiempo y el deber de colaboración

El art. 1003 del Cód. Civ. y Com. dispone que el objeto de un contrato debe ser lícito, posible, determinado o determinable, susceptible de valoración económica y corresponder a un interés de las partes, aunque no sea patrimonial. En cambio, los contratos de larga duración pretenden, a la luz del concepto descripto en el art. 1011, ser un género o categoría contractual que abarca contratos de diferentes objetos, pero en todos los casos la causa del contrato se origina y se extiende temporalmente con el cumplimiento de prestaciones periódicas relacionadas con el objeto particular del contrato **(5)**, cuya finalidad se relaciona con el cumplimiento continuado, esencial para su ejecución temporal. La segunda característica es la obligación de las partes de ejercitar sus derechos conforme con un deber de colaboración, respetando la reciprocidad de las obligaciones del contrato, consideradas en relación con su duración total.

La conclusión es que estos contratos están destinados a satisfacer los derechos y obligaciones de las partes en el tiempo mediante prestaciones continuadas, por lo que sus abogados deben prever las consecuencias que dimanan de obligaciones que se trasladan al futuro y que pueden quedar afectadas, ambas o una de ellas, por acontecimientos ajenos a su voluntad. En esas condiciones, si el contrato se refiere a servicios remunerados, debe contemplarse, para respetar la reciprocidad de las prestaciones, el ajuste del precio basado en determinados índices y el cabal cumplimiento del servicio ante diferentes circunstancias, tales como: aumentos imprevistos en la tasa inflacionaria, normas regulatorias que hacen más onerosa la provisión de elementos importados o cambios en la legislación impositiva que gravan la operación y afectan a ambas partes o a una de ellas. El contrato se desbalancea cuando una o ambas prestaciones en el curso del tiempo desvirtúan las finalidades que las partes tuvieron al contratar. Es interesante destacar que el concepto esencial también es usado para definir el incumplimiento del contrato local de compraventa, ya que la configuración del incumplimiento contractual requiere que este sea esencial, *en atención a la finalidad del contrato* **(6)**, y las causales se incluyen en la nota al pie [ver art. 1084, incs. a), b) y c) en particular].

(5) Si tomamos el concepto de que se trata del objeto, abarcará contratos con diferentes objetos y finalidades; por ejemplo, podemos considerar en principio el contrato de suministro, el de tiempo compartido, el de una obra social con diferentes prestaciones médicas o contratos cuyo objeto involucra un derecho real como el de superficie, o al usufructo de por vida.

(6) El art. 1084 del Cód. Civ. y Com. declara que se considera esencial cuando: a) el cumplimiento estricto de la prestación es fundamental dentro del contexto del contrato, b) el cumplimiento tempestivo de la prestación es condición del mantenimiento del interés del acreedor, c) el incumplimiento priva a la parte perjudicada de lo que sustancialmente tiene derecho a esperar, d) el incumplimiento es intencional, e) el incumplimiento ha sido anunciado por una manifestación seria y definitiva del deudor al acreedor.

Por otra parte, si consideramos que cuando se habla del objeto debemos tomar en cuenta la finalidad del contrato, debemos recordar que todo contrato debe mantener en todo momento, según el Código, su finalidad vigente; cuando esta se frustra **(7)**, el contrato carece de finalidad y puede ser anulado o adecuado, o resuelto, como comenta el Prof. Jorge Alterini, dado que el concepto de larga duración se vincula con la colaboración de las partes en el tiempo para cumplir la finalidad pactada. Podría argüirse que su causa se realiza con el objeto querido por las partes, mientras la satisfacción que los indujo a contratar constituya una causa legítima, pero cualquier contrato tiene que satisfacer la necesidad de las partes que las llevó a contratar, tanto en el *common law* como en el *civil law*. Otro distinguido autor **(8)** sostiene una variante: identifica que las prestaciones a lo largo del tiempo hacen a la causa del contrato, y esa prestación diferida es esencial, por tratarse de un contrato de continuidad.

También se ha señalado que en cualquier contrato el tiempo es esencial para el cumplimiento; existe en la compraventa, donde el vendedor transfiere la propiedad de una cosa y el comprador satisface su precio en dinero en forma simultánea, pero el pago puede ser diferido por un tiempo acordado. Ello —como señalamos precedentemente— no cambia la esencia del contrato, ya que este queda perfeccionado con la celebración y la entrega del bien que se adquiere con pago diferido, tan habitual estos días, cuando todo se financia en muchas cuotas, por la necesidad de vender *stocks* acumulados por el efecto del aislamiento, y ello no hace de la compraventa un convenio de duración ni de larga duración.

Tampoco lo sería la permuta si la entrega de la cosa es diferida por un tiempo pactado entre las partes. Un reconocido autor italiano afirma que, en contraposición con los contratos de ejecución simultánea, se perfila la categoría del contrato de duración, de tracto sucesivo o de ejecución continuada o periódica, que al dilatarse el cumplimiento en el tiempo produce el efecto querido por las partes y satisface la necesidad continuada que los indujo a contratar. La duración no es tolerada por las partes sino querida por ellas, por cuanto la utilidad del contrato es proporcional a su duración, y sería inconcebible la ejecución del contrato en un acto único **(9)**.

Con anterioridad a la sanción y vigencia del Código Civil y Comercial existían con aceptación doctrinaria los contratos de duración, en que las prestaciones de ambas partes eran periódicas y tenían continuidad en el tiempo, como el contrato de franquicia o el contrato de licencia de marca, y otros en que las prestaciones de una o más partes se producían durante el plazo del contrato en forma periódica, con consecuencias para ambas partes. Esos contratos de duración respondían a un concepto social y doctrinario, pero la ley argentina no los había tipificado y muchos de ellos eran contratos innominados que podían ser ejecutados por el incumplimiento de sus disposiciones, sin estar obligados a renegociar sus discrepancias previamente, y mucho menos *a posteriori*.

El segundo párrafo del art. 1011 declara que las partes deben ejercitar sus derechos conforme con un deber de colaboración, respetando la reciprocidad de las obligaciones del contrato, considerada en relación con su duración total.

(7) El art. 1090 dispone que la frustración definitiva de la finalidad del contrato autoriza a la parte perjudicada a declarar su resolución, si tiene su causa en una alteración de carácter extraordinario de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración, ajena a las partes y que supera el riesgo asumido por la que es afectada. La resolución es operativa cuando la afectada comunica su declaración extintiva a la otra.

(8) RIVERA, Julio C., "Código Civil y Comercial de la Nación comentado", Ed. La Ley, Buenos Aires, t. III, p. 520, quien sostiene que el tiempo no es un elemento accidental, sino esencial, porque "sin el necesario transcurso del tiempo las partes no logran satisfacer la causa del contrato, obteniendo sus beneficios, o amortizando sus inversiones". Existe infinidad de contratos en los que una de las prestaciones se efectúa en forma continuada o periódica, como la prestación de servicios médicos o, en determinadas condiciones, el suministro. Quien recibe la prestación la espera en forma continuada en el tiempo; lo que varía es el plazo.

(9) ALTERINI, Jorge, "Código Civil y Comercial comentado", ob. cit., t. V, p. 344, con cita de Messineo. El término es esencial para las partes y no es un elemento accesorio, porque durante su vigencia se determina la cantidad de la prestación o prestaciones, que es la finalidad del contrato, y así como es inconcebible que la prestación sea un acto único, de cancelarse la ejecución anticipadamente la finalidad del contrato cesa abruptamente, desaparece; es un elemento causal y también determina el momento en que el contrato concluye.

Es una suerte de solidaridad, que es la base de la obligación de renegociar, y quien decide ejercer la acción de rescisión debe dar a la otra parte la oportunidad razonable de llegar a un acuerdo sobre las condiciones pactadas. Esto es francamente inusual, porque la norma obliga a renegociar. Como norma, me parece imprudente; podría haberse proveído que las partes deberán examinar las posibilidades de renegociar teniendo en cuenta la reciprocidad de las obligaciones, cooperando ambas para lograr la finalidad que las motivó a contratar. Esta colaboración dependerá de las circunstancias que llevaron a una de las partes a rescindir el contrato por imposibilidad de cumplimiento; la obligación de buena fe esta ínsita en toda negociación. La crítica es que la obligación de renegociar debiera tener un plazo cierto para concretarse; en caso contrario, cesa dicha obligación y las partes quedan en libertad de acción. Sin duda, este es un tema para reformar, dado que nada indica el Código al respecto.

El deber de colaboración entre las partes existe en otros contratos, como lo he señalado respecto de los contratos de concesión comercial, donde se exige un plazo mínimo de cumplimiento y una colaboración entre las partes, o en el de franquicia, que obliga a una de las partes a prestar asistencia durante toda la vigencia del contrato. El plazo mínimo no se exige en los contratos de larga duración, pero, concluido dicho plazo mínimo, las partes no tienen obligación de renovarlo, y además lo pueden cancelar anticipadamente pagando una indemnización pautada y prevista, sin tener que renegociar el contrato (art. 1011, *in fine*), aun cuando la rescisión sea incausada, tanto en la agencia como en la concesión o en la franquicia, quedando pendiente una polémica doctrinal acerca de si se aplica la misma solución de la agencia a los contratos de distribución. Todos estos eran contratos que la doctrina consideraba de duración, sin indicar tampoco su plazo, o de duración indeterminada, que preveían que cualquiera de las partes podía rescindirlo con causa legítima o sin causa, en forma unilateral, con preaviso suficiente o, en su defecto, pagando una indemnización tarifada en función del tiempo de su vigencia.

Si bien esas características de continuidad y colaboración existen en los contratos de larga duración, cuyas prestaciones se prolongan en el tiempo y revisten la característica de que su cumplimiento oportuno es esencial, empero, no prevén que cualquiera de ellas pueda rescindirlo sin invocación de causa, pagando una indemnización, sin tener obligación alguna de renegociar sus términos. No conozco ningún contrato de duración que exija ser renegociado cuando una de las partes decide unilateralmente su rescisión porque la ley lo autoriza expresamente.

En cambio, la categoría de larga duración exige, ante la decisión de una de las partes, una renegociación, que debe ser de buena fe, sin incurrir en ejercicio abusivo de los derechos hacia la contraparte, pero no establece plazo ni consecuencias. Esta es otra falencia del art. 1011, ya que nada agrega acerca de cómo se resuelve el fracaso de la renegociación, que trataremos más adelante. A mi juicio, si alguien desea rescindir y lo notifica a la otra parte, es obvio que, si la renegociación fracasa, el que pidió la rescisión seguirá con su intención, que es desvincularse, y la otra parte intentará dificultar esa decisión.

Creo pertinente hacer los siguientes comentarios. Por exigencia de los arts. 9º y 961 del Cód. Civ. y Com. **(10)**, sobre la celebración, interpretación y ejecución de los contratos, la buena fe es un requisito esencial de cualquier contrato, sea de corta o de larga duración; por ende, en la renegociación de cualquier contrato tampoco se permite el ejercicio abusivo de un derecho, sin olvidar que el art. 10 del Cód. Civ. y Com. prescribe que el ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto. Considerar doctrinariamente contratos de duración como de larga duración, sin más, viola expresamente lo pactado y aceptado en la ley para los contratos que tienen un método diferente de terminación anticipada, que no son de cumplimiento instantáneo y en ningún caso contemplan una renegociación obligatoria, aunque sean contratos de colaboración. Por otra parte, aceptar ese criterio en el mismo Có-

(10) Art. 9º: "Los derechos deben ser ejercidos de buena fe". Art. 961: "Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe. Obligan no solo a lo que está formalmente expresado, sino a todas las consecuencias que puedan considerarse comprendidas en ellos, con los alcances en que razonablemente se habría obligado un contratante cuidadoso y previsor".

digo crearía un estado de incertidumbre en los contratos de comercialización y su sistema de extinción, tal como está legislado **(11)**.

V. La renegociación

Como hemos señalado precedentemente, sobre los convenios de larga duración, el artículo contiene un tercer párrafo que sí prevé la rescisión; dispone que "la parte que rescinde debe dar a la otra la oportunidad razonable de renegociar de buena fe, sin incurrir en ejercicio abusivo de los derechos". Este último recordatorio parece superfluo y no agrega nada al concepto de la renegociación; solo basta con recordar el alcance de la buena fe según el art. 961: es suficiente mantenerla en la formación, celebración o ejecución de cualquier contrato.

Por último, a riesgo de abrumar al lector con esta panoplia de posibilidades sobre el concepto, sus alcances y las consecuencias que acarrea, la doctrina ha señalado que estos contratos crean una reciprocidad dinámica que obliga a reformular su contenido, debido a cambios de tecnologías, de precios o de servicios **(12)**, que es lo que los caracteriza. Por otra parte, se ha señalado que un contrato no es de larga duración porque el tiempo sea esencial para el cumplimiento de su objeto, sino que está en juego la finalidad y no el objeto **(13)**. Esto pasa al vincular el concepto del tiempo como esencial con la finalidad del contrato, interpretando que cuando se refieren a la finalidad se refieren a la finalidad objetiva y subjetiva sobre la base del art. 1013 (causa-fin), y así deben interpretarse las expresiones nebulosas o hasta erróneas incluidas en el art. 1011.

En mi opinión, no es tanto el objeto sino la desaparición de la causa lo que genera el tercer párrafo del art. 1011, debido a que el Código prevé que la causa es el fin inmediato que ha sido determinante de la voluntad del contrato; debe existir en la formación del contrato y subsistir durante su ejecución **(14)**. Su falta provoca la nulidad, la adecuación o la extinción del contrato. Nada dice del incumplimiento de una parte, y no exige un motivo para renegociar. Pero una consecuencia de aquella es que el deudor que incumple debe dar alguna explicación a su contraparte, que puede ser inaceptable; por ende, en realidad no renegocia nada, y trata de demorar su cumplimiento con pretextos o excusas no siempre atendibles, o aprovechando días inhábiles o invocando causales de fuerza mayor para dilatar la renegociación. Al final, el artículo obliga al cumplidor a recurrir a los tribunales para solicitar la declaración judicial de la extinción del contrato, viéndose obligado a promover un pleito ordinario para hacer valer sus derechos previstos por ley.

También se ha sostenido que una característica de los contratos de larga duración reside en que su extensión condiciona su extinción **(15)**, por cuanto el concepto de continuidad no puede ser mantenido en un vínculo extenso **(16)**. Esta puntualización es interesante porque pone de manifiesto la diversidad de opiniones sobre la redacción del art. 1011, que fue incorporado y mencionado particularmente en los Fundamentos del Anteproyecto, al tratar "el tema novedoso y controvertido", según informa la misma Comisión Redactora, explicando que en el contrato tradicional clásico las partes fijan sus derechos al celebrar el contrato como "una fotografía estática. Hoy en día los contratos tienen una ejecución extensa, que no puede mantenerse en el tiempo, su estudio se parece más a una película capaz de captar su dinamismo. La ecuación de *reciprocidad surge en el momento que el contrato se celebra, pero no puede ser mantenido en un*

(11) Conf. SERRANO REDONNET, Diego, "Los contratos de larga duración", *https://abogados.com.ar*, 16/10/2020, p. 2, quien califica de categoría imprecisa a la disposición contenida en el art. 1011.

(12) LORENZETTI, Ricardo L., "Tratado de los contratos. Parte general", Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2015, ps. 730 y 747. Hay una adaptación constante; no se trata de un cambio de objeto, sino de reglas procedimentales para determinarlo.

(13) ALTERINI, Jorge — ALTERINI, A., ob. cit., 2ª ed., donde atribuye su afirmación a la teleología propia de esa categoría negocial.

(14) El art. 1013 del Código dispone que la falta de causa da lugar, según los casos, a la nulidad, adecuación o extinción del contrato.

(15) ALTERINI, Jorge, "Código Civil y Comercial comentado", ob. cit., t. V, p. 349.

(16) LORENZETTI, Ricardo L., "Tratado de los contratos", Ed. Rubinzal-Culzoni, 2003, t. I, ps. 117-122, y MORELLO, Augusto M., "Los contratos de larga duración y la necesidad de su renegociación permanente", LA LEY 1989-C, 1227.

vínculo extenso, los contratos se reformulan en su medida por cambio de tecnologías, precios y servicios y sería insensato obligar a las partes a cumplir lo pactado en el sinalagma original".

En definitiva, esta afirmación, que no comparto, porque no es insensato cumplir con lo pactado, priva a los contratos de su efecto vinculante y afecta la libertad de contratación prevista en los arts. 958 y 959 del Cód. Civ. y Com.; desmerece al concepto de contrato, al introducir una comprensión dinámica de aquellos; por ende, una de las partes debe ceder, viendo ignorado lo que pactó o aceptando un mal arreglo. En mi opinión, los contratantes en los contratos de larga duración, además de ser previsores, deben pactar de antemano con mucha precisión las causales que enmarcan un ajuste de sus compromisos durante la duración del contrato y, en caso de que este devenga de cumplimiento imposible, buscar la rescisión con la conformidad de ambos. Esto evitaría la formal renegociación prevista en el art. 1011, apart. 3º, sin plazo y sin indicar el procedimiento a seguir ni las consecuencias.

Aparentemente, la Comisión Redactora concluye que no parece prudente desarrollar una regulación de este tema novedoso, rematando los Fundamentos con "hemos optado por un solo artículo breve" **(17)**, lo que implica que deja a las partes pautar libremente las condiciones específicas que detonan un ajuste de sus prestaciones; por último, si se quiere mantener la renegociación forzosa es necesario modificar la ley y corregir sus imprecisiones y contradicciones, utilizando criterios usados en otros contratos que pueden unilateralmente ser concluidos por la voluntad de las partes, anticipando qué causales, con carácter restrictivo, validan una renegociación, y dejando a las partes en libertad de acción si dentro de un plazo corto no se llega un acuerdo.

Desde mi punto de vista, creo que el Código ofrece varios institutos que pueden jugar un rol en ajustar la comprensión de los contratos de larga duración. Por ejemplo, si se comparte que la inexistencia de causa debe subsistir durante la ejecución de un contrato conforme a los supuestos del art. 1013, que prevén la nulidad si no existió en la celebración, la adecuación y la extinción, en la ejecución el tema resulta más sencillo, en lugar de dejar en una nebulosa el tema del fracaso de la renegociación.

Sin la causa válida desaparece el acuerdo de voluntades, y ese desacuerdo importa la frustración de la finalidad del contrato, y se debe recurrir a otra norma del Código para considerar la frustración de un contrato de larga duración, bastando con que una parte tenga un derecho incumplido para que quede facultada a pedir su extinción, ya que, en definitiva, por aplicación del art. 965, que declara que los derechos resultantes de un contrato integran el derecho de propiedad del contratante, la contraparte ha lesionado su derecho de propiedad. Según las circunstancias, la parte que se considera agraviada puede invocar la frustración de la finalidad prevista en el art. 1090 **(18)**. Este le permite resolver el contrato si cumple las condiciones que aquel prevé, y ello deberá ser declarado judicialmente; pero, aun si la frustración es temporaria, el Código permite resolverlo si se impide el cumplimiento oportuno de una obligación cuyo tiempo de ejecución *es esencial. Desde mi punto de vista, creo que, si se comparte que la inexistencia de la causa provoca la renegociación, se hace necesario recordar que también se enmarca la nulidad, la adecuación o la extinción; debería haberse incluido en los Fundamentos una remisión a la frustración de la finalidad prevista en los arts. 1090 y 1013, y un lenguaje apropiado agregado al art. 1011, que está inconcluso.*

De esta manera, entiendo que el propio Código tiene soluciones propias para solventar el problema novedoso de la renegociación obligatoria, que es un paso, pero no importa una solución, limitando el efecto vinculante de los contratos, pero brindando una solución incompleta que no puede mantenerse en el tiempo, al no atender el problema del fracaso de la renegociación. Al respecto, la frustración de la finalidad parece ser un remedio oportuno. Por

(17) Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial, Comisión Redactora, Com. 5: "Objeto": se propone una regulación del objeto de los contratos de larga duración.

(18) La frustración definitiva de la finalidad del contrato autoriza a la parte perjudicada a declarar su resolución, si tiene su causa en una alteración de carácter extraordinario de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración ajena a las partes y que supera el riesgo asumido por la que es afectada.

ejemplo, si se prohíbe la importación de un producto que era el objeto y causa del contrato, la imposibilidad de cumplir por un acto de gobierno determina, no la renegociación, sino la resolución. Pero la solución del art. 1011 obliga a renegociar, cuando bastaría con alegar la frustración de la finalidad para resolver el contrato, obligando al incumplidor a recurrir a la justicia para dirimir la cuestión.

Si el contrato deja de cumplirse por invocar la mayor onerosidad sobreviniente que el Código contempla, ello parece más preciso que una renegociación en términos generales, sin dimensionar la importancia del incumplimiento. A mi juicio, esta sería una fórmula más práctica que la renegociación. Ambas soluciones, en época de COVID-19 —que no pudo ser previsto—, facilitan la aplicación del art. 1091, mucho más preciso que una renegociación abierta, pero que concluye con una adecuación privada, si las partes lo acuerdan, o una judicial, que no es lo deseable y debiera fundarse en la equidad.

En efecto, la explicación del art. 1011, en los Fundamentos del Anteproyecto, de concretar en un breve artículo la problemática que encierran los contratos de larga duración sobre el objeto se vio alterada con la declaración de la pandemia y el aislamiento social generado por el DNU 237/2020 **(19)**, que creó una situación de paralización de la actividad económica. El mercado reaccionó y dio por sentado que quien no podía operar, habiendo desarrollado correctamente su operación previa, debía renegociar, condonando intereses y postergando pagos por plazos que se fueron prorrogando por el Estado, en desmedro de todas las actividades no esenciales. Quien no pudo abrir su negocio no pudo pagar, y su acreedor tuvo dos alternativas: cancelar el contrato o darle una oportunidad, porque el comerciante, que debió cerrar por una disposición legal, no fue ni es responsable de la pandemia ni de una política de Estado que cerró emprendimientos en operación para disminuir la cantidad de personas en circulación, por razones sanitarias. Todo se obvia con la declaración de la pandemia, pero hubo otra causa del cierre de negocios en el país, que fue un acto de gobierno.

Nadie privadamente negó —en mi conocimiento, y luego de más de un año de su declaración— la posibilidad de otorgar una espera por el plazo del aislamiento, para así darle una posibilidad a su deudor de pagar en el futuro. Era mejor el gesto de ayudar a su contraparte con una espera generosa, la no aplicación de multas y la renuncia a cobrar los intereses mientras el país no saliera del aislamiento. Pero la pandemia aún está vigente y vigorosa, forzando el drama del cese de la operación económica —en forma temporal o *sine die*— de muchas actividades, debido a la interminable prórroga de las cuarentenas, cuyas estadísticas han sido publicadas repetidamente y son por todos conocidas, tanto en materia de salud como en la aparente falencia de proyectos económicos para lanzar —como se hizo en Europa— planes de fomento para quienes están en condiciones de producir y generar empleo y ganancias en la actividad privada, que es la única forma de generar legítimamente mayor empleo. El empleo en la actividad pública ha aumentado y los subsidios también, lo que ha generado, para subsidiar la pobreza por la falta de trabajo, un exponencial aumento de la emisión monetaria, pero no se ha reducido ningún salario de la Administración Pública ni prescindido de personal estatal. La solidaridad social y obligatoria no tuvo eco en la Administración Pública, ni gestos voluntarios.

Solo las interminables ferias y el colapso de los tribunales causaron la disminución de las causas judiciales. La Argentina tiene dos problemas: el continuo contagio y el número de muertos, que ha pasado de 100.000, fórmula que la coloca dentro de los 13 primeros lugares del mundo cuando se miden las muertes en relación con cada millón de habitantes.

¿Cómo quedaron afectados los contratos de duración y los de larga duración, en esta delicada situación? Ambos sufrieron por igual,

(19) Recordemos que el art. 1084, inc. a), transcripto *supra*, establece seis causales para justificar que el incumplimiento del contrato debe ser esencial en atención a la finalidad del contrato, y una de ellas es que el cumplimiento estricto de la prestación es fundamental dentro del contexto del contrato. El Poder Ejecutivo dividió la actividad económica en dos categorías: esenciales y no esenciales. Las primeras podían desarrollar su actividad; las segundas, las no esenciales, no podían abrir sus negocios ni operar. Es inútil fomentar la demanda subsidiándola mediante diferentes mecanismos para quien no puede operar.

quedando en peor situación aquellos que no constituían actividades esenciales, a los ojos del Poder Ejecutivo. Quedaron mejor parados los incluidos en las actividades esenciales y en peor situación los de las no esenciales, que de a poco fueron obteniendo excepciones para volver a operar limitadamente, con protocolos particulares. Es lícito preguntarse entonces si todos los contratos de duración, que pueden rescindirse en determinadas condiciones y efectos, tienen que cumplir con la pauta de ser renegociados de buena fe, lo cual no llegó formalmente a ocurrir, haciendo ocioso el procedimiento del art. 1011: el comercio existente buscó una solución más inmediata, eficaz y de menor costo, esperando que la vacuna salvadora enderece la ecuación sanitaria y repercuta favorablemente en la economía.

La renegociación es innecesaria cuando la ley da el derecho de rescindir el contrato sin causa, y podría encuadrarse en la previsión contemplada en el art. 1091 del Cód. Civ. y Com., cuya solución, en definitiva, consiste en que las partes, por una alteración extraordinaria de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración, corrijan el desbalance de las prestaciones originales **(20)**, de común acuerdo o resolviéndolas por vía judicial. Entiendo que esta solución es más precisa que la renegociación de buena fe, porque, además, si existe frustración de la finalidad, el contrato debe resolverse, aunque fuera temporariamente, *si era esencial el tiempo del cumplimiento de la obligación.* En otras palabras, es innecesaria una renegociación, y de hecho ocurrió un espera forzada con postergación de pagos, remisión de intereses o quitas, pero concedida por los acreedores, sin necesidad de utilizar la mayor onerosidad sobreviniente ni buscar una solución en el concepto del art. 1011, en su forma actual, sin determinar si las soluciones remiten al art. 1090 por imposibilidad de cumplimiento, dejando en libertad, por las causales establecidas por ley, a ciertos contratos de duración, como los involucrados en una relación de comercialización y para aquellos casos que deben vivir con el art. 1011. La pandemia, fenómeno extraordinario y no esperado por nadie, funcionó como excusa para evitar llevar a juicio la morosidad y carencia de pagos así generada, y no se esgrimió judicialmente el tema de la renegociación, porque no hubo discusión ante un negocio cerrado por orden del Estado. Tampoco se esgrimió la rescisión unilateral; simplemente las partes dejaron algunos convenios sin efecto alguno y sin penalidad, firmando una rescisión bilateral. No obstante, desde hace muchos años, en materia de distribución, la rescisión intempestiva, después de nueve años de estar en vigencia, debió al menos ser preavisada con 180 días de anticipación, para facilitar un reacomodamiento **(21)**, existiendo jurisprudencia vigente en casos decididos en la actualidad, pero en litis trabadas antes de la vigencia del Código Civil y Comercial.

Retomando, o haciendo abstracción de los efectos de la pandemia, resulta claro que ambos tipos de contratos son diferentes en cuanto a sus efectos. Pero en los de duración están previstas las consecuencias del incumplimiento; en los de larga duración solo se enuncia la renegociación, sin prever los fracasos de esta. Los jueces no están preparados para readecuar un contrato como si fueran comerciantes. Pueden dar una solución equitativa, pero creo que ello está mejor expresado en el lenguaje del art. 1091, o en la frustración de la finalidad del art. 1090, que en la circunstancia de que, por las finalidades con las que cada parte celebró un contrato de continuidad, este devino en un contrato incumplible, sin agregar una solución. Si comparamos la institución de la imprevisión con la obligación final de adecuar el contrato por decisión judicial, observamos que responde a un concepto diferente, pero mucho más práctico, aunque no tengan que apelar a la buena fe ni pretendan hacer un ejercicio abusivo de sus derechos para adecuar **(22)** el contrato incumplido.

(20) Art. 1091 del Cód. Civ. y Com.: para un contrato conmutativo de ejecución diferida o permanente —que abarca claramente a los contratos de duración—, dispone la solución planteando, extrajudicialmente o ante un juez, como excepción, tanto la resolución total como la parcial, o su adecuación, que extiende además a los contratos aleatorios, si la prestación se vuelve excesivamente onerosa por causas extrañas a su alea propia, proporcionado una solución final, que complementa la solución de un contrato de duración.

(21) CNCom., sala D, 11/10/2000, "Shell Capsa c. Lifrat SA ordinario".

(22) Art. 1732 del Cód. Civil, que exige para su aplicación que la imposibilidad se aprecie teniendo en cuenta

VI. Consideraciones sobre los contratos de duración

En definitiva, deseo llamar la atención acerca del hecho de que los contratos de duración han existido desde hace mucho tiempo en nuestra legislación, antes del Código Civil y Comercial e incluso en vida de Vélez, pero la doctrina de los contratos de larga duración reconoce antecedentes extranjeros **(23)**, y tengo como meta de este trabajo efectuar una diferencia entre los contratos de larga duración y los contratos de duración que hemos conocido.

Esa diferencia pudo haber sido efectuada por el legislador de 2015, pero los Fundamentos del Código nuevo señalan que pareció más práctico dar un concepto y no una definición en el art. 1011, transcripto al comienzo y criticado por la doctrina por ser impreciso e insuficiente. Por tanto, tendrán que ser la doctrina y la jurisprudencia quienes aborden el tema de la esencialidad del tiempo o de la finalidad querida por las partes, y agregar al concepto de la colaboración una solución basada en la legislación vigente con remisión a los artículos pertinentes.

Una primera aproximación al tema de la colaboración es señalada por Alterini **(24)**.

Los contratos de colaboración existentes, como los de franquicia, agencia o concesión, entre otros, legislados en el Código, son de duración, pero todos ellos permiten a cualquiera de las partes rescindirlos sin expresión de causa luego de plazos mínimos y obligatorios, tanto en la franquicia como en la concesión; la agencia, en principio, es de plazo indeterminado, pero también puede rescindirse de la misma manera, sin expresión de causa, con un preaviso de un mes por cada año en que el contrato estuvo vigente **(25)**, previendo soluciones propias que no se ajustan a las disposiciones del art. 1011. Pero dichas modalidades son imperativas y deben ser respetadas, así como las previstas al redactar el Anteproyecto **(26)**, que prevé que la omisión del preaviso otorga a la otra parte derecho a la indemnización por las ganancias dejadas de percibir durante el período, y la jurisprudencia ha entendido que se refiere a las ganancias netas, no brutas, así como a una remuneración por la pérdida de clientela.

Por otra parte, para los contratos de comercialización del Código, el art. 1511, inc. b), prevé que las normas de la concesión se aplican a los contratos de distribución, en cuanto sean pertinentes; que las normas del capítulo se les aplican aun cuando tengan plazos mínimos que deben ser respetados por imperio de la ley, y su terminación unilateral está permitida luego de transcurrido el plazo mínimo, notificando su terminación anticipada en función de la duración del contrato —como lo dispone la legislación europea— o, en su defecto, indemnizando a la contraparte con el mismo método. Nada de esto se prevé para los contratos de larga duración; por ese motivo, sostengo la necesidad de diferenciación entre los contratos de duración a secas y los de larga duración, completándola para evitar la contradicción de considerar que los contratos de larga duración incluyen a los de duración a secas y, por ende, son aplicables sus normas sobre renegociación, incompatibles con las que hemos descripto precedentemente.

La vieja jurisprudencia de la Corte Suprema fue favorable al concedente por muchos

las exigencias de la buena fe y la prohibición del ejercicio abusivo de los derechos.

(23) El contrato de distribución propiamente dicho no es de agencia ni franquicia ni concesión, y la mejor manera de interpretarlo es no solo de la doctrina, sino de la jurisprudencia. Conf. MARZORATI, Osvaldo, "El contrato de distribución en el nuevo Código Civil y Comercial", LA LEY.

(24) ALTERINI, Jorge, "Código Civil y Comercial comentado", ob. cit., t. V, p. 345, es de la opinión de que se aplica a los contratos predispuestos o de consumo, que constituyen el 90% de los contratos internacionales y el 70% de los nacionales, resaltando que los de consumo tienen protección propia, por la legislación de protección al consumidor en nuestro país.

(25) La normativa propuesta originalmente era distinta; preveía que podía rescindirse sin notificación, pero el importe máximo era de 6 meses de las ganancias, como máximo. Por otra parte, el art. 1492 dispone que la agencia puede hacerse por un plazo pactado, y en caso de que fuera transformado en un contrato de duración ilimitada, al plazo del contrato debe sumarse el período de duración limitada que le precede.

(26) Conf. MARZORATI, Osvaldo J., "Sistemas de distribución comercial", Ed. Astrea, Buenos Aires, 2003.

años **(27)**, con facultades de rescindir; pero el Código Civil y Comercial le agregó la causa legítima, prevista en el Código, y la obligación de recompra del inventario del concesionario. El contrato de concesión es una forma del contrato de distribución comercial cuya característica principal es que el distribuidor compra mercadería del fabricante a un precio convenido, para revenderla con un margen que constituye su ganancia bruta, corriendo los gastos del negocio por su exclusiva cuenta, sin tener derecho, salvo pacto en contrario, a la renovación de su contrato.

Así, la concesión se utiliza para crear una red de vendedores especializados y se concentra en productos de alta gama o técnica. Actuando por cuenta propia, pone su organización empresarial al servicio del concedente y queda obligado con diversas obligaciones para exponer frente al público la imagen y calidad del producto, prestando servicios de los productos, siendo responsable por los vicios en ellos mientras se encuentran en garantía, y el concedente le reembolsa tales gastos, hecho que no ocurre con el distribuidor, que no responde ni garantiza los productos que vende. Todas estas figuras tienen características parecidas, pero no idénticas, salvo que permiten la cancelación anticipada del contrato; incluso contemplan en las agencias la indeterminación de su plazo, al igual que aquellos contratos de concesión que se renovaban automáticamente, sin perjuicio de la facultad rescisoria decidida unilateralmente por el concedente y validada por la jurisprudencia de la Corte Suprema.

Tal vez el caso más interesante tiene que ver con que la resolución del contrato de concesión remite al art. 1494, que es sobre la agencia, cuyos primeros cuatro casos son: muerte o incapacidad, disolución de la persona jurídica que celebra el contrato o vencimiento del plazo, en cuyo caso la resolución opera de pleno derecho, mientras que el anteúltimo inciso dispone que el incumplimiento grave o reiterado de una de las partes de forma de poner *razonablemente* en duda la posibilidad o la intención de atender con exactitud las obligaciones sucesivas es causal de resolución, y el ultimo inciso, sobre disminución significativa del volumen de negocios del agente, establece que si la disminución es significativa durante dos ejercicios, el plazo del preaviso no debe exceder de dos meses, cualquiera haya sido la duración del contrato, aun cuando el contrato sea de plazo determinado.

No cabe duda de que estos contratos, además de la franquicia, cuyo plazo máximo de indemnización es de 6 meses cualquiera haya sido la duración del contrato y que no reconoce indemnización por clientela, tienen un sistema totalmente pautado, donde no hay lugar, luego de pagar —en caso de terminación— la indemnización prevista, para que la contraparte que la cobró pretenda renegociar el contrato que quedó concluido. El contrato concluyó conforme a la ley. Nada hay que renegociar. Por ende, los convenios de comercialización no pueden tener en ningún caso la posibilidad de que se les aplique el art. 1011, ni antes del incumplimiento ni tampoco luego de haber sido rescindidos.

Nada agrega a las disposiciones contractuales y legales el tercer párrafo del art. 1011, que es —a mi juicio— incompatible con la solución pactada en dichos contratos; por ello, constituyen una excepción a los contratos de larga duración, por ello, constituyen una excepción a los contratos de larga duración; en caso de debate acerca de si una regulación legal como el art. 1011, en el mismo Código, los incluye, la respuesta es negativa. Un conocido autor señala que los contratos de larga duración abarcan aquellos contratos en los cuales las inversiones de las partes requieren un tiempo para ser amortizadas, lo que incluye desde la explotación de un bosque hasta la construcción y el alquiler de una estación de servicio, o el suministro de gas para una planta de fertilizantes o una fábrica de aluminio **(28)**. Todos ellos son de duración, y hay quien los considera de larga duración, dependiendo de

(27) CS, 04/08/1988, "Automotores Saavedra c. Fiat Automotores y otros", LA LEY 1989-B, 1, estableció que nadie se obliga para siempre y que la rescisión unilateral de un contrato con plazo indeterminado por el concedente es un ejercicio legítimo, a condición de que el contrato hubiera estado vigente un lapso suficiente para que la contraparte haya tenido la posibilidad de recuperar su inversión. Sin generar la obligación de indemnizar.

(28) RIVERA, Julio C. — MEDINA, Graciela (dirs.), "Código Civil y Comercial de la Nación comentado", Ed. Thomson Reuters — La Ley, 2014, p. 520, o FREYTES, Alejandro, "La rescisión unilateral y los contratos de duración", *Rev. de la Fac. de Derecho de la Univ. de Córdoba*, vol. 2, nro. 2, 2011, ps. 139 y ss.

las circunstancias de cada contrato. Coincido con el Dr. Alterini en que contratos típicos de larga duración son el contrato oneroso de renta vitalicia, el contrato de donación periódica o vitalicia, o el usufructo de por vida, pero ellos tienen un régimen pautado en el propio Código. Visto el tiempo transcurrido, quienes modernizaron el Código incorporando los contratos de larga duración soslayaron que otros contratos de duración tenían soluciones propias y particulares, pero nada dijeron sobre la existencia de los contratos de duración. El art. 1011, que hemos comentado, fue concebido pensando en el futuro, pero no asumiendo todas sus consecuencias, sin precisar un límite entre los contratos de duración y los de larga duración. Dado que la ley contempla solo a los de larga duración, será necesario abordar cada contrato para determinar cuál es la solución, diferenciando entre los que tienen un sistema de rescisión propia y los que no la tienen. En este estado de la cuestión, resulta conveniente que los propios contratantes prevean en los contratos específicos los criterios consensuados para reformular el contrato, anticipando causales específicas según el tipo de contrato y previendo una mediación o un arbitraje para acelerar el tema de la readecuación del contrato y evitar discusiones o procedimientos estériles, evitando así los carriles judiciales, aun a despecho de lo previsto en el art. 960 del Cód. Civ. y Com. **(29)**.

Este es el problema principal que deberá ser discutido con las visiones y opiniones de los autores o será interpretado por los jueces, a falta de una reforma legislativa, por el momento lejana, a juzgar por el archivo del Proyecto de Reforma del Código Civil y Comercial que tantas esperanzas levantó al ser presentado en su oportunidad ante la Comisión de Legislación del Congreso, dado que elimina el tema de la renegociación obligatoria y modifica el art. 1011; así, conviven ambos sistemas, complementando el art. 1011 con el tema de su resolución.

Otro punto importante es la rescisión a la que se refiere el art. 1011, cuando dispone que "la parte que dispone la rescisión debe dar a la otra la oportunidad razonable...", cuando los propios Fundamentos del Anteproyecto señalan que se trata de un tema novedoso y controvertido, afirmación compartida por la doctrina que hemos comentado (ver Lorenzetti *supra*). ¿Pero a qué rescisión se refiere el art. 1011? Es claro que no sería un caso de rescisión bilateral del art. 1076, por mutuo acuerdo, o de la resolución prevista en el art. 1083 **(30)**, ni tampoco el de resolución por ministerio de la ley o por extinción del convenio por el cumplimiento del plazo pactado por las partes, que tiene su régimen específico pero ajeno a la renegociación. Dicho esto, la rescisión debe referirse a la rescisión unilateral de los arts. 1077 a 1082 **(31)** del Cód. Civ. y Com.

El tema nos hace retroceder a la cuestión de distinguir los contratos de duración de los de larga duración y que convivan, complementando todo lo dicho con un plazo mínimo para este tipo de contratos, porque carece de todo sentido pretender que un contrato de larga duración tenga un plazo de tres años. Pero la distinción es necesaria. Esto ya existe en la franquicia, que no puede tener menos de 4 años, o en la concesión, pero ambos permiten contratos que se llaman "concesión", "franquicia" o "distribución", con plazos relativamente cortos. Todo esto habilita un debate, con soluciones complejas o simples. Pero todos los contratantes sufren los efectos del cambio de circunstancias y la necesidad de rebalancear sus pretensiones por hechos fuera de su control, según las circunstancias del país o las especiales de un contrato determinado, tales como: la inflación

(29) Los jueces no tienen facultades para modificar las estipulaciones de los contratos, excepto que sea a pedido de una de las partes, cuando lo autoriza la ley, o de oficio, cuando se afecta de modo manifiesto el orden público.

(30) Art. 1076: "*Rescisión bilateral*. El contrato puede ser extinguido por rescisión unilateral. Esta extinción, excepto estipulación en contrario, solo produce efectos para el futuro y no afecta derechos de terceros". Art. 1083: "Una parte tiene el derecho de resolver total o parcialmente el contrato si la otra parte lo incumple".

(31) El contrato puede ser extinguido total o parcialmente por la declaración de una de las partes mediante rescisión unilateral, revocación o resolución en los casos en que el mismo contrato, o la ley, le atribuyen esa facultad. Si el contrato concluye porque tenía plazo pactado, ¿cuál es el motivo para renegociar el contrato? Los contratos se rescinden porque, en la generalidad, una de las partes no lo está cumpliendo cabalmente, lo que genera rispideces en el trato y la pérdida de confianza, con lo que es difícil seguir, y las partes proponen de mutuo acuerdo terminarlo o una de ellas lo rescinde unilateralmente cuando tiene argumentos suficientes o cuando prefiere no alegarlos y pagar una indemnización tarifada, como prevé la ley.

ha variado el equilibrio del contrato, o el aumento del dólar ha excedido al aumento del costo de vida o ha impedido importar el mismo producto por el mayor costo resultante frente a lo pactado, alegando de buena fe que pretende una renegociación, que no cuenta ninguno de los contratos de distribución. Simplemente esto ya ha sido sugerido, y tiempo atrás **(32)**, señalando que los alcances de los contratos de larga duración necesitan una reforma.

VII. Conclusiones

a) Asumiendo por un momento que todos son de larga duración, no tengo ninguna duda acerca de que a la solución prevista para la franquicia, la agencia y la concesión, que es específica y no disponible para las partes, por tratarse de normas imperativas cuya violación genera una indemnización, no es aplicable la renegociación prevista para los contratos de larga duración, debiendo excluirse para ellos la solución del tercer párrafo del art. 1011.

b) Ello me impulsa a sostener que se hace necesario hacer una distinción entre los contratos de duración y los de larga duración, por medio de una categorización especial para los de duración, categoría que no existe en nuestro Código Civil y Comercial de la Nación; y que será necesario o bien legislar al respecto, o distinguirlos por los jueces, lo que ya se hace en la jurisprudencia en materia de agencia y de distribución y, con menor alcance, en la franquicia, en materia de responsabilidad.

c) Igualmente, dispondría por legislación agregar al art. 1011 que ningún convenio menor a 5 años de plazo califica como de larga duración o de duración, si se legisla esta última categoría, no siendo aplicable para ninguno de ellos el art. 1011, párrafo tercero.

d) Pero para llegar a ese paso se hace necesario precisar que se entiende que en un contrato de larga duración, entre las varias teorías que hemos descripto, el tiempo es esencial y está conectado con la finalidad del contrato más que con el objeto, priorizando la finalidad, "de modo que se produzcan los efectos queridos por las partes y se satisfaga la necesidad que los indujo a contratar" prestaciones continuadas en el tiempo y que ajustan según variables que las partes deben incluir necesariamente en sus contratos porque afectan los precios o las contraprestaciones pactadas. La norma para discutir es si las partes deben tener un plazo de 60 días para renegociar el contrato cuya continuidad se interrumpió; a partir de la fecha de incumplimiento, y ante su fracaso, el convenio se resolverá a instancia de cualquiera de ellas.

e) Por ende, la conclusión lógica es que para estos tipos de contratos —me refiero a los de larga duración— se hace necesario que los abogados piensen y prevean en sus negociaciones con este tipo de contratos cláusulas de ajuste previamente concertadas o mecanismos que contemplen variaciones de precios en función de índices públicos específicos o precios de productos. De ese modo se puede limitar la aplicación del art. 1011, porque previendo dichos mecanismos resulta difícil exigir una renegociación del contrato como obligación inexorable, sino que se exigirá un ajuste previsto contractualmente.

f) En particular, el art. 1011 debería excluir la renegociación para todos aquellos contratos de duración que contemplan un régimen específico de resolución o rescisión unilateral sobre la base del art. 1077 del Cód. Civ. y Com. con notificación previa, que prevalece sobre la obligación de renegociar el contrato, excluyendo para estos contratos la renegociación como norma imperativa.

g) Agregaría, para cerrar el tema, que en el caso de que el contrato que se examina no tenga por ley una solución específica de rescisión con indemnización prevista y pautada, como en los contratos legislados en los arts. 1495/1524, el resto de los contratos que califiquen como de larga duración sin normativa de rescisión específica, ante la frustración de una renegociación por falta de acuerdo en el plazo indicado, se ajusten a las disposiciones de los arts. 1090 y 1091.

(32) Conf. SERRANO REDONNET, Diego, "Los contratos de larga duración...", ob. cit., p. 3.

Contrato de comodato

Osvaldo R. Gómez Leo
Nicolás J. Negri

Sumario: I. Origen histórico.— II. Derecho comparado.— III. Noción preliminar.— IV. Importancia y función actual.— V. Caracterización legal del comodato.— VI. Elementos del contrato de comodato.— VII. Objeto del comodato.— VIII. Elementos subjetivos.— IX. Plazo.— X. Forma.— XI. Causa.— XII. Caracteres jurídicos del contrato de comodato.— XIII. Cotejo con otras figuras jurídicas.— XIV. Efectos del contrato de comodato entre las partes.— XV. Situación del comodante.— XVI. Situación del comodatario.— XVII. Efectos respecto de terceros.— XVIII. Extinción del comodato.— XIX. Efectos de la extinción.

I. Origen histórico

En el derecho romano, en el edicto *De rebus creditis*, comentado por Ulpiano en el *Digesto* (12.1), el pretor trató varios contratos relacionados con las "cosas prestadas": entre ellos el comodato **(1)**, el cual sería otro caso de préstamo, en este caso no de consumo, como lo es el mutuo, sino de uso. El comodante entrega al comodatario no la propiedad de una cosa (*datio rei*), sino su mera tenencia, lo cual supone para quien la recibe la ventaja de su uso temporal y gratuito, es decir, del *commodatum* de la cosa (de donde recibe su nombre el negocio: *commodum-datio*). No existe en este caso una obligación de *datio* por parte de este último, pues lo que debe devolver es la misma cosa que le ha sido prestada y dada en tenencia, y no otra.

Por ello, dice el Dr. A. Di Pietro que no se podía emplear para el comodante la *condictio*, ya que esta presupone la adquisición de la propiedad por parte del que queda obligado a restituirla. Debido a esto es que el pretor introdujo una *actio commodati* como acción pretoria, es decir que se trata de una *actio in factum* **(2)**.

En suma, para el derecho romano, el *commodatum* es una dación o préstamo, pero no de una propiedad (*datio rei*), sino de la ventaja que supone un uso temporal y gratuito (*commodum*): es un préstamo de uso **(3)**.

Son designaciones equivalentes del contrato "comodato" o "préstamo de uso" (*nomen iuris*; art. 970, Cód. Civ. y Com.).

Queda por agregar que este contrato de comodato, también llamado "préstamo de uso", fue oficialmente adoptado por primera vez en el derecho romano en la redacción del Edicto de Juliano, como *commodatum* (de *commodum-datio*). Sin embargo, se lo utilizaba con referencia al tipo más común de *utendum datum*, que tenía por objeto cosas muebles. Más tarde se admitió que la simple entrega de la cosa acompañada del acuerdo de las partes bastaba para dar origen al contrato, configurándose como un contrato real, situación que se logró hacia fines de la República y principios del Imperio. El contrato buscaba facilitar el uso de una cosa debido a la familiaridad, amistad o confianza con el futuro comodatario **(4)**.

(1) DI PIETRO, A., "Los negocios jurídicos patrimoniales y los contratos en el derecho romano", Buenos Aires, 2004, ps. 129-131, § 28-29.

(2) DI PIETRO, A., "Los negocios jurídicos patrimoniales...", ob. cit., p. 155, § 34.b).

(3) D'ORS, Á., "Derecho privado romano", 3ª ed., Pamplona, 1977, p. 452, § 406.

(4) *Vid.* y ampliar; ARANGIO RUIZ, V., "Instituciones de derecho romano", Buenos Aires, 1973, p. 350. Conf. LÓPEZ DE ZAVALÍA, F. J., "Teoría de los contratos", Buenos Aires, 2003, t. IV, p. 8, nota 3: Los romanos emplearon las voces *utendum* y *commodatum*; según puede verse en 1.1. D.XIII,6, *utendum* era el género y *commodatum*, la específica de los muebles, pues si se trataba de inmuebles se acudía al *utendum dare*.

II. Derecho comparado

El Código Civil francés define a este tipo contractual en el art. 1875: "El préstamo de uso o comodato es un contrato por el que una de las partes entrega a la otra una cosa para que se sirva de ella, con la obligación de devolverla después de usarla". Y el art. 1876: "Este préstamo es esencialmente gratuito".

El § 598 del BGB indica: "Por el contrato de comodato el comodante de una cosa se obliga a permitir gratuitamente al comodatario el uso de la cosa, mueble o inmueble, a fin de que se sirva de ella por un tiempo o para un uso determinado, con la obligación de restituir la misma cosa recibida. El comodato es esencialmente gratuito".

El art. 1741 del Cód. Civil español dispone: "El comodante conserva la propiedad de la cosa prestada. El comodatario adquiere el uso de ella, pero no los frutos, si interviene algún emolumento que haya de pagar el que adquiere el uso, la convención deja de ser comodato".

El derecho brasileño regula la figura del comodato dentro del cap. VI ("De los préstamos") del Código Civil de 2002. El art. 579 define a este contrato: "El comodato es el préstamo gratuito de cosas no fungibles. Se perfecciona con la tradición del objeto".

El Código Civil de la República de Chile lo define así: "El comodato o préstamo de uso es un contrato en que una de las partes entrega a la otra gratuitamente una especie, mueble o raíz, para que haga uso de ella, y con cargo de restituir la misma especie después de terminado el uso. Este contrato no se perfecciona sino por la tradición de la cosa (art. 2174).

En la República de El Salvador, el Código Civil define al comodato en estos términos (art. 1932): "El comodato o préstamo de uso es un contrato en que la una de las partes entrega a la otra gratuitamente una especie, mueble o raíz, para que haga uso de ella, y con cargo de restituir la misma especie después de terminado el uso. Este contrato no se perfecciona sino por la entrega de la cosa".

El Código civil de Guatemala caracteriza a nuestro contrato de este modo (art. 1927): "El comodato es un contrato real por el que una persona entrega a otra gratuitamente alguna cosa no fungible para que se sirva de ella por cierto tiempo o para cierto fin y después la devuelva". Y agrega en el art. 1928: "Solo pueden darse en comodato las cosas que no se consumen en el primer uso".

Por su parte, el Código Civil paraguayo dice en el art. 1272: "El contrato de préstamo será comodato, cuando una de las partes entregare a la otra gratuitamente, con facultad de usarla, alguna cosa no fungible, siempre que fuere individualizada a los efectos de su restitución".

El Código Civil peruano expone la siguiente definición en el art. 1728: "Por el comodato, el comodante se obliga a entregar gratuitamente al comodatario un bien no consumible, para que lo use por cierto tiempo o para cierto fin y luego lo devuelva".

El Código Civil uruguayo (actualizado al año 2010) trata a los préstamos —siguiendo la técnica del *Code*— en el Título XII: "Del préstamo", disponiendo en el art. 2196: "Hay dos clases de préstamo; el de las cosas fungibles y el de las cosas no fungibles.

"El primero se llama mutuo o préstamo de consumo; y el segundo comodato o préstamo de uso".

Luego, en el art. 2216 define a este último de la siguiente manera: "El comodato o préstamo de uso es un contrato por el cual una de las partes entrega a la otra alguna cosa no fungible, mueble o raíz, para que use de ella gratuitamente y se la devuelva en especie. Este contrato podrá probarse por testigos, cualquiera que sea el valor de la cosa prestada".

El Código Civil venezolano lo define en el art. 1724: "El comodato o préstamo de uso es un contrato por el cual una de las partes entrega a la otra gratuitamente una cosa para que se sirva de ella, por tiempo o para uso determinados, con cargo de restituir la misma cosa".

III. Noción preliminar

Como un buen escalón para abordar el estudio y conocimiento del comodato, resulta propicio partir de una noción preliminar de aquel, diciendo que se trata de un contrato en virtud del

cual una persona, llamada *comodante*, se obliga a dar una cosa no fungible con el fin de transferir el uso o tenencia a otra persona, llamada *comodatario*, para que este la restituya después de un tiempo **(5)**.

El comodato (*commodatum*) puede equipararse a la locación de cosa, pero se diferencia en un aspecto esencial: la gratuidad **(6)**.

Como señalamos oportunamente al estudiar el contrato de mutuo (art. 1525, Cód. Civ. y Com.) **(7)**, el comodato pertenece —históricamente— a una especie de un género más amplio, que son los "préstamos", los cuales comprenden al mutuo y al comodato **(8)**.

La voz "préstamo" proviene etimológicamente del verbo latino *præstare*, que significa proporcionar, poner a disposición; de donde también deriva la palabra prestación **(9)**.

IV. Importancia y función actual

El comodato es un instrumento, al igual que la locación, destinado a la concesión del uso de una cosa **(10)**. El objeto del contrato puede ser un inmueble destinado a la vivienda, o bien una cosa mueble como, por ejemplo, un caballo de equitación para participar en un torneo; un cuadro para exhibirlo en una exposición; una herramienta para efectuar un arreglo en una vivienda; etcétera **(11)**.

Su ámbito de aplicación es tanto el de las relaciones "domésticas", fundado en las relaciones de amistad, parentesco o confianza en general, como el mundo de los negocios comerciales. Tiene razón Malaurie en el sentido de que en la situación actual de la sociedad y del mercado el carácter gratuito del comodato se ha ido transformando, pues ya no es marcado por un elemento amistoso o una intención liberal. Y se puede señalar que la Corte francesa ha pronunciado que en una relación comercial puede tener lugar el préstamo de uso cuando algo se entrega a la contraparte, sujeto a devolución, sin lucro ni remuneración para el propietario, aunque no haya filantropía **(12)**.

La doctrina argentina moderna también advierte que si bien en sus orígenes el comodato cumplía la función económica de beneficiar al comodatario (usualmente, persona de confianza del comodante) mediante una liberalidad (prestación de cortesía), lo cierto es que contemporáneamente cumple —además— otras funciones de gran trascendencia práctica, al asociarse a fines onerosos o lucrativos, por ejemplo, para promocionar una marca o comercializar sus productos, convirtiéndolo a veces en una herramienta del negocio o bien en una técnica de *marketing*, al punto de configurar una conexidad contractual (art. 1073, Cód. Civ. y Com.) **(13)**.

(5) ENNECCERUS, L. — LEHMANN, H., "Derecho de obligaciones", Barcelona, 1935, t. 2, vol. 2, § 137, ps. 218 y ss. SALVAT, R. M., "Tratado de derecho civil argentino. Fuentes de las obligaciones", Buenos Aires, 1946, t. II, p. 477, nro. 2517. LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., "Comodato", en ALTERINI, A. A. — LÓPEZ CABANA, R. M., *Enciclopedia de la responsabilidad civil*, Buenos Aires, 1998, t. II, ps. 310 y ss.; ídem, "El contrato de comodato en el derecho iberoamericano", LA LEY 2011-D, 1065.

(6) HEDEMANN, J. W., "Tratado de derecho civil", Madrid, 1958, vol. III, p. 329, § 37. JOSSERAND, L., "Derecho civil", Buenos Aires, 1951, t. V, p. 266, nro. 1346. LAFAILLE, H., "Curso de contratos", Buenos Aires, 1928, t. III, p. 248.

(7) GÓMEZ LEO, O. R., "Tratado de derecho comercial y empresario. Contratos bancarios, comerciales y de cambio en el derecho privado", Buenos Aires, 2019, t. III, ps. 261 y ss.

(8) PONT, P., "Explication théorique et pratique du Code Civil. Commentaire. Traité des petits contrats", Paris, 1877, t. I, p. 1. BAUDRY-LACANTINERIE, G., "Précis de droit civil", 2ª ed., Paris, 1909, t. II, ps. 683/4, nro. 1062. RIPERT, G. — BOULANGER, J., "Tratado de derecho civil", Buenos Aires, 1965, t. VIII, p. 524, nros. 2293/4. GALGANO, F., "Diritto privato", 7ª ed., Padova, 1992, p. 565, nro. 32.

(9) PONT, P., "Explication théorique et pratique...", ob. cit., t. I, p. 2. MALAURIE, P. — AYNÉS, L. — GAUTIER, P.-Y., "Droit des contrats spéciaux", 8ª ed., Paris, 2016, p. 561, nro. 905, nota 1.

(10) LAFAILLE, H., "Curso de contratos", ob. cit., t. III, p. 248, nro. 318. LÓPEZ DE ZAVALÍA, F. J., "Teoría de los contratos. Parte especial", Buenos Aires, 1993, t. IV, ps. 7-8; CASTÁN TOBEÑAS, J., "Derecho civil español, común y foral", 10ª ed., revisada por J. Ferrandis Vilella, Madrid, 1977, t. IV, p. 426. MESSINEO, F., "Manual de derecho civil y comercial", Buenos Aires, 1971, t. VI, p. 104, § 158.

(11) JOSSERAND, L., "Derecho civil", Buenos Aires, 1951, t. V, p. 265, nro. 1343. LORENZETTI, R. L., "Tratado de los contratos. Parte especial", Santa Fe, 2000, t. II, p. 480.

(12) MALAURIE, P. — AYNÉS, L. — GAUTIER, P.-Y., "Droit des contrats spéciaux", ob. cit., p. 565, nro. 911.

(13) SOSSO, G., "Comentario al art. 2255", en LORENZETTI, R. L. (dir.) — HERNÁNDEZ, C. A. (coord.), *Código*

"Esto es así —ha dicho el Dr. Calderón— pues cuando se entrega una cosa en comodato porque es necesaria para gozar de un servicio oneroso y se decide promocionalmente prestarla en lugar de venderla" **(14)**.

Asimismo, se mencionan los ejemplos —muy conocidos en nuestro mercado local— de la entrega de un *modem*, utilizado para acceder al servicio de internet; de un teléfono, para un servicio de telefonía fija o móvil; de un decodificador, para un servicio de TV por cable; de un *dispenser,* para el servicio de provisión de agua en bidones; de lentes especiales, para mirar una película en 3D **(15)**.

Más allá de lo dicho, por definición, el comodato sigue siendo gratuito (art. 967, Cód. Civ. y Com.) **(16)**; es un acto de liberación, mas no una donación (por ende, no está sujeto a la acción de colación ni a la de reducción). Si el comodatario se obligara a alguna retribución (cualquiera sea la prestación susceptible de apreciación pecuniaria), no sería un comodato, sino, según el tipo de retribución, una locación o un contrato innominado (art. 970, Cód. Civ. y Com.) **(17)**.

Empero, la gratuidad no es incompatible con un interés del comodante, que puede ser o no susceptible de apreciación pecuniaria (p. ej., si la futura suegra le presta a la novia unas joyas para el casamiento) **(18)**.

Se debe apuntar en este sentido que el beneficio también puede ser a favor del comodante, siempre que se mantenga la gratuidad, y cita como ejemplos: el préstamo de un caballo que se devolverá domado, no por estar el comodatario obligado a ello, sino porque para usarlo se verá en la necesidad de hacerlo; o el préstamo del automóvil nuevo que se devolverá con el motor ya "ablandado" **(19)**.

Consecuencia de la gratuidad es el carácter unilateral del contrato, dada la ausencia de prestaciones recíprocas (arts. 966 y 967, Cód. Civ. y Com.). Debido a ello, no son aplicables entonces los remedios sinalagmáticos (p. ej., la excepción de incumplimiento, la cláusula resolutoria por incumplimiento, etc.). Sin embargo, dado el nuevo ámbito de aplicación en conexidad con otros contratos onerosos hace que pueda subsumirse en el régimen protectorio del consumidor, lo cual habilitaría el uso de los remedios previstos en el estatuto especial de la ley 24.240 (p. ej., art. 10 bis). Repárese además que el art. 1º del dec. regl. 1798/1994 determina que se consideran consumidores quienes, en función de una eventual contratación onerosa, reciban a título gratuito cosas o servicios **(20)**.

La transferencia o concesión del uso es otro de los rasgos que tipifican también el contrato, lo cual se materializa en la obligación del co-

Civil comentado. Contratos. Parte especial, Santa Fe, 2007, t. III, ps. 499 y ss.; FRUSTAGLI, S. A. — ARIAS, M. P., "La regulación del contrato de comodato en el Código Civil y Comercial", en STIGLITZ, R. S. (dir.), *Suplemento Especial: Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Contratos en particular*, Buenos Aires, abril de 2015, ps. 416/7. PITA, E. M., "Comodato", en LORENZETTI, R. L. (dir. gral.), *Código Civil y Comercial explicado. Obligaciones y contratos*, Santa Fe, 2020, t. II, ps. 645/6.

(14) CALDERÓN, M. R., "Contrato de comodato", en SÁNCHEZ HERRERO, A. — SÁNCHEZ HERRERO, P., *Tratado de derecho civil y comercial*, Buenos Aires, 2015, t. V, p. 795, nota 7.

(15) SOSSO, G., "Comentario al art. 2255", ob. cit., t. III, ps. 499-501. BAROCELLI, S. S., "El comodato y el régimen de defensa del consumidor", DJ del 19/08/2009, p. 2275; LL AR/DOC/1997/2009. CALDERÓN, M. R., "Contrato de comodato", ob. cit., t. V, p. 833, nota 7. DI CHIAZZA, I. G. — ABAD, G. O., "Comodato", en RIVERA, J. C. — MEDINA, G. (dirs.), *Derecho civil y comercial. Contratos. Parte especial*, Buenos Aires, 2017, ps. 613/4, nota 2.

(16) FRUSTAGLI, S. A. — ARIAS, M. P., "La regulación del contrato de comodato...", ob. cit., ps. 416-418.

(17) *Partidas*, Ley 1, Título II. SALVAT, R. M., "Tratado de derecho civil argentino. Fuentes...", ob. cit., t. II, ps. 478/9, nro. 2521. BORDA, G. A., "Tratado de derecho civil. Contratos", Buenos Aires, 1990, 6ª ed., t. II, p. 789, nro. 2105. ANTONMATTEI, P. H. — RAYNARD, J., "Droit civil. Contrats spéciaux", 2ª ed., Paris, 2000, p. 268, nro. 318. MALAURIE, P. — AYNÉS, L. — GAUTIER, P.-Y., "Droit des contrats spéciaux", ob. cit., p. 564, nro. 910.

(18) VON IHERING, R., "Estudios jurídicos", Buenos Aires, ps. 75, 79 y ss.; LÓPEZ DE ZAVALÍA, F. J., "Teoría de los contratos. Parte especial", ob. cit., t. IV, ps. 9/10.

(19) SPOTA, A. G., "Instituciones de derecho civil. Contratos", 2ª ed., actual. por LEIVA FERNÁNDEZ, L. F. P., Buenos Aires, 2009, t. VII, ps. 846 y 887, nros. 2161 y 2170; LEIVA FERNÁNDEZ, L. F. P., en ALTERINI, J. H. — ALTERINI, I. E., "Código Civil y Comercial. Tratado exegético", 3ª ed., Buenos Aires, 2019, t. VII, p. 612.

(20) BAROCELLI, S. S., "El comodato y el régimen de defensa del consumidor", ob. cit. PITA, E. M., "Comodato", ob. cit., t. II, p. 647.

modante de dar —en principio— una cosa no fungible ni consumible para transferir el uso o tenencia (art. 749, Cód. Civ. y Com.). Esta nota característica nos permite diferenciarla de la donación, ya que en esta la obligación es de dar, pero —a diferencia del comodato— lo es para constituir un derecho real: transmitir la propiedad (dominio) de una cosa (arts. 750 y 1892, Cód. Civ. y Com.) **(21)**.

Finalmente, como consecuencia del principio de que el comodante solo adquiere un derecho personal de uso, este no puede apropiarse de los frutos ni aumentos sobrevenidos a la cosa prestada. Unos y otros pertenecen al propietario o al poseedor de la cosa **(22)**.

V. Caracterización legal del comodato

El nuevo Código, siguiendo al art. 1412 del Proyecto de 1998, ha establecido el *concepto legal* de esta figura jurídica, disponiendo que "hay comodato si una parte se obliga a entregar a otra una cosa no fungible, mueble o inmueble, que se sirva gratuitamente de ella y restituya la misma cosa recibida" (art. 1533, Cód. Civ. y Com.).

El concepto legal nos indica los elementos esenciales del comodato (art. 970, Cód. Civ. y Com.). De forma liminar, el Código nos señala que el contrato se perfecciona con el mero consentimiento de las partes.

Se trata de un contrato consensual, pues, como sabemos, la categoría de contratos reales ha sido suprimida en nuestro ordenamiento normativo.

Además, el tipo legal nos destaca la existencia de la entrega de una cosa. La parte que se obliga a dar la cosa se llama *comodante*; la que la recibe y se obliga a restituirla, *comodatario* **(23)**. La entrega de la cosa debe ser gratuita y con facultad de usarla por parte del comodatario. Este derecho de uso tiene carácter personal y, por esta razón, no se transmite a los herederos **(24)**.

En virtud del derecho personal que nace del contrato, las acciones que competen a las partes son personales, y no reales. Más allá de la relación de poder, la tenencia de la cosa se adquiere por medio del contrato por parte del comodatario (arts. 1908 y 1910, Cód. Civ. y Com.) **(25)**.

La cosa prestada debe ser no fungible. En cuanto a las fungibles y a las consumibles, en principio, no pueden ser objeto del comodato, porque no podría cumplirse a su respecto la obligación de restitución antes señalada: podrá existir un mutuo, pero no un comodato. Por excepción, existiría este contrato si ellas fuesen prestadas como no fungibles y no consumibles, para ser restituidas idénticamente: por ejemplo, el préstamo de monedas hecho por un coleccionista a otro, a los efectos de su exhibición (art. 1534, Cód. Civ. y Com.) **(26)**.

Finalmente, cuadra mencionar que el contrato es informal. No se requiere ninguna solemnidad para su celebración y puede probarse su existencia por cualquier medio probatorio, lo cual se corresponde con las relaciones de confianza en las que se sustenta el comodato (arts. 969 y 1015, Cód. Civ. y Com.).

V.1. Jurisprudencia

V.1.a. Contrato de comodato. Naturaleza. Efectos

La celebración de un contrato de comodato no configura un acto de disposición, porque el patrimonio se mantiene intacto; el comodatario debe conservar y restituir la cosa en buen estado (CNCiv., sala L, 17/06/2003, LA LEY 2004-A, 254, con nota de E. GREGORINI CLUSELLAS; LA LEY 2004-C, 969).

La celebración de un contrato de comodato no configura un acto de disposición, porque el

(21) BORDA, G. A., "Tratado de derecho civil. Contratos", ob. cit., t. II, p. 789, nro. 2105. MALAURIE, P. — AYNÉS, L. — GAUTIER, P.-Y., "Droit des contrats spéciaux", ob. cit., ps. 564/5, nro. 910.

(22) SALVAT, R. M., "Tratado de derecho civil argentino. Fuentes...", ob. cit., t. II, p. 478, nro. 2520.

(23) WINDSCHEID, B., "Diritto delle pandette", trad. de C. Fadda y P. E. Bensa, Torino, 1930, vol. II, p. 452, § 374.

(24) SALVAT, R. M., "Tratado de derecho civil argentino. Fuentes...", ob. cit., t. II, p. 477, nro. 2517.

(25) LEIVA FERNÁNDEZ, L. F. P., en ALTERINI, J. H. — ALTERINI, I. E., "Código Civil y Comercial. Tratado exegético", ob. cit., t. VII, p. 613.

(26) SALVAT, R. M., "Tratado de derecho civil argentino. Fuentes...", ob. cit., t. II, ps. 477/8, nro. 2518.

patrimonio se mantiene intacto; el comodatario debe conservar y restituir la cosa en buen estado y el art. 2282, Cód. Civil (hoy art. 1538, Cód. Civ. y Com.) establece que el comodatario no puede repetir los gastos hechos para servirse de la cosa que tomó prestada.

(Del voto en disidencia del Dr. Pascual). "Es inoponible a la sociedad propietaria de un inmueble, el contrato de comodato gratuito —en el caso, la actora pretende la restitución del bien— otorgado por el término de diez años por un mandatario facultado para celebrar toda clase de contratos relacionados con la administración del ente, pues el art. 2262, Cód. Civil (hoy art. 1538, Cód. Civ. y Com.) prohíbe a los administradores prestar bienes confiados a su administración sin que fueran autorizados a hacerlo con poder especial, el cual en la especie no surge del poder de administración conferido al otorgante" (CNCiv., sala L, 17/06/2003, "Luppino Hnos. SA c. Luppino, H. D. y ot.", LA LEY 2004-A, 254).

V.1.b. Existencia y prueba del contrato de comodato. Fundamento

La existencia del comodato puede ser probada por cualquier medio (art. 2263, Cód. Civil) (conf. CNCiv., sala G, 12/03/1993, "Sociedad Económica de Chiavari c. Del Valle Farías, Dora y otros", LA LEY 1993-E, 530; 07/07/1999, "Rodríguez, G. M. c. Núñez, S.", LA LEY 2000-C, 729) habiéndose expedido la doctrina en igual sentido (SALGADO, Alí, "Locación, comodato y Desalojo", ps. 219 y ss.; GARRIDO, R. — ZAGO, J., "Contratos civiles y comerciales", t. II, ps. 714 y ss.), pero, tal como se sostuviera en el precedente "Salas, M. A. c. Gatica, H. y ot. s/ desalojo", (expte. 324, folio 51, 2008) de la antigua Cámara Multifueros de Cutral Co, aun cuando existe amplitud para acreditar la celebración del acto, la mera prueba testimonial tendrá virtualidad probatoria, si, conforme a las reglas de la sana crítica (art. 386, Cód. Proc.), genera convicción en el ánimo del juzgador (CNCiv. y Com., sala I, 13/10/1988, "Olmedo, S. c. Lueiza Vda. de Unamuno, M. s/ desalojo", citado por SALGADO, Alí, ob. cit., p. 218).

Estas consideraciones las traigo al Acuerdo porque son las que describen el escenario dentro del cual he de analizar lo que considero el punto central que fundamenta la decisión de este juicio —que critica la actora— y es concretamente si en autos el aquí apelante ha logrado demostrar la existencia de un contrato de comodato celebrado con la demandada en virtud del cual se genere la obligación de aquella de devolver la tenencia del inmueble al Sr. Izquierdo, pues "si el demandado niega el contrato de comodato invocado por el actor para pretender el desalojo, este debe probar el mismo" (SCBA, 11/06/1991, "Fidel, M. A. c. Arballo de Bersito, H. s/ desalojo", AyS 1991-II-117).

La entrega de envases de gas fue considerada como un contrato de comodato al analizar un requerimiento de restitución (CCiv., Com. y Min. San Juan, sala II, 20/03/2015, LL Gran Cuyo 215-1025; LL AR/JUR/26319/2015).

El contrato civil de comodato se perfecciona cuando una persona entrega gratuitamente a otra una cosa inmueble o mueble no fungible ni consumible, para que la segunda la use devolviéndole luego la misma cosa; no hay, entonces, transferencia de la propiedad de la cosa, ya que el comodatario o prestatario solo adquiere un derecho personal de uso de esta, uso que debe ser gratuito (C2ªCiv. y Com. La Plata, sala II, 04/08/2016, "Hughes, D. O. y ots. c. Palacios, J. P", causa 117.877, JUBA sumario B301994).

V.1.c. Existencia de contrato de comodato. Efectos judiciales

De esta manera, la obstinada elección por tercera vez de esta vía judicial para resolver el conflicto de autos no resulta adecuada, pues "el proceso de desalojo procede solamente cuando el demandado está obligado a restituir el inmueble en virtud de una obligación nacida de un contrato de comodato, del otorgamiento de tenencia precaria, o cuando quien lo detenta resulta un intruso.

"El desalojo tiene por objeto la recuperación del uso y tenencia de un inmueble, no siendo factor de debate el dominio ni la posesión. Este tipo de proceso no es, pues, sucedáneo de acciones petitorias o posesorias si el demandado alega y justifica *prima facie* la posesión" [CCiv., Com., Lab., Minería y Flia. Neuquén, sala II, 04/04/2016, "Izquierdo J. y ot. c. Orue, O. I. s/ desalojo sin existencia de contrato de locación (o comodato)"].

Los actores solo necesitan acreditar su calidad de comodantes y la de comodatario del demandado, sin que deban probar una propiedad que no les es indispensable, a efectos de obtener la restitución de la tenencia del inmueble. Sin embargo, debe tener el comodante sobre la cosa dada en comodato un derecho personal de uso y goce. Si se le cuestiona, como en el caso de autos, ese derecho, debe quien lo invoca necesariamente acreditarlo (CCiv., Com. y Minas Mendoza, 25/10/2016, "González, A. E. c. Delgado, M. L.", expte. 251.602).

V.1.d. Existencia de relación de comodato. Subsistencia. Efectos

En lo relativo a que el convenio fue celebrado al solo efecto de posibilitar la actividad comercial de la actora, y que entre las partes existía una relación amorosa, que subsistió luego de la fecha fijada de restitución, conclusión no rebatida por el actor, por lo que adquirió firmeza en esta instancia, también tiene ese carácter que el objeto del "préstamo" del inmueble era que la demandada lo usara para la elaboración y distribución de tortas y postres.

Ahora bien, si está acreditado que a la fecha del vencimiento del comodato las partes continuaban siendo pareja, y que el actor además colaboraba con la atención del negocio, sumado al hecho de que no hay prueba acerca de que le haya pedido la devolución del bien, es lógico y conforme a derecho sostener que estaba de acuerdo con que lo siguiera usando, por lo que se corrobora el hecho de que había una conformidad tácita a que siguiera la demandada detentando la tenencia del inmueble del actor (C8ªCiv. y Com. Córdoba, 07/02/2019, "C., R. L. c. C., M. s/ ordinario - Cobro de pesos", expte. 5.792.045).

V.1.e. Comodato. Presunción de la existencia del contrato. Prueba

Amplitud de medios probatorios. Vínculo de parentesco. Presunción favorable a la existencia del contrato. Posesión. Ausencia de prueba. Procedencia de la demanda (C7ªCiv. y Com. Córdoba, 17/06/2010, "Luque, A. E. c. Domínguez, S. L. - Desalojo. Comodato. Tenencia precaria", expte. 1.330.677/36).

V.1.f. Inexistencia de comodato

Cabe confirmar la decisión que rechaza la demanda de desalojo, pues, aun en el supuesto de que se hubiere verificado el supuesto de confesión ficta, tal circunstancia impide —por sí sola— tener por acreditado el contrato de comodato invocado, ya que en todo caso tal elemento probatorio será valorado únicamente con valor indiciario, toda vez que "si bien la confesión ficta no posee entidad probatoria plena, sino que debe ser analizada de conformidad a las circunstancias del caso y demás prueba producida y evaluada conforme las reglas de la sana crítica, constituye una seria presunción en contra de la parte demandada respecto de los hechos afirmados en el 'pliego de posiciones' propuesto por la parte actora" [C6ªCiv. y Com. Córdoba, 24/06/2005, "Tarjeta Naranja SA c. Vega, Pabla E. y otros", LLC 2005 (septiembre), 916; LL AR/JUR/2142/2005].

V.1.g. Contrato de comodato. Cláusula penal. Finalidad. Efectos

Teniendo en cuenta la finalidad compulsiva de la cláusula penal, se ha considerado que la facultad de reducirla debe usarse prudentemente y con criterio restrictivo; para no desvirtuar su función compulsiva, la cláusula penal debe ser lo suficientemente gravosa como para que el deudor prefiera cumplir su obligación. Además, este artículo (art. 2255, Cód. Civil, hoy art. 1533, Cód. Civ. y Com.) autoriza a reducir la pena, pero no a suprimirla totalmente (CCiv. y Com. San Isidro, sala I, 19/10/1999, LLBA 2000-647).

V.1.h. Contrato de comodato. Caracterización. Restitución del inmueble

Cuando se demanda el desalojo por cesación de comodato, incumbe al demandado la carga de demostrar la titularidad de su derecho a la tenencia suficiente para repeler dicha acción. Esta doctrina no es caprichosa ni arbitraria, ya que el comodato préstamo de uso, en virtud de su carácter gratuito, es un vínculo contractual que exige un elevado grado de confianza entre las partes o algunas veces un singular espíritu de generosidad por parte del comodante. Por tales motivos resulta verdaderamente excepcional que el contrato se celebre por escrito, perfeccionándose mediante la simple entrega de la cosa (CNTrab., 16/04/2002, "Sada, N. J. y

Sada, L. c. Cano, S. y/o cualquier otro ocupante s/ desalojo").

V.1.i. Contrato de comodato. Caracterización

El contrato civil de comodato se perfecciona cuando una persona entrega gratuitamente a otra una cosa inmueble o mueble no fungible ni consumible, para que la segunda la use devolviéndole luego la misma cosa; no hay, entonces, transferencia de la propiedad de la cosa, ya que el comodatario o prestatario solo adquiere un derecho personal de uso de esta, uso que debe ser gratuito (C2ªCiv. y Com. La Plata, sala II, 04/08/2016, "Hughes Dan, O. y ots c. Palacios, J. P.", causa 117.877, JUBA sumario B301994).

V.1.j. Existencia de comodato precario. Reconocimiento. Desalojo

De la lectura de la sentencia recurrida surge que la interpretación llevada a cabo por los camaristas para concluir en la configuración de un "comodato precario" no luce desprovista de sustento lógico y fáctico, en tanto fue realizada a partir del hecho reconocido por ambas partes de que la actora junto con su esposo "confirieron a su hijo el uso de la vivienda".

La Alzada no soslayó ni el "originario comodato consensual" —por cuanto, justamente, tal argumentación se inició con el reconocimiento de esta circunstancia— ni el comodato posterior celebrado entre padre e hijo en febrero de 2006, toda vez que específicamente lo ponderó, mas descartó su incidencia en la forma pretendida por el recurrente al juzgar aplicable el art. 2682, Cód. Civil (hoy art. 1538, Cód. Civ. y Com.), en virtud del cual no le es oponible a la actora por su carácter de condómina [CS Santa Fe, 27/06/2011, "Pirovano, C. D. c. Pereyra, H. O. (h.) - s/ desalojo", expte. CSJ 277, año 2010].

V.1.k. Inexistencia de comodato precario. Contrato atípico

Se desprende de las constancias de la causa que la relación contractual habida entre las partes excede, con claridad, la figura del comodato precario, ya que si bien hubo un consentimiento de la actora para que los accionados ocuparan en calidad de tenedores la parte trasera del inmueble (estos siempre reconocieron la calidad de poseedora de quien les dio ese permiso), lo cierto es que tal dación no fue gratuita, porque estaba sujeta al compromiso de los demandados de realizar las construcciones que, en definitiva, se concretaron.

En definitiva, y a modo de conclusión: emana de las constancias probatorias de la causa y de las presunciones que es dable extraer de los hechos acreditados en autos que en el caso se celebró un contrato atípico entre las partes, mediante el cual la poseedora confirió un permiso a los demandados para que ocuparan la parte trasera del predio y, a la vez, realizaran determinadas construcciones (arts. 1137, 1197 y ccds., Cód. Civil; art. 970, Cód. Civ. y Com.). De esta manera, los demandados se convirtieron en tenedores de esa parte del inmueble, reconociendo siempre que la posesión estaba en cabeza de la actora (CCiv. y Com. Azul, sala II, 15/11/2017, "Ferreira Rodríguez, A. c. Ferreira, M. y ot. s/ desalojo", causa 2-61031-2016-de Olavarría).

VI. Elementos del contrato de comodato

Como en otros supuestos, consideramos aquí aquellos elementos sustanciales de los que depende que exista la figura contractual jurídicamente válida del comodato.

Sin embargo, como ya hemos tratado *supra*, algunos de ellos al estudiar la caracterización legal del comodato, y lo haremos también *infra*, al considerar sus caracteres jurídicos, consideramos aquí preferentemente, por un lado, los elementos vinculados a las reglas legales que rigen la especie, sin perjuicio de exponer brevemente otros que, discrecionalmente, consideramos oportuno tratar a esta altura del presente estudio.

VII. Objeto del comodato

VII.1. Cosas materiales

En principio, según la definición del art. 1533, Cód. Civ. y Com., el comodato puede tener por objeto cosas materiales muebles o inmuebles (art. 16, Cód. Civ. y Com.) **(27)**, que necesariamente deben ser "no fungibles", pero tampoco

(27) LEIVA FERNÁNDEZ, L. F. P., "Tratado de los contratos", Buenos Aires, 2017, t. IV, p. 274. El objeto mediato del comodato son cosas, no bienes.

pueden ser consumibles, pues el comodatario debe restituir la misma cosa recibida en préstamo **(28)**, tal como establece la parte final de la regla legal precitada.

Empero, el art. 1534, Cód. Civ. y Com., amplía el ámbito de aplicación del contrato a las "cosas fungibles", siempre que sean restituidas las mismas cosas recibidas.

Sin embargo, para comprender el verdadero alcance del citado precepto, cabe tener en cuenta que cosas fungibles son aquellas en que todo individuo de la especie equivale a otro individuo de la misma especie, y pueden sustituirse por otras de la misma calidad y en igual cantidad (art. 232, Cód. Civ. y Com.).

En consecuencia, el concepto y el objeto del contrato de comodato, delimitado en el art. 1533, Cód. Civ. y Com., debe ser integrado con ambas normas para establecer su verdadero alcance y extensión.

Así, pues, en la doctrina francesa se dan como ejemplos la estampilla de correo para exhibir, o una botella de vino o alimentos que pueden servir de decoración a una foto, y no de comida para una cena **(29)**.

VII.2. Cosas consumibles

De forma liminar, cabe señalar que son consumibles aquellas cosas de utilidad simple, que permiten un solo acto de uso o goce, pues la "existencia termina por el primer uso", que no pueden gozarse sino por su destrucción (alimentos, bebidas, leña). En cambio, son cosas no consumibles aquellas que permiten un uso continuado, sin que esa utilización conlleve su destrucción total o parcial **(30)**.

El Código vigente no incluye a las cosas consumibles, tal como preveía el art. 2260, Cód. Civil derogado, para las cosas cuyo uso se otorga *ad pompam vel ostentationem* (*Digesto*, 13, 6, 3, 6): "solo para mostrar" **(31)**.

Los autores germanos Enneccerus y Lehmann mencionan el préstamo de una moneda para enseñarla o una cesta de frutos para su exposición o adorno **(32)**.

En su momento, el Dr. Borda daba también como ejemplo el caso del vino de vieja cosecha e inhallable en el comercio, que puede ser objeto de comodato si se presta para ser exhibido y devuelto; solo que entonces el préstamo no tiene por finalidad el uso de la cosa conforme a su naturaleza (que es beberlo) **(33)**.

VII.3. Consentimiento de las partes

En definitiva, y más allá de la naturaleza de la cosa (fungible o no, consumible o no), lo que realmente importa para que haya comodato es la "voluntad de las partes"; claro está que en ausencia de un acuerdo expreso habrá comodato solo si la cosa es no fungible y no consumible **(34)**.

VII.4. Otros supuestos

Se ha entendido que el contrato de comodato puede versar sobre cosas ajenas, toda vez que solo implica la transmisión de la tenencia de la cosa y no de la propiedad de ella. Como, asimismo, que la cosa debe estar en el comer-

(28) WINDSCHEID, B., "Diritto delle pandette", ob. cit., vol. II, ps. 452/3, § 374.

(29) BÉNABENT, A., "Droit civil. Les contrats spéciaux civils et commerciaux", 4ª ed., 1999, nro. 401. ANTONMATTEI, P. H. — RAYNARD, J., "Droit civil...", ob. cit., p. 267, nro. 316.

(30) REZZÓNICO, J. C., "Comentario al art. 2260", en BELLUSCIO, A. C. (dir.) — ZANNONI, E. A. (coord.), *Código Civil comentado, anotado y concordado*, Buenos Aires, 2004, t. 9, p. 1043.

(31) IGLESIAS, J., "Derecho romano", 11ª ed., Barcelona, 1994, p. 364. LAFAILLE, H., "Curso de contratos", ob. cit., t. III, p. 250. LEIVA FERNÁNDEZ, L. F. P., en ALTERINI, J. H. — ALTERINI, I. E., "Código Civil y Comercial. Tratado exegético", ob. cit., t. VII, p. 625.

(32) ENNECCERUS, L. — LEHMANN, H., "Derecho de obligaciones", ob. cit., t. 2, vol. 2, § 137, ps. 211 y ss., SPOTA, A. G., "Instituciones de derecho civil. Contratos", ob. cit., t. VII, p. 840; LACRUZ BERDEJO, J. L., "Derecho de obligaciones. Contratos y cuasicontratos", 2ª ed., Barcelona, 1986, vol. III, p. 256, § 107.

(33) BORDA, G. A., "Tratado de derecho civil. Contratos", ob. cit., t. II, p. 796, nro. 2114.

(34) LÓPEZ DE ZAVALÍA, F. J., "Teoría de los contratos", ob. cit., t. IV, p. 8. REZZÓNICO, J. C., "Comentarios a los arts. 2255 y 2260", en BELLUSCIO, A. C. (dir.) — ZANNONI, E. A. (coord.), *Código Civil comentado...*, ob. cit., t. 9, ps. 1017, 1044 y ss.

cio al menos relativamente, bastando con que el otorgamiento del uso no esté prohibido expresamente **(35)**.

VII.5. Jurisprudencia

VII.5.a. Uso indebido de la cosa objeto del comodato. Efectos.

El uso indebido de la cosa prestada que ocasionó su incendio da lugar a reclamar los daños y perjuicios ocasionados al comodante (CCiv. y Com. Dolores, 06/09/2011, LLBA 2012-82; LL AR/JUR/28167/2011).

VII.5.a.i. Interdicto de recobrar. Rechazo de la demanda. Abuso de confianza.

Contrato de comodato. Interversión del título. ViolenciaSe confirma la sentencia que rechazó el interdicto de recobrar intentado respecto del contrato de comodato que se menciona, ya que las defensas posesorias se confieren frente a la turbación o desapoderamiento contra la voluntad del titular de la relación real, no siendo el ámbito de discusión del título o derecho a aquella, máxime si ni siquiera se acreditó la interversión efectiva y concreta del título de la relación de poder que ostentaba el demandado (CCiv. y Com. Junín, 21/02/2017, "Ancay, Y. V. y ots. c. Gómez, P. A. s/ interdicto").

VIII. Elementos subjetivos

VIII.1. Partes

Ya hemos adelantado que las partes contratantes son el *comodante,* quien entrega la cosa, mueble o inmueble, no fungible, a la otra parte, el *comodatario,* quien adquiere el derecho de usarla, debiendo devolverla oportunamente.

VIII.2. Normas que rigen la especie

El nuevo Código no incluyó normas particulares sobre la capacidad para celebrar el contrato de comodato, razón por la cual resultan aplicables las reglas legales y los principios generales sobre la materia, que serán específicamente citados cuando resulte oportuno hacerlo.

VIII.3. Capacidad y legitimación

En razón de que el contrato de comodato solo atribuye y requiere el uso de la cosa entregada en préstamo, no resulta imprescindible *que el comodante sea propietario, siendo suficiente que tenga la tenencia de la cosa* **(36)**.

Respecto del otorgamiento por representante, los administradores de bienes ajenos, públicos o privados, solo pueden dar en comodato las cosas confiadas a su gestión, si tienen facultades expresas para ello [art. 1535, inc. b), Cód. Civ. y Com.].

Este dispositivo legal no es una norma que regule la cuestión de la capacidad, sino de la legitimación **(37)**.

VIII.4. Capacidad de derecho

Esta potestad jurídica es la aptitud de las personas para ser titulares de derechos y obligaciones (art. 22, Cód. Civ. y Com.). Esta capacidad resulta esencial para apreciar a la persona desde el punto de vista del derecho, habida cuenta de que deriva de la sola condición humana **(38)**, por lo que no se concibe a aquella totalmente privada de la titularidad de derechos y obligaciones. Ahora bien, cuando median razones de orden público, y especialmente fundadas en la moral y buena fe, el ordenamiento se ve en la necesidad de limitar

(35) Conf. CALDERÓN, M. R., "Contrato de comodato", ob. cit., t. V, p. 804, nota: "Dado que el comodato solo transfiere el uso, no tiene mayor relevancia que se encuentre prohibida la transmisión del dominio de la cosa".

(36) LÓPEZ DE ZAVALÍA, F. J., "Teoría general de los contratos", Buenos Aires, 1993, t. IV, p. 26: Actuando en nombre e interés, quien no es dueño de la cosa puede estar legitimado, contratar o subcontratar.

(37) Conf. CALDERÓN, M. R., "Contrato de comodato", ob. cit., t. V, p. 802, nota 20: "La mayor parte de la doctrina entiende que el Código contempla dos incapacidades de derecho, una absoluta (referida a tutores y curadores) y otra relativa (referida a los administradores de cosa ajena)". *Vid.* LEIVA FERNÁNDEZ, L. F. P., ob. y loc. cit. NEGRI, N. J., en RIVERA, J. C. — MEDINA, G., "Código Civil y Comercial de la Nación comentado", Buenos Aires, 2015, t. IV, p. 654; BAROCELLI, S. S., en GARRIDO CORDOBERA, L. — BORDA, A. — ALFERILLO, P. E., "Código Civil y Comercial de la Nación comentado", Buenos Aires, 2015, t. IV, p. 253.

(38) TOBÍAS, J. W., "Tratado de derecho civil. Parte general", Buenos Aires, 2017, t. I, p. 421.

aquella capacidad, sin que llegue a ser cercenada totalmente **(39)**.

Es para estos supuestos, entonces, que la normativa vigente establece las incapacidades de derecho. Estas incapacidades importan una limitación siempre parcial y excepcional de la aptitud general de ser titular de derechos y obligaciones **(40)**.

El fundamento que se ha dado de ello es que "los denominados incapaces de derecho o de goce, están constituidos por personas que son capaces de hecho, pero que la ley les prohíbe adquirir determinados derechos. Por consiguiente, no pueden ser titulares de ellos" **(41)**, puesto que el ordenamiento jurídico consagra límites a la aptitud genérica de la persona para ser titular de derechos estableciendo *derechos circunscriptos* —incapacidades de derecho— fundados en consideraciones de orden superior, que establecen que ciertas personas no pueden ser titulares de determinados derechos **(42)**.

VIII.5. Incapacidades

En el nuevo Código Civil y Comercial, los arts. 1001 y 1002 establecen normas aplicables para los contratos en general, y para cada tipo, en algunos casos, normas particulares.

En el comodato, trata ciertas "prohibiciones", que en rigor son "incapacidades de derecho" para determinadas situaciones, con sustento en la gratuidad y, por ende, en la falta de contraprestación, con los riesgos que ello implica para el patrimonio de las personas **(43)**, o bien en la incompatibilidad de intereses y la protección del erario público o de la intangibilidad del patrimonio del particular.

El motivo aparece razonable, como se dice, pues el comodato no brinda provecho alguno al comodante, que debe ser protegido ante posibles abusos y aprovechamientos de sus representantes **(44)**.

VIII.5.a. Tutores, curadores y apoyos

Por lo pronto, las personas que ejercen estas funciones deben ser, obviamente, previamente discernidas (designadas) judicialmente, por lo que no basta con que lo sean de hecho (arts. 43, 112, 138 y ccds., Cód. Civ. y Com.).

Además, se deben diferenciar los distintos supuestos previstos en la norma, porque no es lo mismo la figura del tutor o curador que la de apoyo, puesto que en esta última la persona humana tiene una capacidad mayor [rige, con más fuerza, el principio de la capacidad —art. 31, incs. a) y b), Cód. Civ. y Com.—] y, por ende, autonomía personal y libertad. Con lo cual deberá ponderarse adecuadamente el alcance que tiene cada una de estas instituciones en el caso concreto (art. 32, Cód. Civ. y Com.).

Por otra parte, respecto de los bienes que tienen las personas a quienes se les ha confiado, tienen la obligación de rendir cuentas, por lo cual se pueden identificar claramente —a través del respectivo inventario— los bienes que componen el patrimonio de la persona tutelada y los actos de administración que se efectúan con relación a ellos (arts. 130, 138, 858, 859, 860 y ccds., Cód. Civ. y Com.).

Finalmente, hay que señalar que, en caso de vulnerase esta prohibición, el acto realizado será nulo, de nulidad absoluta.

VIII.5.b. Administradores de bienes ajenos

Esta prohibición tiene alcances subjetivos más amplios, al comprender a las personas que ejercen un cargo público, ya sea como funcionarios o empleados, pero no solo a las personas del orden privado.

También los alcances objetivos son amplios, puesto que comprende a los bienes que se hallan en el ámbito de su gestión, vale decir, de su

(39) RIVERA, J. C., "Instituciones de derecho civil. Parte general", 7ª ed., Buenos Aires, 2020, t. I, ps. 767/8.

(40) RIVERA, J. C., "Instituciones de derecho civil...", ob. cit., t. I, p. 768.

(41) LAJE, E. J., "Capacidad para contratar", LA LEY 1975-A, 1099.

(42) TOBÍAS, J. W., "La persona humana y el Proyecto", en RIVERA, J. C. — MEDINA, G., *Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012*, Buenos Aires, 2012, t. I, p. 65.

(43) FRUSTAGLI, S. A. — ARIAS, M. P., "La regulación del contrato de comodato...", ob. cit., p. 420.

(44) CALDERÓN, M. R., "Contrato de comodato", ob. cit., t. V, p. 801.

competencia, que en algunos supuestos puede ser muy amplia. Debido a ello, por ejemplo, un funcionario público no podría prestar un automóvil que se encuentra en la órbita de sus funciones y gestión. La ley lo exceptúa, lógicamente, cuando tenga facultades para ello.

Puede pensarse en un funcionario municipal que, entre sus facultades, tiene a cargo la administración de los espacios públicos, en cuyo caso resulta un ejercicio razonable de sus funciones —en aras del interés público— prestar un espacio de una plaza para el funcionamiento de juegos para niños, por ejemplo, un anfiteatro para títeres.

IX. Plazo

El plazo se debe considerar esencial en el contrato de comodato **(45)**, toda vez que le permite al comodatario llevar a cabo el aprovechamiento de la cosa. Sin embargo, hay que destacar que no existe un plazo mínimo para la concertación del contrato de comodato **(46)**.

IX.1. Jurisprudencia

IX.1.a. Comodato precario. Presunción. Efectos

Cuando en el contrato de comodato no se ha pactado un plazo, la ley presume su carácter precario y, por lo tanto, el comodante puede reclamar la restitución de la cosa en cualquier momento (CNCiv., sala E, 22/10/1999, LA LEY 2000-C, 183; LL AR/JUR/4261/1999).

IX.1.b. Contrato de comodato. Existencia de plazo tácito de restitución de la cosa

Resulta inexacto considerar que no existe plazo en el supuesto en que se ha entregado en comodato una obra para que fuera expuesta en una muestra, ya que es claro que ambas partes entendieron que debía ser restituida cuando concluyera ese evento.

En el supuesto en que el comodato se haya realizado contemplando un uso específico, la finalidad para la cual fue prestada la cosa determina la duración del vínculo, de modo tal que al agotarse el uso acordado se opera el vencimiento del plazo tácito y debe el comodatario restituir (CCiv. y Com. 3ª Nom. Córdoba, 02/07/2001, "Mazzoni, A. c. Delich, M. de los A.", LL Cuyo 2002-468).

IX.1.c. Comodato precario

Tenencia precaria por más de veinte años. Prescripción. Inoperancia. Interversión del título. No acreditación. Realización de mejoras. Valoración. Deber de restituir la cosa (C6ªCiv. y Com. *Córdoba*, 16/07/2020, "Rodríguez, R. E. y ot. c. Pérez, J. A. s/ desalojo. Comodato. Tenencia precaria", expte. 6.157.684).

Cuando en el contrato de comodato no se ha pactado un plazo, la ley presume su carácter precario y, por lo tanto, el comodante puede reclamar la restitución de la cosa en cualquier momento (CNCiv., sala E, 22/10/1999, LA LEY 2000-C, 183; LL AR/JUR/4261/1999).

X. Forma

Existe unanimidad en la doctrina en que el contrato de comodato es no formal (o informal), porque no se requiere ninguna solemnidad para su celebración y puede probarse su existencia por cualquier medio probatorio, lo cual se corresponde con las relaciones de confianza en las que se sustenta el comodato (arts. 969 y 1015, Cód. Civ. y Com.) **(47)**.

X.1. Jurisprudencia

X.1.a. Caracterización. Contrato informal. Prueba

El comodato es un contrato informal y, en consecuencia, basta para su conformación el

(45) CALDERÓN, M. R., "Contrato de comodato", ob. cit., t. V, p. 804. A falta de convención, la restitución procede cuando se satisface la finalidad para la cual se presta la cosa [art. 1356, inc. e), Cód. Civ. y Com.].

(46) LORENZETTI, R. L., "Teoría general de los contratos", Buenos Aires, 2000, t. II, p. 489, apart. IV. LEIVA FERNÁNDEZ, L. F. P., "Tratado...", ob. cit., t. IV, p. 272; CALDERÓN, M. R., "Contrato de comodato", ob. cit., t. V, p. 802; NEGRI, N. J., en RIVERA, J. C. — MEDINA, G., "Código Civil y Comercial de la Nación comentado", ob. cit., t. IV, p. 653: "Entre familiares o amigos es improbable la instrumentación por escrito".

(47) LORENZETTI, R. L., "Teoría general de los contratos", ob. cit., t. II, p. 489, apart. IV; LEIVA FERNÁNDEZ, L. F. P., "Tratado...", ob. cit., t. IV, p. 272; CALDERÓN, M. R., "Contrato de comodato", ob. cit., t. V, p. 802; NEGRI, N. J., en RIVERA, J. C. — MEDINA, G., "Código Civil y Comercial de la Nación comentado", ob. cit., t. IV, p. 653: "Entre familiares o amigos es improbable la instrumentación por escrito".

mero consentimiento verbal, y cualquier medio probatorio para su acreditación (C2ªCiv. y Com. La Plata, sala III, 30/08/2018, "Rodríguez, D. A. c. Ceratto, N. C.", causa 115.262, JUBA sumario B356849).

XI. Causa

Se aplican al contrato del comodato las reglas generales sobre la causa o finalidad del comodato, por lo cual irradia a su respecto los efectos de las reglas emergentes del art. 282, Cód. Civ. y Com., por las cuales la ilicitud de la causa provoca la nulidad del contrato **(48)**.

Hay que señalar que, en el entramado contractual del comodato, invariablemente se entrecruza una causa o finalidad traslativa del uso de la cosa prestada, otorgando ese uso de una manera gratuita. Sin embargo, en los comodatos comerciales o de consumo, tales fines se subordinan a otros de carácter lucrativo, pues el contrato de comodato se sigue celebrando para transmitir el uso de una cosa gratuitamente, pero no como un mero acto de beneficencia, sino como una práctica con efectos conexos de una actividad promocional o de *marketing* tendiente a propiciar otros negocios onerosos del comodante **(49)**.

XII. Caracteres jurídicos del contrato de comodato

XII.1. Consensual

En nuestro sistema vigente el comodato es consensual, pues se perfecciona con el mero acuerdo de las partes y sin necesidad de requerir como elemento constitutivo la entrega de la cosa prestada (*datio rei*) **(50)**.

Al ser un contrato consensual, la promesa de celebrar un comodato se regirá por el art. 995, Cód. Civ. y Com. **(51)**, y será perfectamente válida, pues se trata de un contrato informal **(52)**.

En aplicación de esos principios, un reciente fallo del Departamento Judicial de La Plata ha declarado que, siendo el comodato un contrato informal y consensual, basta para su conformación con el mero consentimiento verbal de las partes, siendo admisible y, en principio, eficaz cualquier medio probatorio para su acreditación **(53)**.

XII.2. Jurisprudencia

El contrato civil de comodato se perfecciona con el solo consentimiento de las partes, toda vez que ello ocurre cuando una persona gratuitamente entrega a otra una cosa inmueble o mueble no fungible ni consumible, para que la segunda la use devolviéndole luego la misma cosa. No hay, entonces, transferencia de la propiedad de la cosa, ya que el comodatario o prestatario solo adquiere un derecho personal de uso de la misma, uso que debe ser gratuito (C2ªCiv. y Com. La Plata, sala II, 04/08/2016, "Hughes, D. O. y ots. c. Palacios, J. P.", causa 117.877, JUBA sumario B301994).

XII.2.a. Bilateral

En la actualidad, al tener el comodato carácter consensual, es siempre bilateral, ya que genera obligaciones a cargo de ambas partes, pues el comodante debe entregar una cosa no fungible y, por natural implicancia, el comodatario debe restituir, oportunamente, la misma e idéntica cosa **(54)**.

Queda por reiterar lo que hemos dicho *supra* (punto V): la catalogación de que se trata de un contrato consensual es congruente con la supresión de la categoría de contratos reales adoptada en nuestro nuevo ordenamiento normativo.

Es decir que ya hoy no caben dudas de que, en el nuevo Código Civil y Comercial, el contrato es

(48) LORENZETTI, R. L., "Teoría general de los contratos", ob. cit., t. II, p. 489.

(49) CALDERÓN, M. R., "Contrato de comodato", ob. cit., t. V, p. 804.

(50) CALDERÓN, M. R., "Contrato de comodato", ob. cit., t. V, p. 796.

(51) Art. 995: "*Promesa de celebrar un contrato*. Las partes pueden pactar la obligación de celebrar un contrato futuro. El futuro contrato no puede ser de aquellos para los cuales se exige una forma bajo sanción de nulidad. Es aplicable el régimen de las obligaciones de hacer".

(52) LEIVA FERNÁNDEZ, L. F. P., en ALTERINI, J. H. — ALTERINI, I. E., "Código Civil y Comercial. Tratado exegético", ob. cit., t. VII, p. 616.

(53) C2ªCiv. y Com. La Plata, sala III, 30/08/2018, "Rodríguez, D. A. c. Ceratto, N. C.", causa 115.262, JUBA sumario B356849.

(54) Conf. CALDERÓN, M. R., "Contrato de comodato", ob. cit., t. V, p. 796, letra b).

bilateral o sinalagmático perfecto, pues el comodante tiene la obligación de entregar la cosa prestada (art. 1533, Cód. cit.) **(55)**.

XII.2.b. Gratuito

La gratuidad es un matiz necesario y esencial en el contrato de comodato, que ya era reconocido bajo el Código Civil derogado **(56)**.

Tal matiz se halla estrechamente vinculado con el carácter *intuitu personae* del comodato, pues con la gratuidad se desea beneficiar a una persona determinada, con quien seguramente se mantienen lazos de afecto, confianza o amistad **(57)**.

Empero, conviene poner de relieve que, de un lado, la existencia de cargas en beneficio del comodante no obsta *per se* a la gratuidad del comodato de que se trate, pues no deja de ser un comodato si se acordó que las reparaciones de la cosa sean a cargo del comodatario, ya que ello es concerniente a la carga de conservar la cosa que tiene quien la usa, así como el pago de los consumos de agua y electricidad **(58)**.

En cambio, por otro lado, se considera desnaturalizado el comodato en su gratuidad ante la existencia de cargas monetarias o cualquier otro emolumento **(59)** en beneficio del comodante. Cualquier remuneración lo priva del carácter de comodato, por lo que resultara inútil intentar simular detrás del comodato una locación inmobiliaria, pues basta la mera prueba de la remuneración para que caiga la simulación **(60)**. Se trataría de un caso de fraude a la ley **(61)**.

XII.2.c. Nominado

De acuerdo con el texto expreso del art. 970, Cód. Civ. y Com. —que dice: "Los contratos son nominados o innominados según que la ley lo regule especialmente o no"—, el contrato que nos ocupa debe ser catalogado como un contrato *nominado*, en virtud de las reglas legales expresas incluidas en el cap. 21, arts. 1533 a 1641, Cód. Civ. y Com.XII.2.d. Conmutativo

Ello es así cuando las obligaciones que asumen las partes contratantes son ciertas y quedan perfectamente determinadas en el mismo momento en que se perfecciona el contrato (art. 968, 1ª parte, Cód. Civ. y Com.) **(62)**.

XII.2.e. No formal

Se trata de un contrato que no requiere ninguna solemnidad para su celebración, y puede probarse su existencia por cualquier medio probatorio, lo cual se corresponde con las relaciones de confianza en las que se sustenta el comodato (arts. 969 y 1015, Cód. Civ. y Com.) **(63)**.

XII.2.f. De duración

De acuerdo con las reglas legales que rigen la especie (arts. 1536 y ccds., Cód. Civ. y Com.), resulta un elemento esencial para dar sentido al comodato la existencia de un plazo de duración, durante el cual el comodatario pueda gozar de

(55) LEIVA FERNÁNDEZ, L. F. P., en ALTERINI, J. H. — ALTERINI, I. E., "Código Civil y Comercial. Tratado exegético", ob. cit., t. VII, p. 617. Aun en el anterior sistema se entendía que el comodante estaba obligado a permitir el uso de la cosa, por lo que se estaría en presencia de un contrato bilateral o sinalagmático perfecto, tal como lo afirman Larenz y, en la Argentina, BORDA, G. A., "Tratado de derecho civil. Contratos", ob. cit., t. II, p. 790, nro. 2106.

(56) LORENZETTI, R. L., "Tratado de los contratos. Parte especial", ob. cit., t. II, p. 483: La gratuidad significa que se asegura a uno de los contratantes una ventaja, en forma independiente de una contraprestación a cargo del otro. Es decir que no hay obligaciones correspectivas.

(57) NEGRI, N. J., en RIVERA, J. C. — MEDINA, G., "Código Civil y Comercial de la Nación comentado", ob. cit., t. IV, p. 653.

(58) LEIVA FERNÁNDEZ, L. F. P., en ALTERINI, J. H. — ALTERINI, I. E., "Código Civil y Comercial. Tratado exegético", ob. cit., t. VII, p. 619.

(59) SPOTA, A. G., "Instituciones de derecho civil. Contratos", ob. cit., t. VII, ps. 846 y 887, nro. 2161.

(60) Conf. RIPERT, G. — BOULANGER, J., "Tratado de derecho civil", ob. cit., t. VIII, p. 524.

(61) LEIVA FERNÁNDEZ, L. F. P., en ALTERINI, J. H. — ALTERINI, I. E., "Código Civil y Comercial. Tratado exegético", ob. cit., t. VII, p. 619.

(62) CALDERÓN, M. R., "Contrato de comodato", ob. cit., t. V, p. 797, letra e).

(63) LEIVA FERNÁNDEZ, L. F. P., en ALTERINI, J. H. — ALTERINI, I. E., "Código Civil y Comercial. Tratado exegético", ob. cit., t. VII, p. 621: Aunque el contrato de comodato es informal, la mera tolerancia de uso por un tercero no implica la existencia de comodato.

la utilización de la cosa prestada hasta su restitución **(64)**.

XII.2.g. *Intuitu personae*

Si bien no es un requisito esencial, generalmente el comodato tiene carácter de *intuitu personae* **(65)**, a lo que hay que agregar:

I. Que la ley presume que el contrato ostenta ese carácter jurídico [art. 1541, inc. d), Cód. Civ. y Com.] (Alou). II. Lo que acarrea la conclusión de que se ha efectuado previamente la correspondiente valoración de las condiciones personales del comodatario (Calderón). III. Que se derivan consecuencias en cuanto a la prohibición de cederlo (Lorenzetti). IV. Que las partes pueden pactar lo contrario (Leiva Fernández), así como que ello puede surgir de las circunstancias del caso, como ocurre en los comodatos vinculados a relaciones de consumeriles, en los cuales no se tienen en cuenta para nada las cualidades personales del comodatario y su vínculo con el comodante (Frustagli — Arias).

XII.3. Jurisprudencia

XII.3.a. Comodato. Caracterización como contrato gratuito

Esto significa que el comodato asegura a uno de los contratantes una ventaja, con independencia de cualquier contraprestación a cargo del otro. Cabe tener en cuenta que la gratuidad no se pierde por la circunstancia de que el comodante intente obtener, o de hecho obtenga, alguna ventaja con el préstamo de la cosa, en la medida en que esa ventaja no consista en un beneficio apreciable en dinero a expensas de quien lo recibe, como ocurre en el caso donde el comodatario ha realizado mejoras necesarias y útiles que hacen al mejor uso y habitabilidad de la vivienda (CCiv., Com. y Correc. Zárate, 24/04/1997, "Conforti, L. T. c. Bello, G. C. y ots.", LLBA 1997-1446).

XII.3.b. Contrato de comodato. Carácter unilateral y gratuito

Esto asegura a uno de los contratantes una ventaja, con independencia de cualquier contraprestación a cargo del otro. Cabe tener en cuenta que la gratuidad no se pierde por la circunstancia de que el comodante intente obtener, o de hecho obtenga, alguna ventaja con el préstamo de la cosa, en la medida en que esa ventaja no consista en un beneficio apreciable en dinero a expensas de quien lo recibe, como ha sido el caso en el cual el comodatario ha realizado mejoras necesarias y útiles que hacen al mejor uso y habitabilidad de la vivienda (CCiv., Com. y Correc. Zárate, 24/04/1997, "Conforti, L. T. c. Bello, G. C. y ots.", LLBA 1997-1446).

XII.3.c. Caracterización. Contrato informal. Prueba

El comodato es un contrato informal y, en consecuencia, basta para su conformación con el mero consentimiento verbal, y cualquier medio probatorio para su acreditación (C2ªCiv. y Com. La Plata, sala III, 30/08/2018, "Rodríguez, D. A. c. Ceratto, N. C.", causa 115.262, JUBA sumario B356849).

XII.3.d. Comodato gratuito

Relación de pareja. Ruptura de la unión amorosa. Determinación de fecha de devolución del inmueble. Tácita reconducción. Cobro de pesos. Cláusula penal. Obligación por tiempo indeterminado. Falta de intimación. Improcedencia. Violencia de género (C8ªCiv. y Com. Córdoba, 11/04/2019, "C., R. L. c. C., M. s/ cobro de pesos", expte. 5.792.045).

XIII. Cotejo con otras figuras jurídicas

XIII.1. Con el depósito

Existen similitudes con el depósito regular: pueden ser gratuitos y pueden recaer sobre las cosas no fungibles; empero, la diferencia, en la generalidad de los casos, reside en que, mientras en el comodato implica esencialmente una

(64) Cfr. con CALDERÓN, M. R., "Contrato de comodato", ob. cit., t. V, p. 797, letra h).

(65) ALOU, S. M., "Comodato", en STIGLITZ, R. S. (dir.), *Suplemento Especial: Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Contratos en particular*, ob. cit., t. II, ps. 484. CALDERÓN, M. R., "Contrato de comodato", ob. cit., t. V, p. 797; FRUSTAGLI, S. A. — ARIAS, M. P., "La regulación del contrato de comodato...", ob. cit., ps. 416/7. LEIVA FERNÁNDEZ, L. F. P., en ALTERINI, J. H. — ALTERINI, I. E., "Código Civil y Comercial. Tratado exegético", ob. cit., t. VII, p. 619, letra d). LORENZETTI, R. L., "Tratado de los contratos. Parte especial", ob. cit., t. II, p. 484.

autorización de uso, en el depósito ello se prohíbe **(66)**.

Sin embargo, en el supuesto de depósito irregular (art. 1367, Cód. Civ. y Com.), el depositante también faculta al depositario a usar la cosa, con lo cual se acerca a la noción de comodato. En otras palabras, el depósito irregular tiene de común con el comodato que en ambos el depositario y el comodatario pueden utilizar la cosa entregada.

Por otra parte: I. el contrato de comodato se perfecciona en interés del comodatario; en el depósito se persigue el interés del depositante; II. en el comodato, la regla consiste en el respeto del plazo, con una excepción en el comodato precario o sin plazo [art. 1356, inc. e), Cód. Civ. y Com.]; en cambio, en el depósito, el depositante puede exigir la cosa antes (art. 1359, Cód. Civ. y Com.) de la finalización del plazo; III. el comodato es un contrato gratuito; en cambio, el depósito admite ambas modalidades, sin perder su finalidad de custodia. Es decir, el depósito es naturalmente gratuito, pero ocasionalmente oneroso; IV. en el comodato, la cosa se pierde para su dueño, v.gr., el comodante; en cambio, en el depósito, como tiene finalidad de resguardo, el depositario tiene mayor responsabilidad, toda vez que debe poner el mismo cuidado que en las cosas propias (art. 1358, Cód. Civ. y Com.) **(67)**.

Queda por decir que, en el caso en que las partes autorizaran al depositario a usar la cosa, para localizar la distinción entre uno y otro contrato habría que echar mano a la finalidad de los contratantes, ya que el depósito es la custodia de la cosa, mientras que el comodato es un préstamo; y, en directa conexidad con aquella, al interés, cuya satisfacción prevalece: en el depósito es el interés de quien entregó la cosa, y en el comodato es el interés de quien la recibe **(68)**.

XIII.2. Con la donación

En el cotejo de ambos contratos hay que poner en evidencia que, si bien existe en ellos una transmisión gratuita de una cosa, en el comodato se transfiere el uso temporario de ella, pues el comodatario debe restituirla luego de un tiempo, mientras que en la donación se transmite el dominio de la cosa, siendo definitiva la enajenación operada **(69)**.

XIII.3. Con la locación

Si bien es cierto que existe similitud entre la locación (art. 1187, Cód. Civ. y Com.) y el contrato de comodato, pues en ambos se transmite la tenencia temporaria de una cosa, entre ellos se pueden señalar dos diferencias fundamentales. Por un lado, mientras el contrato de comodato es esencialmente gratuito, la locación es necesariamente onerosa. Por otro lado, en el comodato solamente se atribuye el derecho de uso sobre la cosa, mientras que en la locación también se atribuye la facultad de goce **(70)**.

Empero, hay que señalar que el comodatario no tiene el *ius fruendi* y, por tanto, no puede ceder el uso, ni a título gratuito ni oneroso **(71)**.

XIII.4. Con el mutuo

Tanto el contrato de comodato como el contrato de mutuo pertenecen al género de los contratos de préstamos y presentan amplias similitudes estructurales, al tener por común la entrega de cosas para su uso y aprovechamiento, con su ulterior devolución.

Empero, la diferencia fundamental entre ambas figuras jurídicas corresponde al objeto, puesto que el mutuo recae sobre cosas fungibles, por lo que la restitución se realiza por equivalente (cosas de la misma especie y en igual cantidad: prestadas), mientras que el comodato se contrata sobre cosas no fungibles y la restitución se realiza en especie (la misma e idéntica cosa prestada) (arts. 1533 y 1534, Cód. Civ. y Com.).

Esa es la razón por la que el mutuo es denominado "préstamo de consumo" **(72)** y el co-

(66) CALDERÓN, M. R., "Contrato de comodato", ob. cit., t. V, ps. 431 y 798.

(67) LEIVA FERNÁNDEZ, L. F. P., "Tratado...", ob. cit., t. IV, p. 105.

(68) CALDERÓN, M. R., "Contrato de comodato", ob. cit., t. V, ps. 431 y 798.

(69) Cfr. LÓPEZ DE. ZAVALÍA, F. J., "Teoría de los contratos", ob. cit., t. IV, ps. 14 y ss.

(70) SPOTA, A. G., "Instituciones de derecho civil. Contratos", ob. cit., t. VII, p. 863.

(71) LEIVA FERNÁNDEZ, L. F. P., "Tratado...", ob. cit., t. III, p. 239.

(72) GÓMEZ LEO, O. R., "Tratado de derecho comercial y empresario...", ob. cit., t. III, p. 261.

modato "préstamo de uso": en la primera figura, el mutuario puede consumir o disponer libremente de las cosas prestadas, pues no son ellas (sino otras del mismo género) las que debe restituir. En cambio, en el comodato, el comodatario puede usar la cosa prestada sin consumirla, pues debe devolverla **(73)**.

Queda por decir que mientras el mutuo puede ser oneroso y lo es en subsidio de lo que hayan pactado las partes, en el comodato la regla es la gratuidad, aunque puede haber cargos que deba el comodatario, sin que ello lo prive del carácter esencial de gratuito **(74)**.

XIII.5. Con los contratos temporarios de licencia sobre derechos

En estas figuras jurídicas (ley 11.723) se concede el uso de derechos inmateriales durante un cierto tiempo determinado, y ellas presentan la diferencia central con el comodato en que las licencias recaen sobre derechos inmateriales, mientras que el comodato siempre se refiere a cosas materiales **(75)**. Además, las licencias pueden otorgarse de manera gratuita u onerosa, mientras que el comodato es siempre gratuito **(76)**.

XIV. Efectos del contrato de comodato entre las partes

Como es de práctica en estos casos, consideramos la distinta situación de cada una de las partes contratantes, en función de las reglas jurídicas que rigen la especie y, en su caso, efectuamos algunas consideraciones aportadas por la doctrina y la jurisprudencia.

XV. Situación del comodante

XV.1. Efectos generales

El comodato, como la mayoría de los contratos, crea obligaciones (art. 957, Cód. Civ. y Com.). El nuevo Código, de modo sistemático, nuclea en esta disposición legal los deberes que asume el comodante. Empero, vale aclarar que las dos primeras constituyen los efectos directos e inmediatos del contrato, en tanto que las dos restantes derivan de vicisitudes posteriores, vinculadas a su ejecución, pero que no siempre se producen **(77)**.

XV.2. Entrega de la cosa

Esta obligación ha sido incluida en la misma definición legal del contrato de comodato que trajo el art. 1533, Cód. Civ. y Com., que irradia una típica obligación de dar para transferir el uso o la tenencia de la cosa prometida, con todos sus accesorios, para que el contrato sea útil, por lo que se aplica el régimen previsto en los arts. 746 y 749, Cód. Civ. y Com.El comodante debe entregar la cosa al comodatario en tiempo y lugar convenidos (arts. 957, 958, 1540 y ccds., Cód. Civ. y Com.). A falta de acuerdo debe estarse al lugar donde se encuentra habitualmente la cosa (art. 873, Cód. Civ. y Com.) y de forma inmediata (obligación pura) **(78)**, salvo que la naturaleza y las circunstancias del caso indiquen lo contrario (arts. 1º, 350 y ccds., Cód. Civ. y Com.) **(79)**.

En consecuencia, resulta "necesario destacar que la entrega de la cosa es jurídicamente exigible, no pudiendo oponerse el comodante a hacerla por su sola voluntad. Es que, si bien la decisión de prestar es libre, una vez que el contrato se celebra se convierte en una conducta debida que el comodatario, en tanto acreedor de la obligación, puede requerir coactivamente" **(80)**. Ello así por la eficacia de la fuerza vinculante del contrato (art. 959, Cód. Civ. y Com.), lo cual torna hábil la ejecución forzada [art. 730, inc. a), Cód. Civ. y Com.].

Queda por decir al respecto que la promesa de celebrar un contrato de comodato está regida en la actualidad por el art. 995, Cód. Civ. y Com.,

(73) CALDERÓN, M. R., "Contrato de comodato", ob. cit., t. V, p. 772.

(74) LEIVA FERNÁNDEZ, L. F. P., "Tratado...", ob. cit., t. III, p. 229.

(75) LEIVA FERNÁNDEZ, L. F. P., "Tratado...", ob. cit., t. IV, p. 274.

(76) CALDERÓN, M. R., "Contrato de comodato", ob. cit., t. V, p. 799, letra e).

(77) SALVAT, R. M., "Tratado de derecho civil argentino. Contratos", Buenos Aires, 1946, t. II, p. 496, nro. 2566.

(78) COMPAGNUCCI DE CASO, R. H., "Derecho de las obligaciones", Buenos Aires, 2018, p. 446, nro. 288.

(79) CALDERÓN, M. R., "Contrato de comodato", ob. cit., t. V, p. 844.

(80) CALDERÓN, M. R., "Contrato de comodato", ob. cit., t. V, p. 844.

y es perfectamente válida, pues el contrato es informal **(81)**.

XV.3. Permitir el uso durante el tiempo convenido

Además de entregar la cosa, el comodante tiene la obligación de dejar el uso de la cosa durante todo el tiempo convenido en el contrato **(82)**.

Se trata de una obligación de hacer, semejante a la del locador, aunque con las limitaciones propias del comodato de acuerdo con su función económico-social (cfr. arts. 773 y 1187, Cód. Civ. y Com.). Indudablemente, la obligación también lleva ínsita una obligación de no hacer (tolerar) **(83)**.

Más allá de ello, lo cierto es que esta obligación constituye uno de los efectos más importantes del comodato, puesto que a través de ella nace el derecho a favor del comodatario de usar la cosa **(84)**.

En orden a las "turbaciones de derecho" que puede llegar a sufrir el comodatario, el comodante no responde (por ser gratuito; art. 1033, Cód. Civ. y Com.), ya que si bien debe abstenerse de ejercer vías de hecho que le impidan a este último emplear la cosa durante el tiempo convenido, la obligación de "permitir" el uso de la cosa se limita a no frustrar esta finalidad propia de este tipo contractual: la transferencia del uso temporario de una cosa **(85)**.

XV.4. Resarcimiento por vicios ocultos

La obligación de resarcir los daños ocasionados por los vicios ocultos de la cosa constituye una especificación del régimen consagrado en los arts. 1716 y ss., Cód. Civ. y Com.El menoscabo debe tener su origen en un defecto que tiene como característica el estar oculto, es decir, un vicio no patente u ostensible. Por otra parte, se considera que el vicio comprende no solo el vicio redhibitorio propiamente dicho, sino además la evicción y también —si es una relación de consumo— la garantía de inadecuación de la cosa (arts. 11 y ss., ley 24.240) **(86)**.

Por otra parte, sin embargo, se dice que —tratándose de un contrato gratuito— la regla legal aplicable se refiere no a la responsabilidad por vicios redhibitorios de la cosa, sino a la de garantizar la finalidad del contrato: "por ello, el comodante responde exclusivamente cuando el daño sufrido por el comodatario obedezca a vicios de la cosa, que hubiera ocultado, dolosa o culposamente" **(87)**.

El alcance y el régimen de la responsabilidad por vicios ocultos son tratados en los arts. 1040, 1051 a 1058 y ccds., Cód. Civ. y Com., por lo que corresponde remitirse a lo allí expuesto para determinar la conducta e indemnización debidas por el comodatario.

XV.5. Reembolso de gastos extraordinarios

Aunque tratamos el tema *infra* **(88)**, aclaramos aquí que el comodante no está obligado a realizar las reparaciones necesarias y extraordinarias, pero, si las hace, el comodante debe reembolsar las erogaciones efectuadas, a cuyo efecto debe previamente notificar al comodante la necesidad de hacerlas, salvo que sean urgentes.

Entendemos que se trata de una autorización (en caso de que no sean necesarias) y que, como recaudo, el comodatario debe obtenerla por medio fehaciente, preferentemente por escrito

(81) *Vid. supra*, nro. XII.2.e. Conf. LEIVA FERNÁNDEZ, L. F. P., "Tratado...", ob. cit., t. IV, p. 295.

(82) DI CHIAZZA, I. G. — ABAD, G. O., "Comodato", ob. cit., p. 623.

(83) LEIVA FERNÁNDEZ, L. F. P., en ALTERINI, J. H. — ALTERINI, I. E., "Código Civil y Comercial. Tratado exegético", ob. cit., t. VII, p. 647.

(84) ANTONMATTEI, P. H. — RAYNARD, J., "Droit civil...", ob. cit., p. 271, nro. 324.

(85) KRIEGER, W. F., en BORDA, A. (dir.), "Derecho civil. Contratos", Buenos Aires, 2016, p. 814. LEIVA FERNÁNDEZ, L. F. P., en ALTERINI, J. H. — ALTERINI, I. E., "Código Civil y Comercial. Tratado exegético", ob. cit., t. VII, p. 647.

(86) CALDERÓN, M. R., "Contrato de comodato", ob. cit., t. V, p. 845.

(87) KRIEGER, W. F., en BORDA, A. (dir.), "Derecho civil. Contratos", ob. cit., p. 814. LEIVA FERNÁNDEZ, L. F. P., en ALTERINI, J. H. — ALTERINI, I. E., "Código Civil y Comercial. Tratado exegético", ob. cit., t. VII, p. 648, quien sigue a PUIG BRUTAU, J., "Fundamentos de derecho civil", Barcelona, 1982, t. II, vol. II, p. 365.

(88) *Vid.* punto "Supuestos de los gastos. Clases. a) Gastos ordinarios".

con firma del comodante, a fin de evitar futuros inconvenientes ante un posible desconocimiento del gasto.

XV.6. Derecho a obtener la restitución anticipada de la cosa

XV.6.a. Naturaleza de la restitución anticipada

A nuestro entender, la restitución anticipada constituye un supuesto de rescisión unilateral del contrato de carácter legal **(89)**. El contrato se extingue por una circunstancia sobreviniente: la necesidad del comodante o bien el incumplimiento de la obligación del comodatario de observar lo previsto en el art. 1536, inc. a), Cód. Civ. y Com.Este medio de extinción del contrato encuentra relación con lo dispuesto por el art. 1077, Cód. Civ. y Com. **(90)**, y puede ser calificado como un supuesto de "ineficacia sobreviniente" **(91)**.

XV.6.b. Análisis de los supuestos

XV.6.b.1. Necesidad del comodante

La restitución anticipada por necesidad del comodante se justifica en la naturaleza misma del contrato, su carácter altruista. La norma presupone que hay un plazo no vencido **(92)**, puesto que si no lo hubiera el comodato sería "precario" y el comodante contaría con la facultad de solicitar la restitución de la cosa prestada en cualquier momento, a su sola voluntad **(93)**. Por ello, la causal en análisis opera cuando el comodato tiene plazo (expreso o tácito), puesto que los casos que prevé el art. 1539, Cód. Civ. y Com., no rigen para el denominado comodato "precario", que carece de plazo **(94)**.

Los requisitos para que resulte procedente la restitución anticipada es que, por un lado, exista una necesidad imprevista, dado que, si se ha podido prever, no procedería la demanda del comodante, pues no sería justo ni razonable. Por otro lado, la ley exige que sea urgente, es decir, que no admita demora, retraso, postergación alguna.

La necesidad no sería tal si el comodante contara con otra cosa semejante que podría usar y serle útil para satisfacer la urgencia que padece. El Código Civil brasilero de 2002 dispone que esta causal debe ser "reconocid(a) por el juez" (art. 581).

XV.6.b.2. Uso indebido de la cosa prestada

El uso indebido de la cosa constituye un supuesto de incumplimiento contractual que habilita no solo a reclamar la restitución de lo prestado, sino también a demandar la reparación de los daños ocasionados, conforme se expusiera al analizar el art. 1536, inc. a), Cód. Civ. y Com. La utilización indebida de la cosa debe revestir cierta entidad, de modo tal que justifique la restitución anticipada, sobre todo si no se trata de un bien delicado y que no afecta su estructura o funcionalidad.

Serán las circunstancias del caso y la prudencia del intérprete las que en definitiva determinarán la procedencia de la restitución.

Por eso se ha imaginado el caso en que el propietario de un inmueble decide entregarlo en comodato con el destino convenido de ser utilizado como hogar de tránsito para niños huérfanos, y que, por hipótesis, el comodatario no cumple con ese uso, sino que lo emplea como casaquinta para su esparcimiento. O el de otro comodante que presta su automóvil para uso del servicio sacerdotal de urgencia,

(89) SOSSO, G., "Comentario al art. 2285", en LORENZETTI, R. L. (dir.) — HERNÁNDEZ, C. A. (coord.), "Código Civil comentado...", ob. cit., t. III, ps. 572/3.

(90) CALDERÓN, M. R., "Contrato de comodato", ob. cit., t. V, ps. 842/3.

(91) PITA, E. M., "Comodato", ob. cit., t. II, ps. 656/7; íd., "Ineficacia sobreviniente del contrato (rescisión, revocación y resolución)", *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, nro. 2014-1, Santa Fe, p. 349.

(92) LORENZETTI, R. L., "Tratado de los contratos. Parte especial", ob. cit., t. II, p. 495.

(93) LEIVA FERNÁNDEZ, L. F. P., en ALTERINI, J. H. — ALTERINI, I. E., "Código Civil y Comercial. Tratado exegético", ob. cit., t. VII, p. 644.

(94) LEIVA FERNÁNDEZ, L. F. P., "Tratado...", ob. cit., t. IV, p. 289: "Tampoco se aplican al comodatario que puede devolver la cosa prestada en cualquier momento siempre que no resulte intempestivo o sorpresivo en forma tal que origine daños o gastos al comodante".

pero el comodatario lo utiliza para su verano en la costa **(95)**.

XV.7. Otros derechos del comodante

Corresponde señalar algunos otros derechos que asisten al comodante con finalidades diversas dentro del contrato de comodato.

XV.7.a. Derecho al examen de la cosa prestada

El comodante tiene tal potestad para poder comprobar si la cosa prestada en virtud del contrato de comodato es utilizada de acuerdo con la finalidad acordada. En caso contrario, nace en su favor el derecho a pedir la restitución anticipada de aquella en los términos del art. 1539, inc. b), Cód. Civ. y Com. **(96)**.

XV.7.b. Realizar las mejoras que quiera realizar en la cosa

A raíz de que el comodante sigue siendo propietario de la cosa prestada, tiene derecho a realizar sobre ella aquellas reparaciones o modificaciones que considera necesarias. Y parece de toda lógica que entre las partes del comodato pueda pactarse que el comodatario realice tareas de control sobre la marcha de las obras, así como de la gestión de los operarios que las llevan a cabo **(97)**.

XV.8. Jurisprudencia

XV.8.a. Restitución del inmueble. Facultad del comodante. Efectos

La inclusión en el comodato de una cláusula mediante la cual el comodante cuenta con la facultad de requerir, en cualquier momento, la restitución del inmueble, aun cuando se lo concedió con un plazo determinado, conlleva admitir la existencia de un comodato precario, pues de otra manera la inclusión de dicha cláusula no tendría razón de ser [C2ªCiv., Com., Minas, Paz y Trib. Mendoza, 01/09/2005, "Van Hauvart, B. N. c. Suvi SA y ots.", LL Gran Cuyo 2006 (mayo), 482, con nota de E. CENTANARO].

XV.8.b. Legitimación para pedir el desalojo del comodatario

El objeto de tal contrato es conceder el uso (art. 2255, Cód. Civil; hoy art. 1533, Cód. Civ. y Com.); no se requiere ser propietario de la cosa para ello y, por lo mismo, tiene legitimación para pedir el desalojo el comodante contra el comodatario (C4ªCiv. Mendoza, "Muzaber Chafik c. Carmona, R. C. s/ desalojo").

XV.8.c. Facultad de pedir la restitución de la cosa

La inclusión en el comodato de una cláusula mediante la cual el comodante cuenta con la facultad de requerir en cualquier momento la restitución del inmueble, aun cuando se lo concedió con un plazo determinado, conlleva admitir la existencia de un comodato precario [CCiv., Com., Minas, Paz y Trib. Mendoza, 01/09/2005, "Van Hauvart, B. N. c. Suvi SA y ots.", LL Gran Cuyo, 2006 (mayo), 482, con nota de E. CENTANARO].

El uso indebido de la cosa prestada que ocasionó su incendio da lugar a reclamar los daños y perjuicios ocasionados al comodante (CCiv. y Com. Dolores, 06/09/2011, LLBA 2012-82; LL AR/JUR/28167/2011).

XV.8.d. Facultades del comodante

La acción de desalojo del comodatario es procedente si el contrato de comodato facultaba al comodante a solicitar la desocupación en forma anticipada, lo cual le otorga legitimación para obrar en tal sentido [TSJ Neuquén, 14/05/2014, LL Patagonia 2014 (octubre), 548; LL AR/JUR/38112/2014].

XVI. Situación del comodatario

XVI.1. Distintos efectos del contrato

El nuevo Código, de modo sistemático, nuclea en el art. 1536, Cód. Civ. y Com., los deberes que asume el comodatario. Si bien la enumeración no los distingue, lo cierto es que entre ellos algunos son principales, porque hacen a la esencia del contrato, en tanto que otros son secundarios.

(95) LEIVA FERNÁNDEZ, L. F. P., "Tratado...", ob. cit., t. IV, p. 293, letra b). "En ninguno de esos casos importa si la cosa se deteriora o no. Lo que se deterioró es la confianza que el comodante depositó en el comodatario".

(96) *Vid. supra*, punto XV.6.b.2.

(97) Cfr. con LEIVA FERNÁNDEZ, P. L. F., "Tratado...", ob. cit., t. IV, p. 294.

Entre los principales se hallan la obligación de uso adecuado de la cosa y la obligación de dar para restituir a su dueño (o acreedor en general, que es el comodante; art. 759, Cód. Civ. y Com.) **(98)**. Las otras hacen a la ejecución de la prestación principal (pago de los gastos, conservar la cosa), o bien a la responsabilidad civil del comodatario.

XVI.2. Usar la cosa

La utilización de la cosa no puede ser abusiva, porque debe ser restituida al comodante. Por lo tanto, el ejercicio del derecho debe ser regular (art. 10, Cód. Civ. y Com.) y de buena fe (arts. 9º y 961, Cód. Civ. y Com.).

El despliegue del uso debe ser, en principio, conforme a lo pactado, por aplicación del principio de autonomía privada (art. 959, Cód. Civ. y Com.); en caso contrario, el comodatario puede usar la cosa de acuerdo con el destino que tenía aquella en el tiempo de contratar, o bien el uso que se da a cosas análogas o aquel que se corresponda con su naturaleza.

La violación de esta obligación habilita la posibilidad de exigir la restitución inmediata de la cosa prestada y de reclamar la reparación de los daños ocasionados, en caso de haberse producido [arts. 1539, inc. b), y 1716, Cód. Civ. y Com.).

La carga de probar tales extremos corresponde al comodante, que es el que reclama la resolución del contrato por incumplimiento y el resarcimiento de los perjuicios (reglas de la carga probatoria; art. 375, Cód. Proc. Civ. y Com.).

Finalmente, se debe aclarar que el uso emergente del contrato es un derecho, y no un deber, por lo que el comodatario puede tener la cosa sin usarla, lo cual no conlleva incumplimiento contractual, a menos que su uso conlleve cumplir el deber secundario de conservar la cosa (p. ej., el entrenamiento de un caballo de equitación) **(99)**.

XVI.3. Pagar los gastos

El nuevo Código Civil y Comercial diferencia dos categorías de gastos: los ordinarios y los extraordinarios.

Los primeros están previstos en el art. 1536, inc. b), Cód. Civ. y Com. Los mencionados en segundo término están contemplados en el art. 1540, inc. d), Cód. Civ. y Com., y están a cargo del comodante.

Respecto de los gastos ordinarios, están a cargo del comodatario y la ley no autoriza a solicitar el reembolso, aun los realizados para servirse de la cosa (art. 1538, Cód. Civ. y Com.). El fundamento es la gratuidad del préstamo de uso, por ser el comodato un contrato de beneficencia.

La obligación de solventar los gastos comprende las erogaciones comunes o normales efectuadas para la conservación, mantenimiento y reparación de la cosa, así como también las generadas por la utilización del bien prestado (p. ej., la limpieza, el seguro, la nafta, etc.). Si el comodatario no paga los gastos ordinarios que se originaron por su uso, el comodatario podrá reclamarlos por la vía de ejecución forzada, con más sus intereses por mora (arts. 765 y 768, Cód. Civ. y Com.).

Por último, si el comodatario realiza el pago de los gastos extraordinarios, tiene derecho a su reembolso [art. 1540, inc. d), Cód. Civ. y Com.] y, en principio, no puede ejercer el derecho de retención (art. 1538, Cód. Civ. y Com.) **(100)**.

XVI.4. Conservar la cosa

La obligación de conservar la cosa con prudencia y diligencia es una norma abierta.

No obrar con culpa —lo opuesto a ello— abarca un sinnúmero de comportamientos y situaciones que difícilmente podrían ser previstas por el legislador. Consecuentemente, deberá juzgarse en cada caso (es una cuestión de hecho) si el comodatario se ha conducido de acuerdo con dichos parámetros de conducta.

La culpa significa la falta de diligencia, que constituye un "defecto de conducta". La pruden-

(98) LACRUZ BERDEJO, J. L., "Derecho de Obligaciones. Contratos y cuasicontratos", ob. cit., t. III, p. 258, § 108.

(99) BAROCELLI, S. S., "El comodato y el régimen de defensa del consumidor", ob. cit. CALDERÓN, M. R., "Contrato de comodato", ob. cit., t. V, p. 628.

(100) RIVERA, J. C. — MEDINA, G. (dirs.), "Derecho civil y comercial. Contratos. Parte especial", ob. cit., p. 626.

cia y la diligencia son, pues, pautas que aluden a la actuación jurídicamente exigible. En nuestra opinión, la prudencia comprende a la diligencia, ya que aquella delibera, juzga y ordena rectamente la conducta en vista del fin (bueno); juzga sobre lo que se debe hacer aquí y ahora en orden a un fin (en el caso, la conservación de la cosa prestada que luego será restituida al comodante) **(101)**.

Esta última significa que no se ha hecho lo que se debía, que se ha violado el necesario actuar o que se ha obrado cuando la inacción era lo debido. A ello se añade que la culpa es la omisión de la conducta debida, positiva o negativa, para prever o evitar un daño, puesto que esta precisión clarifica que la culpa solo interesa en la medida en que pueda imputar un daño al agente (la culpa no se concibe sin la presencia de un daño, no obstante ser un presupuesto de la responsabilidad civil independiente; arts. 1716, 1717 y 1724, Cód. Civ. y Com.) **(102)**.

En el obrar prudente y diligente, en cambio, la actuación del sujeto se encuentra en armonía con los medios útiles, necesarios, aconsejables y aptos para lograr el fin del contrato.

Para determinar la prudencia o la diligencia será menester escoger un modelo externo a la persona misma del deudor, ya que es necesario hacer una comparación en abstracto, de forma que el juicio sea objetivo con el actuar en general en casos generales.

En este sentido, en el derecho francés, la obligación de conservar la cosa tenía como pauta para ser apreciada —en cuanto a su cumplimiento— la diligencia del *bon père de famille* (buen padre de familia; art. 1880, *Code Civil*) **(103)**; el derecho italiano y el español conservan dicho criterio interpretativo **(104)**.

En suma, el comodatario deberá entonces conservar la cosa en buen estado. Sin embargo, la reforma francesa del *Code* de 2016 y nuestro nuevo Código Civil y Comercial han eliminado la expresión "buen padre" para sustituirla por "persona razonable estado" **(105)** [obligación de medios; arts. 774, inc. a), y 1724, Cód. Civ. y Com.], y responderá por todo daño que se causare por su culpa o dolo, sea por el hecho propio o el de sus familiares o dependientes (arts. 1749, 1753 y 1754, Cód. Civ. y Com.). También responderá por el abandono de la cosa sin dejar una persona que la conserve en buen estado.

XVI.5. Restituir la cosa

La restitución de la cosa prestada es consecuencia de la naturaleza temporaria del comodato (art. 1533, Cód. Civ. y Com.). El comodatario debe devolverla en el estado en que se halle (la ley no presume que fue entregada en "buen estado", tal como lo hacía el Código Civil derogado) **(106)**.

La obligación comprende no solo la "misma cosa" entregada por el comodante, sino también sus accesorios y frutos. A diferencia de la locación de cosa, en el comodato las facultades del comodatario quedan limitadas a la utilización de la cosa y no abarcan los frutos ni los productos. Sin embargo, nada se opone a que las partes acuerden lo contrario, y en tal caso habrá, además de comodato, una donación de frutos, lo cual puede resultar inclusive tácitamente de la circunstancia de que la cosa dada en comodato solo pueda usarse aprovechándose de sus frutos (p. ej., el préstamo de

(101) NEGRI, N. J., "Responsabilidad civil contractual", Buenos Aires, 2017, t. 1, p. 334.

(102) BUERES, A. J., "Comentario al art. 512", en BUERES, A. J. (dir.) — HIGHTON, E. I. (coord.), "Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial", Buenos Aires, 1998, t. 2-A, ps. 127-130.

(103) ANTONMATTEI, P. H. — RAYNARD, J., "Droit civil...", ob. cit., p. 274, nro. 329.

(104) CASTÁN TOBEÑAS, J., "Derecho civil español, común y foral", ob. cit., t. IV, p. 428. ALBALADEJO, M., "Derecho civil. Derecho de obligaciones", Barcelona, 1977, t. II, vol. 2, p. 375, § 122. ALPA, G., "Manuale di diritto privato", 5ª ed., Padova, 2007, p. 773, nro. 27.

(105) TOMÁS MARTÍNEZ, G., "La sustitución del 'buen padre de familia' por el estándar de la 'persona razonable'. Reforma en Francia y valoración de su alcance", *Revista de Derecho Civil*, vol. 2, nro. 1, 2015, ps. 57-103. KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., "Razonabilidad y contratación privada", en TOBÍAS, J. W. (dir.), *Estudios sobre contratos en homenaje al académico Jorge Horacio Alterini*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Buenos Aires, 2019, p. 32.

(106) LAFAILLE, H., "Curso de contratos", ob. cit., t. III, p. 257, nro. 328.

una vaca lechera supone la autorización para utilizar la leche) **(107)**.

Además, la restitución comprende las mejoras naturales de la cosa ocurridas durante el contrato, dado que pertenecen al dueño (art. 752, Cód. Civ. y Com.).

En relación con las artificiales, también integran la devolución de la cosa, excepto que hubiesen sido realizadas y abonadas por el comodatario para servirse de la cosa y puedan retirarse sin deterioro (art. 753, Cód. Civ. y Com.). La devolución debe hacerse, por aplicación de la autonomía de la voluntad, en el tiempo y lugar convenido.

En lo que hace al tiempo, las partes pueden pactar un plazo expreso o tácito. El plazo es expreso y cierto cuando se establece una fecha determinada, e incierto, cuando depende de un hecho incierto pero que necesariamente ocurrirá (p. ej., te presto el tractor hasta la próxima lluvia). Es tácito cuando se infiere de la naturaleza o las circunstancias de la obligación **(108)**.

A esta posibilidad se refiere con más precisión el art. 1536, inc. e), Cód. Civ. y Com., cuando dice: "A falta de convención, debe hacerlo cuando se satisface la finalidad para la cual se presta la cosa". La finalidad alude a la actividad que debe cumplir el comodatario y para la cual la cosa fue entregada. En este supuesto, habrá que estarse a la situación, ocasión, evento o empleo determinado (p. ej., una joya o un vestido para usar en una fiesta; un automóvil para hacer un viaje; etc.) **(109)**.

Si la duración del contrato no está pactada ni surge de su finalidad, el comodante puede reclamar la restitución en cualquier momento. Por esta modalidad, el comodato es conocido, comúnmente, como "precario", ya que se caracteriza por el ejercicio discrecional del derecho del comodante de exigir la restitución de la cosa **(110)**. Sin embargo, el ejercicio de esta prerrogativa no puede ser abusivo ni contrario a la buena fe (arts. 9º, 10 y 961, Cód. Civ. y Com.) **(111)**.

En lo que atañe al lugar donde debe ser restituida la cosa, hay que estarse a lo pactado. A falta de ello, en el que se "encuentra habitualmente" [art. 874, inc. a), Cód. Civ. y Com.], puesto que se trata de una obligación de dar una cosa cierta.

XVI.6. Responsabilidad civil

A continuación, se exponen sistemáticamente los supuestos de incumplimiento obligacional del comodatario que ocasionan daños y, por ende, dan lugar a la obligación de resarcir (responsabilidad civil; arts. 1716 y ss., Cód. Civ. y Com.) **(112)**.

XVI.6.a. Responsabilidades subjetivas

El incumplimiento de la obligación de usar la cosa conforme a derecho constituye un supuesto de responsabilidad subjetiva (en el caso, causar daños de forma injustificada; art. 1717, Cód. Civ. y Com.), porque implica una infracción a los deberes de prudencia y diligencia, pudiendo alegar el comodatario su falta de culpa (art. 1724, Cód. Civ. y Com.).

La obligación de conservar la cosa, como la misma ley indica, debe ser ponderada según estándares subjetivos de conducta: la prudencia y la diligencia [arts. 1536, inc. c), 1724 y 1725, Cód. Civ. y Com.].

Sin embargo, la ley no habilita la liberación del deudor por caso fortuito —en el caso de responsabilidad por pérdida o deterioro [art. 1536,

(107) BORDA, G A., "Tratado de derecho civil. Contratos", ob. cit., t. II, p. 803, nro. 2128.

(108) BORDA, G A., "Tratado de derecho civil. Contratos", ob. cit., t. II, ps. 807/8, nro. 2135. FRUSTAGLI, S. A. — ARIAS, M. P., "La regulación del contrato de comodato...", ob. cit., p. 421.

(109) CALDERÓN, M. R., "Contrato de comodato", ob. cit., t. V, ps. 841/2.

(110) SALVAT, R. M., "Tratado de derecho civil argentino. Contratos", ob. cit., t. II, p. 496, nro. 2566, ps. 491/2, nros. 2353-2354. SOSSO, G., "Comentario al art. 2285", ob. cit., t. III, p. 581; FRUSTAGLI, S. A. — ARIAS, M. P., "La regulación del contrato de comodato...", ob. cit., ps. 420/1; CALDERÓN, M. R., "Contrato de comodato", ob. cit., t. V, p. 842.

(111) BORDA, G A., "Tratado de derecho civil. Contratos", ob. cit., t. II, p. 810, nro. 2141.

(112) NEGRI, N. J., "Responsabilidad contractual: precisiones e implicancias con incidencia procesal", RCCyC 2017 (agosto), 23-44.

inc. d), Cód. Civ. y Com.]—, a menos que logre demostrar que la cosa prestada también se hubiera perdido o deteriorado estando en poder del comodante.

En consecuencia, las responsabilidades que puedan derivarse de estas hipótesis deben ser fundadas en factores subjetivos: culpa o dolo (art. 1724, Cód. Civ. y Com.).

XVI.6.b. Responsabilidades objetivas

La responsabilidad derivada del incumplimiento de los deberes de pagar los gastos [art. 1536, inc. b), Cód. Civ. y Com.] y restituir la cosa prestada [art. 1536, inc. e), Cód. cit.] es de carácter objetivo, ya que se trata de típicas obligaciones de resultado, en las que no es posible alegar la falta de culpa (arts. 1722 y 1723, Cód. Civ. y Com.).

En lo atinente a la obligación de restituir la cosa a su dueño, ella es de resultado, porque su contenido está dado por un fin: que el comodante recupere la cosa prestada.

En consecuencia, el factor de atribución de responsabilidad es objetivo [arts. 774, inc. b), 1722 y 1723, Cód. Civ. y Com.]. De este modo, frente al incumplimiento del comodatario de restituir la cosa, incurre en responsabilidad (arts. 1716 y ss., Cód. Civ. y Com.).En el derecho francés, en cuanto a la obligación de restituir, se entiende que la obligación es de resultado "atenuado"; solo procede ante la ausencia de culpa de su parte o de un caso fortuito, según la doctrina sentada por la Corte de casación **(113)**.

XVI.7. Daños resarcibles y quantum *indemnizatorio*

La indemnización debida no es solo por el valor de la cosa (art. 772, Cód. Civ. y Com.), que no es otra cosa que el subrogado prestada (*aestimatio rei*), sino también por los mayores daños causados en el patrimonio del comodante (*id quod interest*) y, eventualmente, aquellos provocados en su persona: daño no patrimonial (arts. 1737, 1738, 1740 y 1741, Cód. Civ. y Com.) **(114)**.

A nuestro criterio, el valor de la cosa debe ser estimado de acuerdo con el precio de mercado o plaza, que es el que mejor se corresponde con el principio de la realidad económica.

El resto de los rubros indemnizatorios deben seguir las mismas reglas que para cualquier caso de responsabilidad civil (arts. 1737 a 1741, Cód. Civ. y Com.).

El comodatario debe intereses moratorios con motivo de los daños ocasionados, no por el contrato que no ha cumplido.

XVI.8. Solidaridad

En caso de pluralidad de comodatarios, la responsabilidad derivada del contrato sigue siendo solidaria.

El Dr. Llambías señala que se trata de un frente común de deudores, una estructura comunitaria, en la que cada uno de los partícipes está sujeto a los mismos deberes que recaen sobre un deudor singular respecto de la totalidad del objeto debido **(115)**.

La solidaridad sobreviene de una previsión legal expresa **(116)**, de acuerdo con lo dispuesto por los arts. 827 y 828, Cód. Civ. y Com.A diferencia de lo que se interpretaba según el art. 2281, Cód. Civil derogado, la solidaridad es aplicable a todas las obligaciones contempladas en el nuevo art. 1536, *in fine*, Cód. Civ. y Com.: son solidarias dado que no se hace discriminación alguna al respecto (*ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*).

(113) Cour Cass. 1ª Civ., 06/02/1996; ANTONMATTEI, P. H. — RAYNARD, J., "Droit civil...", ob. cit., p. 275, nro. 330.

(114) NEGRI, N. J., "Responsabilidad civil contractual", ob. cit., t. 1, ps. 279-305, § 61. LLAMAS POMBO, E., "Cumplimiento por equivalente y resarcimiento del daño al acreedor (entre la *aestimatio rei* y el *id quod interest*)", Madrid, 2020, ps. 17 y ss.

(115) LLAMBÍAS, J. J., "Código Civil anotado", Buenos Aires, 1989, p. 507; íd., "Tratado de derecho civil. Obligaciones", Buenos Aires, 1970, t. II, p. 537, nro. 1233.

(116) LAFAILLE, H., "Curso de contratos", ob. cit., t. III, p. 257, nro. 328.

XVI.9. Jurisprudencia

XVI.9.a. Restitución del inmueble. Facultad del comodante. Efectos

La inclusión en el comodato de una cláusula mediante la cual el comodante cuenta con la facultad de requerir, en cualquier momento, la restitución del inmueble, aun cuando se lo concedió con un plazo determinado, conlleva admitir la existencia de un comodato precario, pues de otra manera la inclusión de dicha cláusula no tendría razón de ser [C2ªCiv., Com., Minas, Paz y Trib. Mendoza, 01/09/2005, "Van Hauvart, B. N. c. Suvi SA y ots.", LL Gran Cuyo 2006 (mayo), 482, con nota de E. CENTANARO].

XVI.9.b. Legitimación para pedir el desalojo del comodatario

El objeto de tal contrato es conceder el uso (art. 2255, Cód. Civil; hoy art. 1533, Cód. Civ. y Com.); no se requiere ser propietario de la cosa para ello, y, por lo mismo, tiene legitimación para pedir el desalojo el comodante contra el comodatario (C4ªCiv. Mendoza, "Muzaber Chafik c. Carmona, R. C. s/ desalojo").

XVI.9.c. Facultad de pedir la restitución de la cosa

La inclusión en el comodato de una cláusula mediante la cual el comodante cuenta con la facultad de requerir en cualquier momento la restitución del inmueble, aun cuando se lo concedió con un plazo determinado, conlleva admitir la existencia de un comodato precario [CCiv., Com., Minas, Paz y Trib. Mendoza, "Van Hauvart, B. N. c. Suvi SA y ots.", 01/09/2005, LL Gran Cuyo, 2006 (mayo), 482, con nota de E. CENTANARO].

El uso indebido de la cosa prestada que ocasionó su incendio da lugar a reclamar los daños y perjuicios ocasionados al comodante (CCiv. y Com. Dolores, 06/09/2011, LLBA 2012-82; LL AR/JUR/28167/2011).

XVI.9.d. Facultades del comodante

La acción de desalojo del comodatario es procedente si el contrato de comodato facultaba al comodante a solicitar la desocupación en forma anticipada, lo cual le otorga legitimación para obrar en tal sentido [TSJ Neuquén, 14/05/2014, LL Patagonia 2014 (octubre), 548; LL AR/JUR/38112/2014].

La celebración de un contrato de comodato no configura un acto de disposición, porque el patrimonio se mantiene intacto; el comodatario debe conservar y restituir la cosa en buen estado (CNCiv., sala L, 17/06/2003, LL 2004-A-254, con nota de E. GREGORINI CLUSELLAS; LA LEY 2004-C, 969).

La inclusión en el comodato de una cláusula mediante la cual el comodante cuenta con la facultad de requerir en cualquier momento la restitución del inmueble, aun cuando se lo concedió con un plazo determinado, conlleva admitir la existencia de un comodato precario [CCiv., Com., Minas, Paz y Trib. Mendoza, "Van Hauvart, B. N. c. Suvi SA y ots.", 01/09/2005, LL Gran Cuyo, 2006 (mayo), 482, con nota de E. CENTANARO].

Al ser un comodato cuyo destino es la vivienda del comodatario, corresponde acordarle un término prudencial, atento a las dificultades derivadas de la crisis de la vivienda (SCBA, 12/04/1955, LA LEY 79-66).

El uso indebido de la cosa prestada que ocasionó su incendio da lugar a reclamar los daños y perjuicios ocasionados al comodante (CCiv. y Com. Dolores, 06/09/2011, LLBA 2012-82; LL AR/JUR/28167/2011).

Cuando en el contrato de comodato no se ha pactado un plazo, la ley presume su carácter precario y, por lo tanto, el comodante puede reclamar la restitución de la cosa en cualquier momento (CNCiv., sala E, 22/10/1999, LA LEY 2000-C, 183; LL AR/JUR/4261/1999).

La acción de desalojo del comodatario es procedente si el contrato de comodato facultaba al comodante a solicitar la desocupación en forma anticipada, lo cual le otorga legitimación para obrar en tal sentido (TSJ Neuquén, 14/05/2014, LLPatagonia 2014 (octubre), 548; LL Online: AR/JUR/-38112/2014).

XVI.9.e. Supuesto de la cosa prestada que es hurtada o perdida

XVI.9.e.1. Introducción

La cosa prestada debe ser devuelta al comodante, quien suele ser —generalmente— el due-

ño, pero nada impide dar en comodato una cosa ajena, en atención a la naturaleza de derecho personal que emana del contrato.

La obligación restitutoria es cumplida con la entrega a la persona del comodante o persona designada en el contrato (art. 759, Cód. Civ. y Com.).

No obstante ello, resulta lógico pensar que el comodatario adopte las diligencias necesarias para determinar —en caso de duda— si la cosa pertenece o no al cocontratante. Si aquella es, justamente, hurtada o perdida, debe denunciarlo al propietario para que haga el reclamo respectivo ante el juez en un plazo razonable, so pena de responder por daños y perjuicios **(117)**.

XVI.9.e.2. Análisis normativo

Las situaciones previstas en el art. 1537, Cód. Civ. y Com., son consecuencia —en gran medida— de la posibilidad de que el comodato tenga por objeto una cosa ajena.

La regla legal mencionada contiene un conjunto de normas dirigidas a determinar a quién debe serle restituida la cosa dada en comodato y los supuestos que la excepcionan. Como no puede ser de otro modo, se ha señalado que, "en tanto el comodato constituye un vínculo obligacional, la cosa debe ser restituida al comodante, o sea quien celebró el contrato en ese carácter y consecuentemente entregó la cosa al comodatario" **(118)**.

El comodante, en efecto, no tiene que ser ni demostrar —para la celebración del contrato, ni como condición de validez— la propiedad de la cosa que desea prestar. En consecuencia, el comodatario no puede negarse a restituir la cosa con la excusa de que su cocontratante no es el dueño (el comodante puede ser locatario, comodatario, usuario, usufructuario, etc.) **(119)**.

Ahora bien, si el comodatario advierte que la cosa es hurtada (en rigor, cualquier apoderamiento ilegítimo de una cosa ajena) o perdida, por imposición legal —fundada en la solidaridad y cooperación— debe dar aviso al propietario para que este ejerza las acciones correspondientes. La carga que establece la ley de abstenerse de devolver la cosa o denunciar la situación al dueño es una derivación del principio de buena fe y del correcto proceder de las personas en sociedad (arts. 9º y 961, Cód. Civ. y Com.).

La responsabilidad que puede configurarse por la falta de denuncia o, pese a haberla efectuado, si restituye igualmente la cosa al comodante, debe ser evaluada con prudencia. Ante todo, el dueño debe probar que el comodatario tenía un conocimiento más o menos probable para realizar la comunicación o para oponerse a la restitución. No puede haber responsabilidad por la existencia de meros rumores. Debería existir alguna denuncia jurídicamente relevante —p. ej., ante la autoridad policial, compañía de seguros, etc.— y que llegue a conocimiento del comodatario.

Además, obviamente, el comodante debe probar los presupuestos clásicos de la responsabilidad civil, especialmente el daño resarcible y la relación de causalidad. Si se dan tales elementos, el comodatario debe reparar los daños producidos (p. ej., si el comodatario posibilitó que el comodante dispusiera de la cosa en perjuicio del dueño, aquel debe indemnizar el valor del bien y demás menoscabos ocasionados) **(120)**.

XVI.10. Supuestos de los gastos. Clases

XVI.10.a. Gastos ordinarios

Si bien el art. 1539, Cód. Civ. y Com., se refiere tanto a los gastos ordinarios como a los extraordinarios del comodato, debemos decir que ya nos hemos referido a los primeros y a su reembolso, al tratar las obligaciones del comodatario, por lo que remitimos a lo allí expuesto.

No obstante ello, se recuerda que el pago de los gastos ordinarios está a cargo del comodatario (p. ej., si se ha prestado un caballo, el comodatario debe cargar con los gastos de alimenta-

(117) REZZÓNICO, J. C., "Comentario al art. 2277", en BELLUSCIO, A. C. (dir.) — ZANNONI, E. A. (coord.), *Código Civil comentado, anotado y concordado*, ob. cit., t. 9, ps. 1109/10.

(118) PITA, E. M., "Comodato", ob. cit., t. II, p. 653.

(119) SPOTA, A. G., "Instituciones de derecho civil. Contratos", ob. cit., t. VII, ps. 858/9, nro. 2163. LEIVA FERNÁNDEZ, L. F. P., en ALTERINI, J. H. — ALTERINI, I. E., "Código Civil y Comercial. Tratado exegético", ob. cit., t. VII, p. 638.

(120) REZZÓNICO, J. C., "Comentario al art. 2279", en BELLUSCIO, A. C. (dir.) — ZANNONI, E. A. (coord.), *Código Civil comentado, anotado y concordado*, ob. cit., t. 9, ps. 1116/7.

ción; si se presta un automóvil, el comodatario debe cargar con los gastos de nafta; etc.) **(121)**.

En relación con los gastos extraordinarios, el Código establece la obligación de reembolsar las erogaciones extraordinarias, con la exigencia previa de la notificación al comodante, salvo que fueran urgentes y con grave peligro para la conservación de la cosa [art. 1540, inc. d), Cód. Civ. y Com.).

XVI.10.b. Gastos extraordinarios

Los gastos extraordinarios, antes llamados "expensas extraordinarias" (art. 2287, Cód. Civil derogado), son aquellos que —en función de la cosa y su uso— exceden la órbita del contrato de beneficencia, sobre todo teniendo en consideración que la cosa deberá ser restituida, llegado el momento oportuno, al comodante.

No resulta lógico, pues, que el comodatario cargue con el deber de pagar importantes erogaciones en concepto de conservación (mantenimiento o reparación, no en concepto de mejoras), que desnaturalizarían el préstamo gratuito de uso.

En cada caso deberá juzgarse la entidad de los gastos con relación al valor de la cosa y su uso, así como las demás circunstancias particulares del contrato y de las partes. Igualmente, el comodatario no podrá ejercer el derecho de retención (arts. 2587 y ss., Cód. Civ. y Com.). La prohibición no solo alcanza a los gastos extraordinarios (las reparaciones que, en general, sean necesarias), sino también a los de conservación. La norma es clara; en ningún caso puede ejercerse tal derecho (arts. 2587 y ss., Cód. Civ. y Com.).

El motivo de esta prohibición es la naturaleza misma del comodato, que es un contrato gratuito. Empero, la doctrina no ha considerado debidamente justificado que el comodatario deba cargar con dichas expensas sin una seguridad mínima en cuanto a la posibilidad de su reembolso, por lo que estiman equitativo que al menos el derecho se circunscriba a los gastos necesarios **(122)**.

XVI.11. Jurisprudencia

XVI.11.a. Inmueble vivienda del comodatario. Efectos

Al ser un comodato cuyo destino es la vivienda del comodatario, corresponde acordarle un término prudencial, atento a las dificultades derivadas de la crisis de la vivienda (SCBA, 12/04/1955, LA LEY 79-66).

XVI.11.b. Obligaciones del comodatario. Fundamento

Si el objeto del préstamo es una casa, el comodatario está obligado a las reparaciones locativas, ya que, estando a cargo del locatario que paga el alquiler de la cosa, con mayor razón deben estar a cargo del comodatario, que tiene el uso de la cosa sin pagarlo (SCBA, 23/03/1943, LA LEY 30-78/79, fallo 15.032, voto del Dr. Argañarás; íd., CNCiv., sala B, 12/08/1987, ED 126-427).

XVI.11.c. Obligaciones del comodatario. Gastos realizados

Cabe mencionar también que, en concordancia con lo reglado en el art. 1536, inc. b), el art. 1538, primera parte, preceptúa que "el comodatario no puede solicitar el reembolso de los gastos ordinarios realizados para servirse de la cosa". El art. 1536, inc. c), pone en cabeza del comodatario la obligación de conservar la cosa dada en comodato ("Conservar la cosa con prudencia y diligencia"); en el cumplimiento de esa obligación, ha de conducirse con prudencia y diligencia. Adviértase que ya no se emplea la expresión "toda diligencia", que usaba el art. 2266 del Código de Vélez, quedando superados los debates que había planteado la interpretación de ese artículo (CCiv. y Com. Bahía Blanca, sala II , 05/06/1997, LLBA 1999-223) **(123)**.

XVI.11.d. Obligaciones del comodatario por gastos ordinarios

Los arreglos inherentes a la conservación, confort necesario y mejor uso del inmueble, así como el pago de servicios que han beneficiado a la demandada durante los años que viene habitando la finca, deben considerarse comprendidos en los gastos ordinarios que el art. 2282,

(121) SALVAT, R. M., "Tratado de derecho civil argentino. Contratos", ob. cit., t. II, p. 489, nro. 2547.

(122) SALVAT, R. M., "Tratado de derecho civil argentino. Contratos", ob. cit., t. II, p. 498, nro. 2571.

(123) BÉNABENT, A., "Droit civil. Les contrats spéciaux...", ob. cit., nro. 401. ANTONMATTEI, P. H. — RAYNARD, J., "Droit civil...", ob. cit., p. 267, nro. 316.

Cód. Civil (hoy art. 1538, Cód. Civ. y Com.) pone a cargo del comodatario; por ello, el haberlos solventado no crea de por sí presunción alguna del carácter de poseedora, como para repeler el desalojo (CCiv. y Com. Bahía Blanca, sala II, 05/06/1997, "C., E. O. c. C., A.", LLBA 1999-223).

XVI.11.e. Responsabilidad del comodatario. Inexistencia de caso fortuito

El comodatario no cumplió con el deber de conservar un tapiz que se le facilitó para una muestra, si este se vio deteriorado por causa de las intensas lluvias que se registraron durante gran parte del tiempo en que se desarrolló la exposición. En el caso, se valoraron las circunstancias de tiempo y de lugar, y se expresó que en la ciudad de Córdoba en los meses de noviembre y diciembre es común que se produzcan continuas precipitaciones, y esto, al ser previsible para el comodatario, no se puede ser considerar caso fortuito para eximirlo de responsabilidad (CCiv. y Com. Córdoba, 3ª Nom., 02/07/2001, "Mazzoni, A. c. Delich, M. de los A.", LL Cuyo 2002-468).

XVI.11.f. Procedencia del desalojo contra el comodatario del inmueble

Corresponde hacer lugar a la demanda de desalojo iniciada por quien acreditó su carácter de compradora del inmueble y estar habitándolo en parte, contra quien reviste la calidad de tenedor precario, ya que reiteradamente a lo largo del proceso reconoció que habitaba el inmueble en calidad de comodatario, quien, por ende, tiene una obligación legal de restituir [art. 2285, Cód. Civil; hoy art. 1536, inc. e), Cód. Civ. y Com.].

La acción de desalojo es una acción personal ejercida por quien tiene derecho a recuperar el uso y goce de un inmueble (o parte de él), cuando quien detenta la tenencia llegó a ella mediante actos o contratos que ya no pueden considerarse subsistentes, o cuando lo hizo como un intruso, sin pretensiones posesorias (art. 517, Cód. Proc. Civ. y Com.), por lo cual el demandado debe ser siempre un tenedor que reconoce en otro la posesión (arts. 2460 y ss., Cód. Civil; hoy, art. 1910, Cód. Civ. y Com.).

La demanda de desalojo no procede cuando el demandado alega y acredita *prima facie*, con un grado razonable de seriedad y verosimilitud, que detenta el inmueble con ánimo de dueño (art. 2351, Cód. Civil, y art. 1909, Cód. Civ. y Com.), siendo que en tal caso quien pretenda recuperar la posesión deberá acudir a otras vías procesales, donde no se podrá hacerse valer el resultado del juicio de desalojo (art. 526, Cód. Proc. Civ. y Com.) [CCiv. y Com. Reconquista (Santa Fe), 26/07/2018, "Maciel, C. A. c. Fluckiger, M. y ot. y/o q. r. ocupante s/ desalojo", expte. 289, año 2015].

XVI.11.g. Existencia de comodato. Efectos jurídicos

Al ser un comodato cuyo destino es la vivienda del comodatario, corresponde acordarle un término prudencial, atento a las dificultades derivadas de la crisis de la vivienda (SCBA, 12/04/1955, LA LEY 79-66).

Si el objeto del préstamo es una casa, el comodatario está obligado a las reparaciones locativas, ya que, estando a cargo del locatario que paga el alquiler de la cosa, con mayor razón deben estar a cargo del comodatario, que tiene el uso de la cosa sin pagarlo (SCBA, 23/03/1943, LA LEY 30-78/79, fallo 15.032, voto del Dr. Argañarás; íd., CNCiv., sala B, 12/08/1987, ED 126-427).

La celebración de un contrato de comodato no configura un acto de disposición, porque el patrimonio se mantiene intacto; el comodatario debe conservar y restituir la cosa en buen estado (CNCiv., sala L, 17/06/2003, LA LEY 2004-A, 254, con nota de E. GREGORINI CLUSELLAS; LA LEY 2004-C, 969).

Restitución de los bienes entregados en comodato. Demanda contra el gerenciante del comodatario. Excepción de falta de acción. Intimación previa al comodatario. Negligencia del comodante en la recepción de los bienes. Doctrina de los actos propios. Aplicación. Procedencia de la excepción. Improcedencia de la demanda (C7ªCiv. y Com. Córdoba, 08/05/2014, "Presal SA Servicio de Asistencia Médica c. Banco de la Pcia. de Córdoba - Cumplimiento/resolución de contrato", expte. 315.402/36).

XVI.11.h. Desalojo del comodatario

La acción de desalojo del comodatario es procedente si el contrato de comodato facultaba al comodante a solicitar la desocupación en forma anticipada, lo cual le otorga legitimación para obrar en tal sentido [TSJ Neuquén,

14/05/2014, LL Patagonia 2014 (octubre), 548; LL AR/JUR/38112/2014].

XVI.11.i. Inmueble. Obligaciones del comodatario

Gastos ordinarios: servicios municipales. Admisión. Gastos extraordinarios: impuestos provinciales. Exclusión. Reembolso: admisión parcial (C1ªCiv. y Com. Córdoba, 03/01/0219, "Regondi, H. c. Ludueña, N. I. y ot. s/ cobro de pesos", expte. 5.665.379).

XVI.11.j. Situación de la excónyuge del comodatario

Alegación de posesión. Falta de acreditación. Carga de la prueba. Régimen. Admisión de la demanda. Objeto y límite de la acción (C2ªCiv. y Com. Córdoba, 04/07/2019, "Rodríguez, M. R. y ots. c. García, C. A. s/ desalojo. Comodato. Tenencia precaria", expte. 5.871.551).

XVII. Efectos respecto de terceros

XVII.1. Principio general

Se aplican los principios generales según los cuales el contrato solamente produce efectos entre las partes, careciendo de efectos respecto de terceros ajenos a la contratación (arts. 1195, Cód. Civil; hoy art. 1021, Cód. Civ. y Com.) **(124)**.

XVII.2. Inoponibilidad a terceros

Es decir que desde la vigencia del Código velezano hasta en la actualidad, se puede ratificar el principio de que el contrato válidamente concluido desde sus elementos esenciales —objeto, causa, forma y plazo— produce los efectos obligatorios que surgen de la ley **(125)**, "pero solo respecto de las partes contratantes" **(126)**.

XVIII. Extinción del comodato

XVIII.1. Principio general

Los contratos se extinguen por el modo general y natural común a todos, que es el cumplimiento de las obligaciones que nacen de él (arts. 865 y 880, Cód. Civ. y Com.).

En el caso del comodato, la terminación del contrato se produce por la ejecución de la obligación de restituir la cosa prestada por parte del comodatario, con sus frutos y accesorios, en el tiempo y lugar convenidos [art. 1536, inc. e), Cód. Civ. y Com.].

XVIII.2. Otros modos conclusivos

Sin embargo, el comodato se puede extinguir por otros modos: por la destrucción o pérdida de la cosa prestada; por vencimiento del plazo (resolutorio); por voluntad unilateral del comodatario (p. ej., en el comodato precario, es decir, cuando el comodato es sin plazo, o bien en los supuestos del art. 1539, Cód. Civ. y Com.); por la muerte del comodatario, en atención a su carácter personal fundado en la confianza, la cortesía o el altruismo.

XVIII.2.a. Destrucción de la cosa

Lo previsto en el art. 1541, Cód. Civ. y Com., constituye una aplicación de las reglas generales para aquellos contratos cuyo objeto es una cosa. La destrucción es "el accidente fortuito que alcanza intrínsecamente a la cosa en su existencia material y a consecuencia del cual la cosa perece o se deteriora" **(127)**.

En materia de obligaciones, el concepto de "destrucción" se encuentra comprendido en una noción más amplia: la de "pérdida" de la cosa. El art. 891, Cód. Civil derogado, nos decía que la pérdida se configuraba en tres situaciones: cuando fuera destruida completamente; cuando hubiera sido colocada fuera del comercio (art. 234, Cód. Civ. y Com.), y cuando hubiera desaparecido y no se sabe dónde se encuentra **(128)**.

Este mayor alcance guarda coherencia y correspondencia con los arts. 1536, inc. d), y 1537,

(124) FERNÁNDEZ, R. L. — GÓMEZ LEO, O. R., "Tratado teórico práctico de derecho comercial", 2ª ed., Buenos Aires, 2010, t. III-A, p. 109.

(125) *Vid. supra*, puntos VI a X.

(126) Conf., por todos, LEIVA FERNÁNDEZ, L. F. P., en ALTERINI, J. H. — ALTERINI, I. E., "Código Civil y Comercial. Tratado exegético", ob. cit., t. V, p. 475.

(127) DEMOLOMBE, C., "Cours du Code Napoléon", 3ª ed., Paris, 1927, t. 24, p. 415, nro. 420.

(128) COLMO, A., "De las obligaciones en general", 3ª ed., Buenos Aires, 1944, ps. 215 y ss. BUSSO, E. B., "Código Civil anotado", Buenos Aires, 1951, t. IV, ps. 93 y ss. SALVAT, R. M. — GALLI, E. V., "Tratado de derecho civil argentino. Obligaciones en general", 6ª ed., Buenos Aires, 1952, t. I, p. 330, nro. 346. TRIGO REPRESAS, F. A., en ALTERINI, J. H. — ALTERINI, I. E., "Código Civil y Comercial. Tratado exegético", ob. cit., t. IV, p. 183.

Cód. Civ. y Com., que es la interpretación que debe primar (art. 2º, Cód. Civ. y Com.).

Sin embargo, es necesario distinguir cuándo se ha operado la destrucción, pues ello produce efectos jurídicos distintos.

XVIII.2.a.1. Antes de la entrega

Si la destrucción de la cosa ocurre antes de que el comodante cumpla con la obligación de entregarla al comodatario, que es el supuesto previsto en la ley, se trata de un supuesto de imposibilidad de cumplimiento (art. 955, Cód. Civ. y Com.), aunque con los matices propios del comodato, esto es, por la beneficencia que lo informa. Es por demás una aplicación específica del caso en que el "propietario soporta los riesgos de la cosa" (*res perit domino*; art. 755, Cód. Civ. y Com.).

En consecuencia, sin que sea necesario que se cumplan los requisitos propios de la regla legal aplicable, el comodante no está obligado a cumplir con la obligación de entregar la cosa que ha perecido y, por ende, carece de responsabilidad (v.gr., el comodante no está obligado a entregar ni siquiera una cosa semejante).

Además, la norma aplicable expresamente excluye la posibilidad de aplicar la subrogación real, por lo que el contrato no continúa sobre otra cosa semejante que pueda haber: el comodato tiene por objeto una cosa "no fungible" **(129)**. Tampoco el comodante tiene la obligación de proporcionar algo semejante.

XVIII.2.a.2. Después de la entrega

Si la destrucción de la cosa sucede después de la entrega de la cosa por parte del comodante, nace la obligación de resarcir los daños ocasionados al comodante (arts. 1716 y ss., Cód. Civ. y Com.), conforme fuera señalado al comentar el contenido del art. 1536, inc. d), Cód. Civ. y Com., que dice que el comodatario debe "responder por la pérdida o deterioro de la cosa, incluso causados por caso fortuito, excepto que pruebe que habrían ocurrido igualmente si la cosa hubiera estado en poder del comodante".

(129) PITA, E. M., "Comodato", ob. cit., t. II, p. 661.

XVIII.2.b. Vencimiento del plazo

Los negocios jurídicos pueden tener como elemento accidental el plazo o término. En rigor, la expresión "término" se debe utilizar para designar a un único momento temporal individualizado; la locución "plazo" se refiere, en cambio, a un conjunto de unidades temporales.

Empero, como es sabido, el plazo puede ser inicial o final. El inicial o suspensivo (*diez a quo*) es aquel que fija cuándo comenzará a tener efectos o eficacia el negocio. Al momento que llega el término se inician los efectos. El plazo final o resolutorio (*diez ad quem*) es el que tiene como consecuencia que concluye la eficacia o efectos del negocio. El negocio cesa cuando finaliza el término **(130)**.

El art. 1541, inc. b), Cód. Civ. y Com., constituye un supuesto de plazo final. En efecto, se trata de un plazo resolutorio que produce la finalización de los efectos del contrato, por lo que el derecho del comodatario de usar la cosa prestada concluye a la fecha del término previsto por las partes (arts. 957, 958 y 959, Cód. Civ. y Com.).

El plazo final puede ser expreso (p. ej., el día 12 de noviembre de 2027) o tácito, cuando surge de la naturaleza y circunstancias de la obligación (p. ej., de un vehículo clásico al finalizar una exhibición).

Si el comodatario no cumple con la obligación de restituir la cosa en el plazo pactado, puede incurrir en retardo imputable mediante el instituto de la mora y, por ende, ser pasible de los daños e intereses moratorios (arts. 886, 1716, 1747 y ccds., Cód. Civ. y Com.).

Cabe recordar que, si el comodato es precario, es decir, sin plazo para restituir la cosa prestada **(131)**, el comodante puede requerir la restitución en cualquier momento, sin necesidad de interpelar o de constituir en mora al comodatario. Asimismo, este último —por

(130) DÍEZ-PICAZO, L., "Estudios de derecho privado", Madrid, 1980, p. 147, nota 21; COMPAGNUCCI DE CASO, R. H., "El negocio jurídico", Buenos Aires, 1992, p. 466, § 153, nota 76.

(131) COMPAGNUCCI DE CASO, R. H., "El negocio jurídico", ob. cit., ps. 467/8, § 154.

su parte— puede también devolver la cosa en cualquier momento.

XVIII.2.c. Por voluntad unilateral del comodatario

Implica un supuesto de rescisión unilateral legal del contrato, de acuerdo con lo establecido por los arts. 1077 y ccds., Cód. Civ. y Com.

De esta manera, aun cuando el contrato haya sido otorgado por un plazo determinado o indeterminado, el comodatario tiene, en principio, y salvo pacto en contrario, la facultad de dar por extinguido el contrato por su sola decisión.

Esta solución legal es la consecuencia de entender que "el plazo del contrato de comodato ha sido otorgado a favor del comodatario, quien, como tal, puede renunciar anticipadamente al mismo, extinguiendo el vínculo, y restituyendo la cosa" **(132)**.

Sin embargo, conforme preconizan los arts. 9º y 10 del Título Preliminar, Cód. Civ. y Com., debemos tener en consideración que este derecho, como cualquier otro, no debe ser ejercido abusivamente por el comodatario, en razón del principio rector de buena fe contractual (art. 961, Cód. Civ. y Com.). Asimismo, debemos recordar que el contrato muchas veces es celebrado en interés del comodante y, en tales supuestos, la decisión extintiva del comodatario debe ser ejercida con mayor prudencia.

Al margen de ello, no sería válida la cláusula que dispusiera la renuncia a este derecho del comodatario (arts. 15, 944 y 948, Cód. Civ. y Com.), más aún si se trata de un contrato conexo a otros de consumo con fines lucrativos (cfr. art. 1533, Cód. Civ. y Com.), en los que la renuncia se halla en contra del principio protectorio de fuente constitucional [art. 42, CN; arts. 988, inc. b), 1074, 1094 y 1117, Cód. Civ. y Com.].

XVIII.2.d. Por muerte del comodatario

La disposición legal que rige la especie se funda en el carácter *intuitu personae* del vínculo jurídico. La beneficencia generalmente es realizada teniendo en cuenta las condiciones personales del beneficiario.

La ley, sin embargo, prevé la posibilidad de que el contrato perdure, no obstante el fallecimiento del comodatario. Para que ello ocurra será menester dejar constancia en el contrato (*pacto en contrario*) o que surja de manera inequívoca de él que el préstamo de uso no fue otorgado en consideración exclusiva de la persona del comodatario.

De lo expuesto se infiere que esta causal no opera de pleno derecho, sino que concede al comodante la potestad para decidir la suerte del contrato, al poder continuarlo con los herederos del comodatario **(133)**.

XIX. Efectos de la extinción

Producida la conclusión del comodato, el comodatario debe restituir la cosa prestada, con todos sus frutos y accesorios, en el lugar convenido [art. 1536, inc. e), Cód. Civ. y Com.] y, en su defecto, donde ella se halle habitualmente **(134)**.

El incumplimiento de la obligación de restituir da derecho al acreedor a reclamar su cumplimiento *in natura*, es decir, la entrega, con más los daños moratorios, y si fuere imposible, a reclamar la indemnización sustitutiva [*aestimatio rei*; art. 730, inc. c), Cód. Civ. y Com.] **(135)**.

La acción prescribe a los cinco años (art. 2560, Cód. Civ. y Com.) desde que la obligación se torna exigible (art. 2554, Cód. Civ. y Com.).

XIX.1. Jurisprudencia

XIX.1.a. Extinción del comodato. Efectos

La resolución es una forma de extinción del contrato que produce la liberación tanto de la parte cumplidora como de la parte incumplidora, sin perjuicio de la obligación de esta última de resarcir los daños y perjuicios. No importa

(132) DI CHIAZZA, I. G. — ABAD, G. O., "Comodato", ob. cit., p. 634.

(133) BAROCELLI, S. S., "El comodato y el régimen de defensa del consumidor", ob. cit. CALDERÓN, M. R., "Contrato de comodato", ob. cit., t. V, p. 855.

(134) Conf. LEIVA FERNÁNDEZ, L. F. P., "Tratado...", ob. cit., t. IV, p. 306.

(135) TRIGO REPRESAS, F. A., en ALTERINI, J. H. — ALTERINI, I. E., "Código Civil y Comercial. Tratado exegético", ob. cit., t. IV, p. 71.

entonces una sanción, pues la liberación del vínculo contractual favorece en definitiva a las partes, de manera que, por efecto propio de la resolución, ninguna de ellas puede resultar perjudicada (C1ªCiv. y Com. Tucumán, 13/11/1977, "Albarracín de Dorado, C. c. Sueldo de Sarife, A.", JA 1979-I, 108).

XIX.1.b. Extinción del comodato. Fundamento

El derecho a la resolución contractual otorgado al acreedor diligente tutela el interés legítimo de este y la interdependencia funcional de las prestaciones, y tal tutela constituye un efecto lógico jurídico derivado de la idea de la causa de la contratación como razón de ser del negocio y como protección de la función que él está destinado a cumplir desde el punto de vista de los intereses social-económicos que el ordenamiento jurídico consagra y tutela de manera genérica (CCiv., Com., Trab. y Minas Catamarca, 2ª Nom., 06/08/1998, "Figueroa Acuña, N. J. c. De la Barrera, C.", LA LEY 2000-A, 580).

XIX.1.c. Comodato que faculta la desocupación anticipada

La acción de desalojo del comodatario es procedente si el contrato de comodato facultaba al comodante a solicitar la desocupación en forma anticipada, lo cual le otorga legitimación para obrar en tal sentido [TSJ Neuquén, 14/05/2014, LL Patagonia 2014 (octubre), 548; LL AR/JUR/38112/2014].

El seguro de caución: efectos frente al concurso preventivo

Rómulo Rojo Vivot (*)

Sebastián Eduardo Torres (**)

Sumario: I. Introducción.— II. Aspectos generales del seguro de caución.— III. Naturaleza jurídica.— IV. La prescripción de las acciones emergentes del seguro de caución.— V. El seguro de caución frente al concurso preventivo del tomador.

I. Introducción

En esta presentación comenzaremos por examinar las características y la naturaleza jurídica del denominado seguro de caución, para luego realizar un análisis sobre algunas de las situaciones que suelen producirse cuando se declara la apertura del concurso preventivo del tomador del seguro de caución.

La finalidad de este trabajo es reseñar la normativa que regula la materia y analizar los resultados de la interpretación doctrinaria y jurisprudencial, poniendo en evidencia los puntos de conflicto más usuales y significativos.

II. Aspectos generales del seguro de caución

II.1. Caracterización de la estructura contractual

Para comprender el funcionamiento del contrato de caución y la estructura jurídica de las contrataciones privadas que involucran a este tipo de garantía, estimamos conveniente realizar la siguiente caracterización.

Pongamos por caso que un frigorífico está dispuesto a celebrar un contrato de obra con una empresa constructora para la realización de un edificio de oficinas dentro de una de sus plantas de distribución. Como es de uso y práctica en la industria de la construcción, el frigorífico requiere a la constructora la presentación de diversas pólizas de caución destinadas a cubrir las consecuencias de los posibles incumplimientos de las distintas etapas de la obra involucrada (v.gr., ejecución del contrato, fondo de reparos, anticipo financiero, entre otros).

A tal fin, la constructora acude a una compañía de seguros y contrata la emisión de distintas pólizas de caución instituyendo al frigorífico como asegurado y beneficiario para que, en el caso de no realizar la obra de acuerdo con lo estipulado en el contrato, la aseguradora le pague al frigorífico una suma de dinero determinada o determinable en los términos, condiciones y alcances estipulados en la póliza de caución.

La pluralidad de vínculos implicados en la operatoria puede ser apreciada con claridad. Por un lado, se advierte el negocio jurídico principal celebrado entre el frigorífico y la constructora. Luego, aparece la garantía instituida mediante el convenio celebrado por la constructora y la aseguradora. De allí surge el vínculo establecido entre la aseguradora y el frigorífico que resulta instrumentado a través de la póliza de caución, de la cual surge el derecho del frigorífico a exigir a la aseguradora la satisfacción de la obligación de garantía asumida a través de la póliza, el cual está subordinado a que se produzca el incum-

(*) Abogado (UCA). Magíster en Derecho Empresario Económico (UCA). Posgrado en Derecho Empresario (Universidad Austral). Socio del Estudio Berdaguer, Rojo Vivot, Silvero, Canziani & Uriburu.

(**) Abogado (UCA). Magíster en Derecho Empresario (ESEADE). *Magister in Comparative and International Law* (University of New South Wales, Australia). Socio del Estudio Berdaguer, Rojo Vivot, Silvero, Canziani & Uriburu.

plimiento de las obligaciones asumidas por la constructora en el contrato principal.

En la práctica, el contrato de caución es utilizado para garantizar prestaciones derivadas de contratos de obra, servicios, suministro, concesión y locación. También se utiliza en el ámbito de las garantías aduaneras, impositivas, judiciales, entre otras. Las empresas aseguradoras solo pueden emitir pólizas para garantizar las consecuencias de los incumplimientos de obligaciones de hacer o dar cosas, no pudiendo hacerlo respecto de obligaciones de dar sumas de dinero, pues está prohibida la cobertura de operaciones de crédito financiero puro **(1)**. Además, solo están autorizadas a otorgar garantías a favor de terceros cuando configuran económica y técnicamente operaciones de seguro aprobadas por la Superintendencia de Seguros de la Nación [arts. 7º, inc. b), 23, 24 y 29, inc. i), de la ley 20.091].

II.2. Elementos propios del contrato de caución

La constitución de este tipo de garantía participa de una estructura jurídica compleja, en cuya operación se manifiesta la coexistencia de tres vínculos obligatorios originados por dos contratos distintos.

Los sujetos involucrados en el contrato de caución son el tomador, la aseguradora y el asegurado-beneficiario. El tomador es quien propone, a la aseguradora, la celebración de un contrato de caución, instituyendo como asegurado a un tercero, que es el legítimo titular del interés económico que se asegura a través de la póliza. El negocio jurídico aparece, así, como un contrato a favor de un tercero, en el que el tomador contrata la póliza cubriendo intereses que no son propios, asumiendo frente a la aseguradora el carácter de contratante, debiendo cumplir con todas las cargas y obligaciones originadas en el contrato de caución, incluyendo la de abonar las primas correspondientes.

La obligación que asume la aseguradora frente al asegurado no es autónoma ni independiente, sino que es accesoria de la obligación contractual o legal conexa asumida por el tomador del seguro (art. 856 del Cód. Civ. y Com.). Por su parte, la responsabilidad solidaria asumida por la aseguradora solo implica eliminar el derecho de excusión y división, sin que ello signifique perder su carácter de obligación accesoria ni convertirlo en deudor directo de la obligación principal **(2)**. En este contexto, es necesario que se individualice y determine adecuadamente cuál es la obligación garantizada, con indicación precisa de los sujetos, el objeto, la causa y la extensión de la garantía.

Uno de los caracteres esenciales del contrato de caución es que la falta de pago de las primas por parte del tomador no suspende la cobertura ni afecta el derecho del asegurado. De tal modo, la caución se mantiene vigente hasta tanto el tomador sea liberado de su responsabilidad conforme al régimen que resulte aplicable a la relación principal. A tal fin, el tomador debe restituir a la aseguradora la póliza emitida o entregar algún instrumento fehaciente emanado del propio asegurado que acredite la extinción del riesgo previsto, siendo insuficiente la mera invocación del cumplimiento de la obligación garantizada o la desaparición del interés asegura-

(1) CNCom., sala C, 28/02/1985, "Banco de Catamarca c. La Gremial Económica Cía. de Seguros", LA LEY 1985-B, 510: "No ha mediado en el caso un seguro de caución sino de un crédito financiero puro (...); conducen a tenerlo por nulo, de nulidad absoluta". CNCom., sala B, 17/05/2017, "Banco del Chubut SA c. Aseguradora de Créditos y Garantías". CNCom., sala F, 12/07/2018, "Molinos Río de la Plata SA c. Triunfo Cooperativa de Seguros Ltda.": "... no está dirigida a asegurar el pago en efectivo (...) pues ello quebranta la prohibición establecida en el art. 24 de la ley 20.091 (...). Su finalidad era avalar que el importe que recibiese el tomador del asegurado fuese aplicado a la adquisición de los elementos destinados para la ejecución de las obligaciones contraídas".

(2) CNCom., sala A, 14/06/1995, "Alba Cía. Argentina de Seguros SA c. Cielmec SA": "... no pueden (...) obligarse como 'principal pagador'". CNCom., sala D, 23/08/2007, "Sintéticos SA c. Antártida Cía. Argentina de Seguros SA": "... como principal pagador, el fiador se constituye en un codeudor solidario, lo que es incompatible con el contrato de seguro (...); se excluye de su obligación el carácter accesorio (...); está afectada de nulidad absoluta (...) por encerrar un acto de objeto prohibido". MOIA, Ángel L., "Las relaciones de garantía ante el concurso preventivo. Un emergente más de las reformas asistemáticas a la ley concursal", LLLitoral 2012 (abril), 269: "... debe respetarse la accesoriedad que identifica a las garantías (...); cualquier acto que exceda los márgenes legales resultará nulo, de nulidad absoluta". FARINA, Juan M., "Seguro de caución", RDCO 1981-79/84, p. 521. SANTICCHIA, Gerardo D., "El seguro de caución", JA 2005-III, 910.

ble **(3)**. Mientras ello no suceda, el tomador está obligado al pago de la totalidad de los períodos facturados en concepto de prima, y la aseguradora está obligada a mantener su compromiso frente al asegurado **(4)**.

Otro de los caracteres propios de este contrato es que la aseguradora tiene derecho a reclamar al tomador el reembolso del importe pagado al asegurado en razón del contrato de caución. De ello se sigue que la función de esta clase de contrato no se extiende a la protección del patrimonio del tomador.

En cuanto al régimen de las cargas establecidas en las pólizas de caución, hay quienes consideran que recaen sobre el tomador y no sobre el asegurado **(5)**. Sin embargo, en las pólizas emitidas para la actividad privada se estipulan cargas y obligaciones a cargo del asegurado, tales como cumplir en tiempo y forma con la denuncia del siniestro, informar acerca de los actos u omisiones del tomador que puedan dar lugar a la afectación de la póliza, proveer lo necesario para evitar el riesgo o disminuir el daño ocasionado por el siniestro **(6)**. No obstante, existe jurisprudencia que ha limitado la posibilidad de alegar caducidades sobre la base del incumplimiento de las cargas establecidas en las pólizas **(7)**.

II.3. Determinación y configuración del siniestro en las contrataciones privadas

En el contrato de caución el siniestro se produce por el acaecimiento de un hecho futuro, incierto e independiente de la voluntad del asegurado y de la aseguradora: el incumplimiento de la obligación garantizada por causas imputables al tomador (art. 343 del Cód. Civ. y Com.). En consecuencia, la realización del evento previsto en la póliza actúa como condición suspensiva para el nacimiento de la obligación de la aseguradora de pagar al beneficiario el importe comprometido en la póliza de caución (art. 346 del Cód. Civ. y Com.).

Una vez configurado el siniestro en los términos establecidos en la póliza, el asegurado puede dirigir su acción contra la aseguradora a fin de reclamar la satisfacción de la obligación de garantía asumida mediante el contrato de caución. A tal fin, tiene que intimar el pago al tomador en forma fehaciente **(8)**; luego tiene que notificar a la aseguradora el resultado infructuoso de la interpelación cursada al tomador, justificando el motivo de su reclamo y el monto a pagar según lo establecido en las condiciones generales de la póliza.

A partir de allí, la aseguradora debe pronunciarse acerca del derecho del asegurado, pudiendo requerir la entrega de documentación e información necesaria para verificar la existencia del siniestro o la extensión de la prestación a su cargo **(9)**.

(3) CNCom., sala A, 28/05/2020, "Cosena Seguros SA c. Grupo Constructora SA": "... no es suficiente con que desaparezca el riesgo —y con ello el interés asegurable— emergente del contrato principal, ni el hecho de que el Estado dicte una resolución liberando a la compañía de seguros de su responsabilidad, sino que es menester, además, que el empresario tomador comunique dicha circunstancia a la aseguradora". CNCom., sala B, 27/05/2013, "Alba Compañía Argentina de Seguros SA c. Constructora Mican SRL": "... no existe otra vía que le permita desvincularse de las obligaciones asumidas que la devolución de la póliza o el reconocimiento del cumplimiento del contrato por parte del beneficiario". CNCom., sala F, 01/03/2012, "Alba Compañía Argentina de Seguros SA c. Navarrete, Rubén".

(4) CNCom., sala C, 03/12/2015, "Alba Cía. Argentina de Seguros SA c. Jardín de los Ceibos SA". CNCom., sala D, 03/07/2018, "Alba Compañía Argentina de Seguros SA c. Gervari SA". CNCom., sala E, 30/06/2020, "Cosena Seguros SA c. Fundación Madres de Plaza de Mayo".

(5) CNCom., sala A, 05/06/2018, "Afianzadora Latinoamericana Cía. de Seguros c. Industrias Metalúrgicas Pescarmona SA". CNCom., sala B, 22/05/2018, "Fianzas y Crédito SA Compañía de Seguros c. Atiles SA".

(6) SANTICCHIA, Gerardo, "El seguro de caución", ob. cit.: "... el asegurador (...) resulta alcanzado por las cargas contenidas en la póliza". SILVA GARRETÓN, Alberto, "El seguro de caución", *www.eldial.com.ar*.

(7) CNCom., sala B, 22/11/2017, "Isolux Ingeniería SA c. Liberty Seguros Argentina SA". CNCom., sala F, 15/08/2017, "Petrobras Argentina SA c. Aseguradora de Créditos y Garantías SA".

(8) CNCom., sala F, 15/08/2017, "Petrobras Argentina SA c. Aseguradora de Créditos y Garantías SA": "... con la promoción del incidente de verificación de crédito (...) la actora cumplió con la carga de intimar el pago al tomador".

(9) RANGUGNI, Diego E., "El seguro de caución", LA LEY 2000-A, 1: "Notificado el asegurador del incumplimiento del tomador, solo le queda expedirse explícitamente sobre el derecho del asegurado dentro de los 30

Si durante el plazo establecido la aseguradora y el tomador omitieron pronunciarse sobre el reconocimiento del derecho pretendido por el asegurado, las defensas tendientes a controvertir su derecho no podrán ser admitidas (art. 263 del Cód. Civ. y Com.). Aquí es dable destacar que el tomador está obligado a comunicar a la aseguradora las excepciones y defensas opuestas al contestar la intimación que efectuó el asegurado. La notificación de las defensas no importa aceptación de estas por parte de la aseguradora, pero cualquier excepción, defensa o prueba que, en dicho plazo, no haya sido opuesta al asegurado y notificada a la aseguradora, no podrá ser posteriormente invocada por el tomador contra la aseguradora cuando esta haga uso de la facultad conferida de exigir al tomador el reembolso del pago que se vio compelida a efectuar **(10)**.

Acreditada la configuración del siniestro, la aseguradora debe cumplir con el pago de la suma pactada en la póliza, no siendo necesaria ninguna otra interpelación ni declaración judicial de condena o acción previa contra el tomador **(11)**. Ahora bien, la aseguradora puede rechazar el siniestro por considerarlo excluido de la cobertura o por no haberse acreditado el acto formalmente previsto como siniestro, teniendo derecho a debatir la inexistencia de la causa de afectación de la caución **(12)**.

En el supuesto de que la situación derive en una acción judicial iniciada por el asegurado reclamando el pago de la garantía, la participación en el juicio del tomador deviene inexorable, siendo procedente su citación como tercero. No solo para debatir el acaecimiento de la condición que habilita la ejecución de la garantía, sino también para resguardar los derechos de la aseguradora frente a la posible acción de regreso que pudiera ejercer. Máxime cuando las partes del contrato principal se atribuyan incumplimientos recíprocos y el tomador desconozca la eficacia del hecho que tuvo por extinguido el vínculo principal. También cuando no existe certeza sobre la extensión del daño y el monto a pagar por la aseguradora **(13)**.

II.4. Efectos del pago del siniestro

El empresario que en garantía de la ejecución de un contrato tomó un seguro de caución debe reembolsar a la aseguradora las sumas que esta pagó al asegurado. Tan es así que en las pólizas se establece que los derechos que corresponden al asegurado en razón del siniestro cubierto por la póliza se transfieren a la aseguradora hasta el monto pagado por esta. Además, la aseguradora paga una deuda a la que está obligada por otro, configurando un supuesto de subrogación legal [art. 915, inc. a), del Cód. Civ. y Com.] **(14)**. A dicha conclusión también se puede arribar por

días que establece el art. 56 de la ley 17.418". CNCom., sala B, 04/02/2009, "Calusa Comercial SA c. Alba Cía. Argentina de Seguros SA": "... la obligación de expedirse conforme lo establecido en el art. 56 de la Ley de Seguros, devendría con posterioridad a la denuncia de siniestro". CNCom., sala A, 21/11/2019, "Finesterre SA c. Evolución Seguros SA". CNCom., sala A, 03/07/2003, "Aseguradora de Créditos y Garantías SA c. Comitee Center SA", ED 205-106: "... si bien cabe reconocer que la aseguradora puede requerir prueba al asegurado (...), información necesaria para determinar el origen y la medida o extensión exacta de los daños (...), tal facultad cabe ejercerla cuando resulte razonable y sin perder de vista las distintas obligaciones y cargas que el contrato le impone al tomador (...), revistiendo la tomadora la calidad de incumplidora y por lo tanto es quien se encuentra en mejores condiciones que nadie para brindar y probar las explicaciones pertinentes...".

(10) CNCom., sala A, 03/07/2003, "Aseguradora de Créditos y Garantías SA c. Comitee Center SA", ED 205-106. CNCom., sala D, 08/11/1988, "Aseguradora de Créditos y Garantías SA c. León Romagnoli Chiarini SA".

(11) CNCom., sala C, 13/07/2016, "Feltrin, Alberto c. Liderar Cía. Gral. de Seguros SA", ED 269-229. CNCom., sala E, 08/08/2007, "Banco de la Ciudad de Buenos Aires c. Cristales Petracca SA", DJ 2008-1, 503.

(12) CS, 10/12/1998, "Estado Nacional c. Prudencia Cía. Argentina de Seguros Generales SA", Fallos 321:3334: "... la parte actora debía demostrar en este litigio la culpa en el incumplimiento del contratista-tomador del seguro (...) necesaria para configurar la causa de afectación de la caución".

(13) CNCom., sala A, 21/11/2019, "Finesterre SA c. Evolución Seguros SA". CNCom., sala E, 05/06/2020, "Aceros Zapla SA c. Ferroaleaciones SA".

(14) BERMÚDEZ, Héctor, "El seguro de caución", ED 164-1086. SANTICCHIA, Gerardo D., "El seguro de caución", ob. cit. CNCom., sala A, 14/08/2007, "La Fortuna SA Argentina de Seguros Generales c. Noren SA". CNCom., sala B, 13/09/2017, "Cosena Seguros SA c. Ernesto Tarnousky SA". CNCom, sala E, 22/03/2007, "Chubb Argentina de Seguros SA c. La Construcción SA Cía. Argentina de Seguros". CNCom., sala F, 12/07/2018, "Molinos Río de la Plata SA c. Triunfo Cooperativa de Seguros Ltda.".

aplicación de las normas que regulan el contrato de seguro y el contrato de fianza (art. 80 de la LSeg., y arts. 918 y 1592 del Cód. Civ. y Com.).

Cualquiera sea la fuente de la subrogación, el pago del siniestro tiene como efecto la transmisión a la aseguradora de todos los derechos, acciones y garantías que correspondían al acreedor en contra del tomador. Es por ello por lo que el pago faculta a la aseguradora a promover una acción recursoria para recuperar, del tomador, el monto pagado al beneficiario del seguro, pudiendo reclamar los gastos e intereses en la medida en que deriven de obligaciones imputables al deudor **(15)**. A tal fin, no basta con acreditar el pago, sino que, además, es necesario demostrar que el asegurado tenía derecho a recibir ese pago.

III. Naturaleza jurídica

En la doctrina y en la jurisprudencia no existe consenso acerca de la naturaleza jurídica del denominado seguro de caución. Las diversas posturas doctrinarias y jurisprudenciales pueden sintetizarse de la siguiente manera:

III.1. Doctrina de la fianza

Por un lado, están quienes simplifican la caracterización del contrato de caución como un contrato de fianza, negando su encuadre jurídico dentro del contrato de seguro **(16)**. La jurisprudencia también se ha pronunciado con similar sentido **(17)**.

Otros declaran que es una fianza solidaria, pero reconocen rasgos especiales derivados de la circunstancia de que quien garantiza el negocio jurídico es una empresa de seguros sujeta al control de la Superintendencia, lo cual impone la adopción de ciertos recaudos en su estructura técnica y en su operatoria económica que le son propios y característicos (v.gr., instrumentación mediante una póliza de seguro, la constitución de reservas técnicas, el reaseguro de los riesgos cubiertos, etc.) **(18)**.

Ahora bien, la mayoría de la doctrina **(19)** y de la jurisprudencia **(20)** coincide en que la naturaleza del contrato de caución es distinta del contrato de fianza. En tal sentido, destacan que la finalidad de garantía, el carácter accesorio del contrato de caución y la acción recursoria no determinan que su naturaleza sea la de un contrato de fianza.

Por su parte, quienes niegan al contrato de caución el carácter de seguro, declaran que la Ley de Seguros no contempla esta figura y que contiene normas que le resultan absolutamente inaplicables. También refieren que en la caución no existe aleatoriedad, pues el evento pre-

(15) CNCom., sala A, 14/08/2007, "La Fortuna SA Argentina de Seguros Generales c. Noren SA". CNCom., sala E, 17/04/2012, "Álvarez y Patiño SA s/ concurso s/ inc. por Aseguradora de Créditos y Garantías SA": "Los honorarios de los abogados que representaron a la compañía de seguros integran el denominado rubro 'gastos causídicos' susceptibles de repetición".

(16) MORANDI, Juan C., "Lecciones preliminares sobre el contrato de seguro", Buenos Aires, 1963, p. 28. OVEJERO GÜEMES, Marcelo, "Garantía por póliza de seguro (Seguro de caución)", JA 1967-VI, 816. GROSSO, Eduardo, "El seguro de caución", ED 35-839. RANGUGNI, Diego E., "El seguro de caución", ob. cit. ROMERO, Miguel Á., "Seguros de caución y obligaciones del asegurador", LA LEY 2011-E, 159. VILLEGAS, Carlos, "Las garantías del crédito", Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2007, t. II, p. 264.

(17) CNCom., sala B, 13/12/2017, "Fianzas y Crédito SA Compañía de Seguros c. Sermel SA": "... se trata técnicamente de una 'fianza', y no de un seguro, ya que su función consiste en servir de 'garantía' del cumplimiento de la obligación mediante la agregación de un segundo deudor en 'paridad de grado', el cual debe cumplir como si fuera el deudor mismo, por lo que no se trata de un contrato de indemnización".

(18) BERMÚDEZ, Héctor, "El seguro de caución", ob. cit. MEILIJ, Raúl, "Seguro de caución. Características principales", LA LEY 2012-E, 690. SCHIAVO, Carlos — CASTRO SAMMARTINO, Mario, "El seguro de caución como especie de los contratos aleatorios. Normas aplicables", JA 2006-I, 655.

(19) GARCÍA, Marta E., "Naturaleza jurídica del seguro de caución", LA LEY 1975-C, 752. FARINA, Juan M., "Seguro de caución", ob. cit., p. 521. BULLO, Emilio, "El derecho de seguros y otros negocios vinculados", Ed. Ábaco, Buenos Aires, 1999, t. II, p. 581. BACHILLER NÚÑEZ, Julio, "Seguro de caución", Ed. AbeledoPerrot, Buenos Aires, 1995, p. 17. SANTICCHIA, Gerardo D., "El seguro de caución", ob. cit.

(20) CS Tucumán, 11/03/2005, "Instituto Provincial de Seguros c. Ávila de Karamaneff". CNCom., sala A, 06/11/2019, "Fianzas y Crédito SA Cía. de Seguros c. RDS SA". CNCom., sala C, 30/10/2009, "Prudencia Compañía Argentina de Seguros Generales SA c. Integral Work Service SA". CNCom., sala D, 23/08/2007, "Sintéticos SA c. Antártida Cía. Argentina de Seguros SA". CNCom., sala F, 12/07/2018, "TGLT SA c. Aseguradora de Cauciones SA".

visto como siniestro es un hecho que no resulta ajeno a la voluntad de las partes, sino que, por el contrario, consiste en un incumplimiento imputable al tomador frente al beneficiario. En este aspecto, declaran que en la relación jurídica derivada del contrato de caución no existe un verdadero riesgo asegurable, lo que es inaceptable en un contrato de seguro **(21)**.

Asimismo, señalan que en el contrato de caución no existe una operación de seguro, pues las bases técnicas y económicas son diferentes a las del seguro. En relación con esto, afirman que no puede considerarse que el conjunto de los seguros de caución contratados por la misma empresa aseguradora forme un sistema en el sentido técnico que es propio de todas las demás ramas de seguros, pues —ante cada siniestro— la aseguradora no recurre al fondo de primas para equilibrar el pasivo, sino que busca recuperar los montos pagados al beneficiario, subrogándose en sus derechos y repitiendo esas sumas contra el tomador. Además, consideran que la ecuación prima-siniestro no está formulada sobre la base de un cálculo actuarial ni de un análisis técnico de riesgo; su único fundamento reposa en el análisis de la capacidad del tomador para hacer efectiva la prestación acordada con el beneficiario-asegurado **(22)**.

III.2. Doctrina asegurativa

Sin embargo, existe doctrina judicial que sostiene que el contrato de caución contiene todos los elementos tipificantes de un contrato de seguro: sujetos del seguro (aseguradora, tomador y asegurado), una prima, un riesgo representado por la probabilidad de que el siniestro no ocurra **(23)** y un interés asegurable, todo lo cual demuestra que se configuran los elementos constitutivos esenciales de un contrato de seguro (arts. 1º, 2º y 60 de la LSeg.).

En tal contexto surge una orientación doctrinaria **(24)** y jurisprudencial **(25)** que lo declara un contrato de seguro, aunque de características y modalidades propias que lo diferencian de cualquier otro tipo de seguro.

III.3. Doctrina híbrida

Por otro lado, se encuentra la exégesis que sostiene que es un contrato de garantía con características propias que lo distinguen del contrato de seguro, pero que toma su forma y modalidades, y al que le son aplicables —en subsidio de lo que las partes hubieran dispuesto— las normas reguladoras del contrato de seguro **(26)**.

Tal es la doctrina establecida por la Corte Suprema al considerar que, al no existir un verdadero riesgo asegurable **(27)**, la esencia del negocio jurídico es la de un contrato de garantía accesorio al contrato principal. Sin perjuicio de ello, reconoce que, por tratarse de una operación de seguro autorizada por la autoridad de control, reúne algunos de los requisitos, formas y modalidades propios del contrato de seguro, y admite la aplicación de las regulaciones y principios propios de ese contrato —porque así es la voluntad de las partes— en todo aquello que no

(21) CNCom., sala D, 03/07/2018, "Alba Compañía Argentina de Seguros SA c. Gervari SA". CNCom., sala F, 12/07/2018, "Molinos Río de la Plata SA c. Triunfo Cooperativa de Seguros Ltda.". GROSSO, Eduardo, "El seguro de caución", ob. cit.

(22) RANGUGNI, Diego, "El seguro de caución", ob. cit. ISRAILEVICH, Jorgelina, "El seguro de caución", RDCO 2005-B, 51. ROMERO, Miguel Á., "Seguros de caución y obligaciones del asegurador", ob. cit.

(23) CNCom., sala A, 02/12/2014, "Cosena Seguros SA c. Arcángel Maggio SA": "... es un contrato aleatorio en el que la asegurabilidad del riesgo se halla condicionada por la incertidumbre de la verificación del evento".

(24) FARINA, Juan M., "Seguro de caución", ob. cit., p. 521. BACHILLER NÚÑEZ, Julio, "Seguro de caución", ob. cit., p. 68. BULLO, Emilio, "El derecho de seguros y otros negocios vinculados", ob. cit., t. II, p. 583. CHEVALLIER-BOUTELL, Juan Pablo, "La prescripción en el contrato de seguro de caución", JA 2015-II, 684. SANTICCHIA, Gerardo D., "El seguro de caución", ob. cit. ISRAILEVICH, Jorgelina, "El seguro de caución", ob. cit.

(25) CNCom., sala E, 04/10/2018, "La Perseverancia Seguros SA c. Alpargatas Calzados SA". CNCom., sala F, 12/07/2018, "Molinos Río de la Plata SA c. Triunfo Cooperativa de Seguros Ltda.".

(26) CNCom., sala A, 21/08/2020, "Cosena Seguros SA c. Covelia SA". CNCom., sala B, 26/08/2016, "Alba Cía. Argentina de Seguros SA c. Martín Alberto Grane". CNCom., sala C, 21/12/2016, "Fianzas y Crédito SA Cía. de Seguros c. Antonio René Rivas". CNCom., sala D, 23/08/2007, "Sintéticos SA c. Antártida Cía. Argentina de Seguros SA".

(27) BULLO, Emilio, "El derecho de seguros y otros negocios vinculados", ob. cit., t. II, p. 580: "... la consecuencia de negar la existencia de riesgo significa la nulidad de ese denominado contrato de seguro por carecer de objeto".

contradiga la esencia de la relación jurídica de garantía **(28)**.

III.4. Disparidad de criterios y su consecuente incertidumbre

Consideramos innecesario citar más fallos u opiniones doctrinarias; con los mencionados se destaca la discrepancia de criterios existentes para determinar la naturaleza jurídica del denominado seguro de caución.

A partir de lo hasta aquí expuesto, *¿cuál de las visiones es la que se ajusta a derecho?* Su determinación tiene particular importancia, pues en función del criterio que se adopte derivan consecuencias que se reflejan en los distintos vínculos jurídicos involucrados con el contrato de caución.

Por nuestra parte, consideramos que esta materia exhibe dificultades porque se insiste en someter con analogías conceptuales al contrato de caución, en lugar de aceptar que tiene su propia naturaleza jurídica.

Este tipo de garantías no es subsumible estrictamente en la estructura de un contrato de fianza. El contrato de caución es una especie dentro del género garantía, al igual que lo son otras figuras, cada una en su especificidad **(29)**. Procurar asignar el carácter de fianza al contrato de caución implicaría establecer que todas las garantías otorgadas por terceros son contratos de fianza **(30)**.

Por su parte, la pretensión de darle un encuadre preciso dentro de los contratos de seguro no parece una solución satisfactoria, pues conduce a interpretaciones que posibilitan conclusiones que exceden el marco normativo que la ley establece. Por lo demás, en el ordenamiento jurídico no existe una regulación integral y orgánica del denominado seguro de caución. La ley 17.418 (Ley de Seguros) no lo regula especialmente, y la mayoría de sus normas resultan inaplicables. En cuanto a la ley 20.091 (de Entidades de Seguros), solo dispone una autorización para emitir este tipo de garantías en la medida en que las aseguradoras cumplan con complejos criterios técnicos y económicos que la constituyan en una operación de seguro aprobada por la autoridad de control. Similar consideración es dable realizar respecto de la ley 17.804, la cual solo admite al seguro de caución como una de las formas de garantía que permite la ley 13.064 de Obra Pública, cuyas pólizas deben reunir las condiciones establecidas en el dec. regl. 411/1969, la res. 17047/1982 y el dec. 436/2000.

Si bien su afinidad con el contrato de fianza y con el contrato de seguro es tal que permite la aplicación de algunas de las disposiciones propias de esos contratos, si se examinan los derechos, cargas y obligaciones que existen en el contrato de caución, se advierte que reviste particularidades tales que no permiten encuadrarlo estrictamente en ninguna de las figuras previstas por la legislación de fondo.

No basta con que uno o algunos de los elementos de un contrato se ajusten en uno o más elementos de un contrato nominado para considerarlo como tal, sino que la regulación debe involucrar todo el contrato en su conjunto. Cuando la figura contractual a la que nos referimos no calza en ningún tipo contractual recogido por nuestro ordenamiento jurídico, cuando la relación jurídica que genera está compuesta por derechos y obligaciones combinadas, de tal manera que hay una cierta originalidad y que el repertorio de contratos contenidos en el sistema legal se revela insuficiente para normarlo, es cuando debemos hablar de un contrato innominado (art. 970 del Cód. Civ. y Com.).

(28) CS, 30/06/1992, "Estado Nacional c. Prudencia Cía. Argentina de Seguros Generales SA", Fallos 315:1406. CS, 10/12/1998, "Estado Nacional c. Prudencia Cía. Argentina de Seguros Generales SA", Fallos 321:3334. CS, 11/12/2014, "Estado Nacional c. Aseguradora de Créditos y Garantías SA", Fallos 337:1408.

(29) CS Tucumán, 11/03/2005, "Instituto Provincial de Seguros c. Ávila de Karamaneff": "... la finalidad de garantía —común en múltiples figuras jurídicas tales como la hipoteca, la prenda, el *warrant*, el pacto de garantía, la cláusula penal a favor del acreedor, el aval o la asunción de solidaridad— no determina la naturaleza de fianza del seguro de caución".

(30) ALEGRIA, Héctor, "El aval", Ed. Astrea, Buenos Aires, 1975, p. 11: "Subsumir al aval dentro de la fianza puede resultar tan inadecuado como decir que la fianza es un seguro de crédito o que este es un aval, cuando son especies distintas de garantía". CNCom., sala B, 24/05/1976, "La Holando Sud Americana c. Grebenar Davor", ED 68-248.

En tal sentido, no cabe otra conclusión que se trata de un contrato innominado que contiene matices de distintos contratos, haciendo propios algunos aspectos del contrato de seguro y del contrato de fianza. La póliza de caución emitida en el marco de las contrataciones públicas tiene aspectos propios de las llamadas "garantías de cumplimiento a primera demanda" (arts. 1810 a 1813 del Cód. Civ y Com.).

En cuanto a las reglas aplicables a los contratos innominados, el principio rector debe ser el respeto de la voluntad expresa o tácita de los contratantes; y el silencio de las partes debe ser llenado por los jueces de la materia, de la manera que mejor se conforme al fin económico o práctico perseguido por el contrato. Si las cláusulas del contrato no fuesen claras o no bastaran para resolver el caso, habrá que aplicar las normas generales relativas a las obligaciones y contratos, los usos y prácticas del lugar de celebración y, en última instancia, las disposiciones correspondientes a los contratos nominados afines que son compatibles y se adecuan a su finalidad (art. 970 del Cód. Civ. y Com.).

Por lo demás, tal es el principio establecido en las pólizas de caución, las cuales establecen que las partes se someten a las condiciones establecidas en la póliza, y que las disposiciones del Código Civil y Comercial y demás leyes solamente se aplicarán a las cuestiones no contempladas en la póliza y en cuanto ello sea compatible.

Sin embargo, en este aspecto no puede soslayarse que, por tratarse de una operación de seguro autorizada por la autoridad de control, el negocio jurídico debe ajustarse a los requisitos y efectos generales aplicables a todos los seguros. Es así que los planes de seguro y sus elementos técnicos y contractuales deben ser aprobados por la autoridad de control antes de su aplicación (arts. 23, 25 y 28 de la ley 20.091).

En definitiva, los antecedentes citados —y otros tantos que no mencionamos por estimarlo innecesario— despejan cualquier duda respecto a que el contrato de caución reviste particularidades que no permiten encuadrarlo estrictamente en ninguna de las figuras previstas por la legislación de fondo. La pretensión de insistir en someterlo a analogías conceptuales y reducirlo a una categoría de un esquema preconcebido no parece una solución satisfactoria, siendo función del intérprete determinar la normativa aplicable en cada situación en concreto (art. 963 del Cód. Civ. y Com.), en la medida en que resulten compatibles con su verdadera función de garantía y no contradigan —expresa o implícitamente— las condiciones establecidas en la póliza.

IV. La prescripción de las acciones emergentes del seguro de caución

Llegados a este punto, y antes de adentrarnos en los efectos que produce el concurso preventivo del tomador, consideramos oportuno pasar a examinar la cuestión relativa a la prescripción de las acciones emergentes de los vínculos obligatorios implicados en la operatoria del contrato de caución.

IV.1. Reclamo del asegurado para obtener el pago de la cobertura

En las licitaciones y contrataciones públicas, las pólizas fijan que la prescripción de las acciones contra la aseguradora se producirá cuando prescriban las acciones del asegurado contra el tomador, de acuerdo con las disposiciones legales o contractuales aplicables (dec. 411/1969, reglamentario de la ley 17.804). La misma solución se aplica en el ámbito de las garantías aduaneras, en los contratos de participación público-privada (res. SSN 618/2018), prehorizontalidad (res. SSN 1039/2018) y en los contratos de locación con destino habitacional (res. SSN 376/2020).

Sin embargo, ese principio no suele ser aplicado para contratos privados de obra, servicio y suministro, ya que las pólizas emitidas para garantizar las obligaciones derivadas de esa clase de contratos establecen que las acciones dirigidas contra la aseguradora prescriben al año de producido el incumplimiento del tomador **(31)**.

La distinción en relación con el plazo de prescripción según el tipo de contrato garantizado pone en evidencia que, en algunos supuestos, al contrato de caución se lo identifica con el con-

(31) CNCom., sala D, 05/03/2020, "Bagley Argentina SA c. CESCE Argentina de Seguros de Créditos y Garantías SA". CNCom., sala E, 16/06/2016, "Martínez Azzolina, Alberto c. Prudencia Cía. Argentina de Seguros Generales SA".

trato de fianza **(32)** y, en otros, con el contrato de seguro (art. 58 de la LSeg.).

Es incuestionable que la función de garantía del contrato de caución es idéntica en uno y otro caso, por lo que frente a supuestos semejantes se impone la misma solución. A pesar de ello, las pólizas invocan distintos institutos jurídicos para resolver situaciones de idénticas características, logrando un resultado sustancialmente análogo al prohibido por una norma imperativa que declara la invalidez de las convenciones que modifiquen las normas relativas a la prescripción (art. 2533 del Cód. Civ. y Com.).

Dado que las partes no pueden modificar las disposiciones que el derecho determina en materia de prescripción **(33)**, surge el interrogante acerca de cuál es la ley que resulta aplicable (arts. 1º y 963 del Cód. Civ. y Com.). Aquí es dable destacar que la aprobación de la Superintendencia de Seguros de las cláusulas generales predispuestas en las pólizas no impide su control judicial, pudiendo el juez declarar la nulidad parcial del contrato (arts. 989 y 1122 del Cód. Civ. y Com.).

IV.2. Acción recursoria contra el tomador

Tal como hemos mencionado, una de las características esenciales del contrato de caución es que el pago del siniestro faculta a la aseguradora a promover una acción para recuperar del tomador el monto pagado al beneficiario del seguro.

Ahora bien, el asunto a dilucidar es si esta es una acción que se identifica con la del pago por subrogación, o si esta vía de "reembolso" es un derecho autónomo e independiente del crédito del asegurado y que está dado por el contrato de caución.

La cuestión tiene importancia sustancial, pues si se trata de una acción que nace de la subrogación (arts. 882, 915 y 918 del Cód. Civ. y Com. y art. 80 de la LSeg.), a los efectos de determinar cuál es el plazo de prescripción aplicable, corresponde estar al que correspondía a la acción derivada de la relación contractual principal que existía entre el asegurado y el tomador (art. 2560 del Cód. Civ. y Com.). En cambio, si la acción está dada por el vínculo autónomo establecido por la solicitud de la póliza de caución, se impone —tal como suelen argumentar los tomadores— la aplicación del art. 58 de la LSeg., por lo que el plazo anual de prescripción comenzará a correr desde la fecha en que la aseguradora efectivizó el pago.

Hay que admitir que estas dos vías están igualmente expeditas en cualquier hipótesis de acción de recurso del que paga una deuda a la que estaba obligado por otro **(34)**. No obstante, también hay que reconocer que la causa del crédito no está dada por la póliza de caución, sino por el contrato celebrado entre el asegurado y el tomador. Por consiguiente, el tomador solo puede plantear la prescripción de la acción que originalmente correspondía al asegurado basado en el contrato que los vinculó, siendo improcedente la aplicación del plazo anual normado en el art. 58 de la LSeg. **(35)**.

IV.3. Cobro de las primas

En la doctrina y en la jurisprudencia no existe consenso acerca del modo en que debe computarse el plazo de prescripción anual en relación con la acción de cobro de primas en materia de seguros de caución (art. 58 de la LSeg.). Las diversas posturas pueden sintetizarse de la siguiente manera:

IV.3.a. Prima única de pago fraccionado en cuotas

Por un lado, están quienes consideran que, como el contrato de caución es único con una sola prestación a cargo de la aseguradora, la pri-

(32) CNCom., sala A, 18/12/2012, "Giros International SA c. Mema Lisa": "... la obligación del fiador sea simple, solidaria o principal pagador, se rige en cuanto a la prescripción por los mismos plazos que la ley señala para la obligación garantizada".

(33) MÁRQUEZ, José — CALDERÓN, Maximiliano, "Prescripción y caducidad en el Código Civil y Comercial", LA LEY 2015-C, 743: "Todos los aspectos relacionados a los plazos, sus modos de cómputo, causales de modificaciones y cuestiones procesales quedan sustraídos a las convenciones particulares".

(34) LLAMBÍAS, Jorge, "Tratado de derecho civil. Obligaciones", Ed. Perrot, Buenos Aires, 1970, t. II, p. 562.

(35) CNCom., sala C, 25/10/2012, "Alba Cía. Argentina de Seguros SA c. Sartor SA". CNCom., sala D, 16/08/2005, "Aseguradora de Créditos y Garantías SA c. SA Lito Gonela e hijo SCFI". CNCom, sala E, 27/04/2010, "La Construcción SA Cía. Argentina de Seguros c. Interdil SA".

ma a pagar por el tomador es también única. Si bien debería pagarse y liquidarse al tiempo de la celebración o de la conclusión del contrato de caución, por motivos operativos y financieros se la fracciona, liquida y paga periódicamente **(36)**.

Dado que tal fraccionamiento da lugar a sucesivas cuotas de una prima única, sin que existan varios períodos de cobertura a los que correspondan varias primas susceptibles de prescribir cada una individualmente, consideran que la prescripción anual debe computarse a partir del vencimiento de la última cuota (art. 58, párr. 2º, de la LSeg.) **(37)**.

En este aspecto sostienen que una solución en contrario llevaría a homologar la injusticia de admitir que la prescripción corre mientras el asegurador mantiene vigente el contrato, con agravio del principio que enuncia la Exposición de Motivos de la ley 17.418 (cap. XVI) y en cuyo mérito la vigencia del contrato de seguro debe valer como interruptiva de esa prescripción (art. 2545 del Cód. Civ. y Com.).

IV.3.b. Primas independientes

Por otro lado, la mayoría de la jurisprudencia coincide en que no hay una única cobertura o contrato único, sino tantos como períodos facturados. Según esta exégesis, cada período de cobertura es independiente, y a medida que sucede cada uno de esos períodos se originan nuevas primas, hasta el momento en que el asegurador es liberado de la obligación asumida.

En tal sentido, consideran que cada prima devengada es independiente entre sí y que se adeudan al comenzar cada período de cobertura (art. 30 de la LSeg.). Es por ello por lo que declaran que el término anual de prescripción debe computarse desde el inicio de cada uno de los períodos facturados, es decir, al comenzar cada endoso (art. 58, párr. 1º, de la LSeg.) **(38)**.

De este modo, concluyen que no cabe admitir el argumento que postula que las primas así devengadas representan cuotas de una prima única, pues ello importa sostener que existe tal prima correspondiente a todo el plazo de vigencia del contrato, lo que ciertamente no es susceptible de ser fijado en razón de la indeterminación temporal que caracteriza a este tipo de contratos **(39)**. Aun si la prima se considerase única, en la medida en que ella es pagable fraccionadamente en forma de cuotas, cada una de estas últimas se transformó en una prima independiente **(40)**.

V. El seguro de caución frente al concurso preventivo del tomador

En este apartado realizaremos un análisis sobre algunas de las situaciones que suelen producirse cuando se declara la apertura del concurso preventivo del tomador del seguro de caución. El propósito es determinar las posibilidades de actuación eficaz de cada uno de los sujetos implicados en la estructura jurídica que involucra al contrato de caución.

V.1. Acción recursoria de las sumas abonadas por la aseguradora

Según el régimen concursal, todo acreedor de causa o título anterior a la presentación en con-

(36) BERMÚDEZ, Héctor, "El seguro de caución", ob. cit. BACHILLER NÚÑEZ, Julio, "Seguro de caución", ob. cit., p. 133. SANTICCHIA, Gerardo D., "El seguro de caución", ob. cit. SILVA GARRETÓN, Alberto J., "Problemática actual de la prescripción de las primas del seguro de caución", 26/02/2009, *www.eldial.com.ar*.

(37) CNCom., sala A, 21/08/2020, "Cosena Seguros SA c. Covelia SA". CNCom., sala B, 30/06/2009, "Alba Cía. Argentina de Seguros SA c. Hilado SA": "... las partes intervinientes expresamente pactaron que toda refacturación por nuevos períodos (...) será considerada como facturación de nuevas cuotas generadas por el mismo y único contrato originario (...); imponen un apartamiento del criterio asumido por esta sala *in re* 'Alba Compañía Argentina de Seguros SA c. Visión Express Argentina SA' del 28/08/2008". CNCom., sala B, 26/08/2016, "Alba Cía. Argentina de Seguros SA c. Martín Alberto Grane".

(38) CS, 08/11/2005, "Alba Compañía Argentina de Seguros SA c. Concor SA", Fallos 328:3922. CNCom., sala B, 28/08/2008, "Alba Compañía Argentina de Seguros SA c. Visión Express Argentina SA". CNCom., sala C, 19/09/2019, "Alba Compañía Argentina de Seguros SA c. Construcciones del Estero SA". CNCom., sala D, 03/07/2018, "Alba Compañía Argentina de Seguros SA c. Gervari SA". CNCom., sala E, 21/06/2016, "Alba Compañía Argentina de Seguros SA c. Condor Group SRL". CNCom., sala F, 28/03/2019, "Alba Compañía Argentina de Seguros SA c. Capdevilla Empresa Constructora SA".

(39) CHEVALLIER-BOUTELL, Juan Pablo, "La prescripción en el contrato de seguro de caución", ob. cit. BABOT, Fernando, "Prescripción para el cobro del premio en el seguro de caución", LA LEY 2015-D, 77. MEILIJ, Raúl, "Seguro de caución. Características principales", ob. cit.

(40) CNCom., sala D, 19/09/2014, "Alba Compañía de Seguros SA c. Calzado Nueva Mente SA".

curso preventivo y sus garantes tiene la carga de solicitar la verificación de su acreencia con la exigencia de invocar y probar el monto, causa y privilegio (arts. 21, 32 y 56 de la LCQ).

La ley concursal no exige como requisito para verificar un crédito que este resulte exigible. Las acreencias condicionales o sujetas a plazo deben ser verificadas aun cuando todavía no se encuentre expedita su percepción por vía concursal (art. 353 del Cód. Civ. y Com.) **(41)**. Claro está que el acreedor tiene la potestad de concurrir a verificar el crédito luego de que se vuelva exigible la deuda (art. 56 de la LCQ) **(42)**. Del mismo modo, en el caso de que el acreedor hubiese verificado su crédito, el garante que pagó la deuda puede subrogarse en el derecho de aquel **(43)**.

En cuanto al contrato de caución, la mayor parte de la jurisprudencia considera que la póliza es la causa y el título de la obligación del tomador de reembolsar, a la aseguradora, el importe que le pagó al asegurado **(44)**. A partir de ello, se afirma que la mera posibilidad de que la aseguradora tenga que pagarle al asegurado lo coloca en situación de formalizar la pretensión verificatoria para poder exigir el reembolso de ese pago en el proceso concursal del tomador. Hasta que ello ocurra, la verificación del crédito será declarada condicional en resguardo de ese derecho eventual.

Sin embargo, también existe jurisprudencia que declara que la causa del crédito de la aseguradora contra el tomador no es la póliza de caución, sino el efectivo pago del siniestro, pues recién allí resulta exigible la obligación del tomador **(45)**. Para este criterio jurisprudencial, si el siniestro se produjo luego de la presentación concursal, la pretensión regresiva contra el tomador resulta postconcursal, siendo inadmisible que la aseguradora deba verificar montos que no eran exigibles al momento en que se presentaron en concurso preventivo.

No es nuestra intención realizar una reflexión teórica tardía ni convertir la doctrina jurisprudencial imperante sobre la base de argumentos dogmáticos; pero tampoco queremos dejar de plantear el interrogante acerca de si el crédito de la aseguradora derivado del pago efectuado al asegurado resulta alcanzado por las reglas de la concursalidad, cuando el siniestro se configura luego de la presentación en concurso.

El contrato de caución no puede ser analizado considerando solamente uno de los aspectos de una estructura jurídica compleja, en cuya operación se manifiesta la coexistencia de tres vínculos obligatorios originados en dos contratos distintos, respecto de los cuales todos tienen interés sin ser parte de la relación jurídica sustancial existente en cada uno de ellos. Tan es así que la aseguradora no es parte del contrato principal, el asegurado es un tercero respecto al vínculo contractual establecido por la solicitud de la póliza de caución y el tomador es ajeno a la relación contractual que vincula a la aseguradora con el asegurado, quien no puede anular o revocar la póliza unilateralmente.

Esta particular circunstancia requiere un tratamiento que responda a dicho contexto. En tal sentido, consideramos que la situación debe analizarse partiendo del hecho cierto de que el contrato de caución es accesorio de un contrato principal y que el pago del siniestro es fuente de transmisión del crédito del asegurado a la ase-

(41) CNCom., sala C, 02/04/2003, "Construcciones Metalúrgicas Zanello SA s/ inc. verificación por Alba Cía. Argentina de Seguros", LA LEY 2003-C, 169.

(42) CNCom., sala B, 17/05/2017, "Cosena Seguros SA c. Globe Metales SA". CNCom., sala E, 29/06/2018, "Alpargatas Calzados SA s/ concurso s/ inc. por Aseguradores de Cauciones SA".

(43) CNCom., sala C, 30/09/2019, "Oillataguerre, Pedro s/ inc. de verificación por Fogaba Sapem": "No se trata de incorporar un nuevo crédito al pasivo concursal, sino de constatar si la titularidad de aquella acreencia que ya se encontraba admitida, ha pasado a cabeza del apelante como consecuencia de la subrogación (...); en tal supuesto no resulta aplicable la regla que, sobre prescripción, y para la incorporación de acreencias a la masa pasiva, contiene el art. 56, LCQ".

(44) CNCom., sala A, 13/10/1986, "La Construcción Cía. de Seguros c. Christiani & Nielsen SA", LA LEY 1987-C, 51. CNCom., sala B, 17/05/2017, "Cosena Seguros SA c. Globe Metales SA". CNCom., sala C, 17/05/2005, "Chubb Argentina de Seguros c. Casa Radiadores Argentina SA", DJ 2005-2, 1016. CNCom., sala D, 28/04/2016, "Sarkis Kircos SA s/ concurso s/ inc. de verificación por Aseguradora de Créditos y Garantías". CNCom., sala E, 14/03/2019, "Ilarent SA s/ quiebra s/ inc. por Instituto de la Vivienda".

(45) CNCom., sala A, 05/07/2017, "Afianzadora Latinoamericana Compañía de Seguros SA c. Frigorífico Penta SA".

guradora. Por lo tanto, los efectos que genera el concurso preventivo del tomador sobre el contrato de caución dependen del tipo de obligación que asumió el tomador frente al asegurado.

A partir de allí, para determinar si la causa o título de la acción recursoria es anterior a la presentación en concurso, es necesario examinar la naturaleza del crédito del asegurado y el estado de las obligaciones derivadas del contrato principal al momento de la declaración de apertura del concurso preventivo del tomador. También es necesario analizar el derecho derivado de la póliza de caución y establecer cuál es el acto o hecho jurídico idóneo que produce la causa del crédito del asegurado frente a la aseguradora. Máxime cuando la responsabilidad de la aseguradora solo puede hacerse efectiva en caso de resolución del contrato principal por causa imputable al tomador.

Las múltiples situaciones que pueden presentarse imponen la necesidad de prestar especial atención a la dinámica negocial y a la naturaleza propia de esta clase de contrato, analizando en profundidad los derechos, obligaciones y modalidades que resultan de la pluralidad de vínculos coligados.

V.1.a. Contrato principal en curso de ejecución (art. 20 de la LCQ)

El art. 20 de la LCQ regula los efectos que genera el concurso preventivo sobre los contratos celebrados con anterioridad a la presentación del concurso y que se encuentran plenamente vigentes y cuando resta por cumplir la totalidad o parte de las prestaciones a cargo de ambas partes intervinientes **(46)**. En tales circunstancias establece que el concursado puede optar por resolver o continuar con el cumplimiento de esos contratos, debiendo para ello ajustar su actuación a ciertas cuestiones procesales y sustanciales.

La norma le otorga al concursado un plazo de treinta [30] días hábiles judiciales —contados a partir de la sentencia de apertura del concurso— para tomar la iniciativa de pedir y obtener autorización judicial para continuar o extinguir el contrato. Al vencer el plazo mencionado sin que el concursado hubiera ejercido su prerrogativa, el cocontratante estará facultado a declarar la extinción del contrato o a solicitar que se autorice su continuación. Desde luego, no existe impedimento alguno para que las partes puedan presentarse conjuntamente solicitando la continuación o la extinción del contrato. En cualquier caso, será el juez quien decidirá al respecto **(47)**.

V.1.b. Efectos de la continuación contractual

Dispuesta la continuación del contrato en los términos del art. 20 de la LCQ, la relación contractual mantiene sus pautas originarias sin estar alcanzada por ninguno de los efectos del proceso concursal. Esto implica que el cocontratante no está sujeto a la carga verificatoria ni queda sometido a la propuesta del acuerdo concordatario y a su efecto novatorio (art. 55 de la LCQ). Tampoco se produce la suspensión del curso de los intereses ni la conversión prevista en el art. 19 de la LCQ.

Además, el cocontratante puede exigir, previamente y sin necesidad de solicitar verificación, el cumplimiento de las prestaciones adeudadas a la fecha de presentación del concurso, bajo apercibimiento de resolución. La norma otorga al cocontratante una facultad excepcional, que consiste en eludir completamente la concurrencia de su crédito a la masa pasiva.

Por su parte, los créditos que se generen por incumplimientos posteriores a la presentación en concurso preventivo deben pagarse cuando resulten exigibles. Al no estar alcanzados por los efectos del proceso concursal, el cocontratante podrá resolver el contrato e iniciar las acciones ordinarias para el cobro de lo adeudado. En la hipótesis de quiebra posterior, esos créditos gozan del privilegio previsto por el art. 240 de la LCQ.

(46) ROJO VIVOT, Rómulo, "Los contratos en curso de ejecución frente al concurso preventivo (art. 20 de la LCQ)", RDCO 293-665, noviembre/diciembre de 2018: "Esto implica excluir los contratos que fueron extinguidos antes de la presentación en concurso preventivo (...), aquellos contratos en los que alguna de las partes hubiera realizado —en forma íntegra y voluntaria— la prestación debida".

(47) WILLIAMS, R., "El concurso preventivo", Ed. Plus Ultra, Buenos Aires, 1975, p. 145: "La autorización es requerida por la ley para evitar fraudes, en perjuicio de la masa". CÁMARA, Héctor, "El concurso preventivo y la quiebra", Ed. LexisNexis, Buenos Aires, 2005, t. I, p. 581: "... se impone para precautelar, prevenir y poner los medios necesarios para evitar o impedir un riesgo o peligro a los acreedores de manejos del deudor".

En el supuesto de que esas prestaciones estuvieran garantizadas por un contrato de caución, la aseguradora deberá responder ante el asegurado en los términos del contrato objeto de cobertura y en los propios del contrato de caución. En iguales condiciones, la aseguradora que paga tiene la acción recursoria contra el tomador, sin que su estado concursal incida sobre su exigibilidad. Al tratarse de un contrato continuado con autorización del juez, queda fuera del concurso preventivo en su integridad.

La solución es de toda lógica, pues el contrato accesorio sigue la suerte del principal. Si el contrato principal no está alcanzado en sus efectos por el proceso concursal, la misma solución debe aplicarse al contrato accesorio. Es inaceptable pretender que la aseguradora mantenga cubierto al asegurado durante todo el plazo del contrato celebrado con el tomador y obligarlo a verificar su crédito como eventual.

Ahora bien, dadas las particularidades del proceso concursal, puede ocurrir que el asegurado y/o la aseguradora se vieran compelidos a solicitar la verificación de su crédito y que, con posterioridad, sean anoticiados de que el contrato que los vincula al concursado quedó continuado por decisión judicial.

A los efectos de evitar planteos especulativos por parte del concursado, en cuanto a que la verificación importó consentir la admisión al pasivo sin reserva y una renuncia a los derechos derivados de la continuación contractual **(48)**, es aconsejable que el crédito sea insinuado, dejando constancia de qué se hace con la reserva de los derechos que prevé el art. 20 de la LCQ para el caso de autorizarse la continuación del contrato. De tal forma, se logra evitar la disyuntiva de saber si su crédito está o no alcanzado por los efectos del proceso concursal.

V.1.c. Efectos de la resolución contractual

La facultad del concursado para optar por declarar unilateralmente la extinción del contrato con causa en la apertura de su concurso preventivo es una solución discutible, pues el art. 20 de la LCQ no ha previsto en forma expresa tal posibilidad. Algunos afirman que la normativa concursal no le otorga dicha potestad **(49)**, pero la mayoría está de acuerdo en que el dispositivo legal abarca tal posibilidad, dando diferentes argumentos para llegar a esa conclusión **(50)**. La jurisprudencia también se ha inclinado por esta última solución **(51)**.

Al aceptarse que la norma le atribuye al concursado esa potestad resolutoria, no es posible considerar que el concursado incumple el contrato, pues técnicamente lo extingue amparado por un derecho que le asiste (art. 1089 del Cód. Civ. y Com.). Por tal motivo, el vínculo se extingue sin responsabilidad, y el cocontratante no podrá exigir el resarcimiento de los daños y perjuicios derivados de la rescisión contractual **(52)**.

(48) CNCom., sala E, 23/12/1997, "Joc SA s/ concurso s/ inc. por Fábricas Agrupadas de Muñecas Onil SA": "... aceptó someterse a la carga verificatoria y consintió la continuación del contrato (...); debe considerarse que resignó definitivamente la facultad de exigir el cumplimiento perentorio de las prestaciones adeudadas por la concursada a la fecha de presentación concursal, no pudiendo luego de transcurrida tal oportunidad, pretender el pago inmediato de la deuda y la resolución contractual".

(49) BARBIERI, Pablo, "Contratos y procesos concursales", Ed. Universidad, Buenos Aires, 2001, p. 51. CNCom., sala D, 22/05/1992, "Liscovsky A e Hijos y Cía. SA s/ concurso s/ inc. de resolución art. 21", RDCO 1992-443.

(50) CÁMARA, Héctor, "El concurso preventivo y la quiebra. Comentario de la ley 19.551", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1978, t. I, p. 538. CASTAÑÓN, Alfredo, "Concurso preventivo: contratos en curso de ejecución con prestaciones recíprocas pendientes", LA LEY 1988-B, 882. QUINTANA FERREYRA, Francisco, "Concursos. Ley 19.551 comentada, anotada y concordada", Ed. Astrea, Buenos Aires, 1985, t. I, p. 267. RUBIN, Miguel, "Concurso preventivo: contratos con prestaciones recíprocas pendientes. Reformas de la ley 24.522", ED 168-1158. HEREDIA, Pablo, "Tratado exegético de derecho concursal", Ed. Ábaco, Buenos Aires, 2000, t. I, p. 514. VILLANUEVA, Julia, "Concurso preventivo", Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2003, p. 225. JUNYENT BAS, Francisco — MOLINA SANDOVAL, Carlos, "Efectos del concurso preventivo. Reflexiones a propósito del art. 20 de la LCQ", ED 204-958. ORALLO, Verónica, "Los efectos del concurso preventivo sobre los contratos con prestaciones recíprocas pendientes", en ROUILLON, Adolfo, *Derecho concursal*, Ed. La Ley — Universidad Austral, Buenos Aires, 2004.

(51) CNCom., sala A, 14/06/1995, "Mandy SRL s/ concurso". CNCom., sala C, 29/05/2007, "UAR Asociación Civil s/ inc. por Sportfive SA". CNCom., sala C, 24/06/2014, "Bodegas y Viñedos Orfila SA c. AFIP".

(52) CNCom., sala A, 24/05/1990, "Editorial Kapelusz SA s/ concurso s/ inc. por Ferrostal AG", ED 139-119. HE-

Dado que la norma instituye una causa legal de extinción y que el vínculo accesorio sigue la suerte del principal, en la situación planteada la aseguradora queda liberada del pago de la suma garantizada. Esto se debe a que el contrato se extingue con causa en el concurso preventivo, y no por el incumplimiento de la obligación prevista en la póliza. No existiendo un incumplimiento imputable al tomador concursado, se extingue la obligación sin responsabilidad.

Similar consideración es dable realizar cuando es el cocontratante asegurado quien extingue el vínculo en los términos del art. 20 de la LCQ. Ahora bien, ese principio no resulta aplicable cuando el incumplimiento del tomador se hubiese producido antes de la presentación en concurso. Por el solo hecho de que el cocontratante no hubiera emplazado al deudor o no comunicara en forma inmediata a la aseguradora la configuración del siniestro no puede concluirse que exista caducidad o renuncia al derecho de exigir el cobro de la suma asegurada. La ley no establece en forma expresa que la presentación en concurso preventivo suspenda, prohíba o extinga el derecho a resolver el contrato con causa en el incumplimiento anterior a la presentación en concurso de la otra.

V.1.d. Efectos de la declaración de inaplicabilidad del art. 20, LCQ, al contrato principal

En la doctrina y en la jurisprudencia existe consenso respecto a que la norma abarca aquellos contratos en los que el cumplimiento de las prestaciones de ambas partes quedó diferido en fecha posterior a la presentación en concurso (v.gr., anticipo financiero para el suministro de mercadería cuya entrega y pago del saldo quedaron diferidos en fecha posterior a la presentación en concurso). En cambio, no resulta tan claro que la norma comprenda aquellos contratos en los que la relación entre las partes se realiza de manera estable y el cumplimiento de las prestaciones se reitera en el tiempo, de manera individual y distinta en cada oportunidad, en forma continuada, fluyente, intermitente o periódica.

En el caso de que el juez concursal declare que no corresponde impartir ninguna medida relativa a la relación contractual en tanto el art. 20 de la LCQ no resulta aplicable al contrato principal, las partes continúan sujetas a las normas del derecho común y a las consecuencias previstas en el contrato, sin que el concurso preventivo afecte los derechos y obligaciones de las partes **(53)**.

En tal supuesto, el concursado y el cocontratante no pueden extinguir el vínculo invocando la causa legal prevista en dicha norma. No obstante, podrán ampararse en las normas de derecho común y ocurrir por la vía pertinente, demostrando los extremos que justifiquen la disolución del vínculo, incluso por incumplimientos anteriores a la presentación. No es dable pretender que el cocontratante tenga que verificar su crédito sometiéndose a una eventual quita o diferimiento por años y, a su vez, exigirle que cumpla con las prestaciones a su cargo.

En este aspecto es dable mencionar que, en los contratos de duración, son frecuentes las cláusulas que disponen como causal de resolución contractual la presentación o la apertura del concurso preventivo de alguna de las partes. Sin embargo, el art. 22 de la LCQ declara la invalidez de las estipulaciones convencionales contrarias a lo dispuesto en el art. 20 de la LCQ. Este principio tiene su explicación en que las partes deben ajustarse al régimen previsto en la ley concursal, y la aplicación de aquellas cláusulas contractuales implicaría la imposibilidad del concursado de ejercer el derecho que le otorga el art. 20 de la LCQ de peticionar la continuación del contrato.

En virtud del límite impuesto por el art. 22 de la LCQ, se considera que la disposición emergente del art. 20 de la LCQ prevalece sobre la cláusula contractual **(54)**, por lo menos hasta que el juez decida acerca de la viabilidad de su aplicación al contrato cuya continuación fuera solicitada por alguna de las partes.

Ahora bien, si el juez decide que al contrato principal no le resulta aplicable el art. 20 de la LCQ, debiendo regirse por el derecho común y lo dispuesto en cada contrato en particular,

REDIA, Pablo, "Tratado exegético de derecho concursal", ob. cit., t. I, p. 515.

(53) CNCom., sala D, 15/12/2020, "Alcalis de la Patagonia SA s/ concurso s/ inc. continuación de contrato".

(54) CNCom., sala D, 01/06/2016, "Cellularnet SA c. Telecom Personal SA".

naturalmente surge el siguiente interrogante: ¿recobra virtualidad la cláusula contractual que estableciera como causal resolutoria el concursamiento de una de las partes? La respuesta pareciera inclinarse por la afirmativa.

Salvo las disposiciones especiales que establece el ordenamiento concursal, los contratos se rigen de conformidad a sus términos y condiciones. Por tanto, no mediando declaración legal expresa de la inaplicabilidad de las reglas del derecho contractual ni excepción al respecto, queda subsistente la cláusula contractual, pudiendo ser válidamente ejercida por el cocontratante y oponible al concurso.

Existen antecedentes jurisprudenciales que han avalado la decisión de resolver un contrato con causa en la presentación en concurso **(55)**. Con similar sentido se ha expresado la doctrina, al considerar que no existe contradicción en validar este tipo de cláusulas frente al concurso preventivo **(56)**.

V.1.e. Inactividad de las partes

Puede ocurrir que al vencimiento del plazo de treinta [30] días hábiles dispuestos por el art. 20 de la LCQ ninguno de los contratantes haya ejercido la prerrogativa de declarar la extinción del vínculo o de solicitar la autorización para su continuación.

La doctrina ensayó distintas interpretaciones acerca de esta situación. Hay quienes sostienen que, si ninguna de las partes se pronuncia acerca de la extinción del vínculo, el contrato sigue vigente, aunque suspendido a la espera de una decisión sobre su continuación o resolución **(57)**. Ello por cuanto el concurso no lo extingue, pero tampoco puede ser continuado sin autorización judicial. La jurisprudencia también ha compartido este criterio **(58)**.

Otros declaran que el contrato no se suspende y que las partes pueden continuar su cumplimiento **(59)**; la única consecuencia es que el cocontratante es privado del beneficio del art. 240 de la LCQ. En tal sentido, se considera que el motivo por el cual el concursado requiere la autorización judicial para continuar el contrato es para impedir o evitar que el cocontratante lo extinga con causa en la apertura del concurso preventivo o en el incumplimiento anterior a la presentación en concurso; o para obtener una decisión judicial que le permita dejar sin efecto la suspensión y continuar con el cumplimiento del contrato.

Nosotros consideramos que el límite en la prosecución del contrato está dado por la proyección temporal del cumplimiento de las prestaciones emergentes del contrato en curso de ejecución. Para ello es necesario examinar la dinámica negocial y la naturaleza propia de las prestaciones que derivan del contrato principal.

a) Obligaciones diferidas: En aquellos vínculos contractuales esporádicos y resultantes de negocios jurídicos aislados y determinados, en los cuales las partes hubieran diferido el cumplimiento de sus prestaciones en fecha posterior a la presentación en concurso de una de ellas, es indudable que el cocontratante puede suspender el cumplimiento de las prestaciones a la

(55) CNCom., sala B, 02/05/1980, "Orsini y Cía. c. Enrique Arizu e Hijos SA", JA 1981-II-598. CNCom., sala C, 20/12/1996, "Alfor SA c. Autolatina SA", LA LEY 1997-D, 32. C1ªCiv., Com., Min., Paz y Trib. Mendoza, 18/04/2001, "Procargo SA", LLGran Cuyo 2001-666.

(56) HEREDIA, Pablo, "Tratado exegético de derecho concursal", ob. cit., t. V, p. 156.

(57) LAMAS, Horacio, "Efectos de los procesos concursales sobre los contratos preexistentes", en RUBIN, Miguel, *Instituciones de derecho concursal*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1992, p. 229. HEREDIA, Pablo, "Tratado exegético de derecho concursal", ob. cit., t. I, p. 521. VILLANUEVA, Julia, "Concurso preventivo", ob. cit., p. 226. ROUILLON, Adolfo, "Código de Comercio comentado y anotado", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2007, t. IV-A, p. 294. ILLANES, Carlos, "Efecto suspensivo del concurso preventivo sobre los contratos en ejecución", DJ 2013-45, 13.

(58) CNCom., sala C, 24/06/2014, "Bodegas y Viñedos Orfila SA c. AFIP". CNCom., sala D, 04/02/2008, "Diseños y Construcciones SA c. Banco Sudameris Argentina SA".

(59) ORALLO, Verónica, "Los efectos del concurso preventivo...", ob. cit., p. 592. ROMANO, Alberto, "Algunas reflexiones sobre concurso preventivo y contrato con prestaciones recíprocas pendientes", *Revista de las Sociedades y Concursos*, nro. 19, p. 32. CÁMARA, Héctor, "El concurso preventivo y la quiebra...", ob. cit., t. I, p. 539. LAMAS, Horacio, "Efectos de los procesos concursales sobre los contratos preexistentes", ob. cit., p. 243. FORASTIERI, Aníbal, "Efectos del concurso preventivo sobre el contrato de locación de inmuebles", ED 1986-III, 847. CNCom., sala F, 13/08/2019, "Aseguradora de Créditos y Garantías SA c. Compañía Constructora de Embarcaciones SA".

espera de la conducta que adopte el concursado, conforme a lo establecido por el art. 20 de la LCQ (arts. 1031 y 1032 del Cód. Civ. y Com.). También en aquellos casos en los que se hubiera acordado diferir la eficacia del contrato o el comienzo del cumplimiento de las prestaciones con fecha posterior a la presentación concursal. Del mismo modo, cuando se hubiera celebrado un contrato preliminar a través del cual se obligaron a celebrar o concluir un único y determinado contrato definitivo (v.gr., contrato de caución por mantenimiento de oferta).

Ahora bien, ¿qué pasa si el acto se realiza sin la previa autorización judicial? Si bien resultará eficaz para las partes, será inoponible frente a la masa de acreedores (art. 17 de la LCQ). En tal caso, el síndico y/o los acreedores podrán requerir la declaración judicial de ineficacia del acto. Si la prestación realizada por el concursado significó un acto perjudicial para los bienes del deudor que constituyen la garantía común de los acreedores, no puede ni debe ser tolerada ni admitida.

Sin embargo, si el acto cumplido sin la autorización hubiese causado un beneficio para el desarrollo de la actividad del deudor y para la masa de acreedores, o no hubiera originado perjuicio alguno a terceros interesados, el juez puede ratificar el acto. Para ello, deberá ponderar su conveniencia para la continuación y el desarrollo de la actividad empresarial del concursado, los intereses de los acreedores y la sociedad en general. Las circunstancias de cada caso darán los elementos para su determinación. En cualquier supuesto, es el juez quien debe decidir, acordando o desestimando la autorización.

b) Obligaciones continuadas: La situación es distinta en aquellos contratos en los que el cumplimiento de las prestaciones se realiza durante un lapso prolongado de tiempo y su ejecución es distribuida o reiterada en el tiempo en forma discontinua, variable, intermitente y en intervalos regulares o determinados.

Si el contrato no sufrió ninguna perturbación que comprometa el equilibrio económico o jurídico del negocio, no solo está excluido de la previsión contenida en el art. 20 de la LCQ, sino que tampoco necesita autorización judicial para mantener su vigencia. Las prestaciones esenciales y principales que determinan la identidad del contrato principal están siendo cumplidas de forma ininterrumpida, por lo que no pueden considerarse pendientes y deben permanecer vigentes sin sufrir cambios ni afectaciones de ninguna índole.

Es por ello que la relación —durante el plazo contractual pendiente— debe regirse por las normas del derecho común, sin que el concurso preventivo afecte los derechos y obligaciones de las partes, quienes deberán cumplir las prestaciones a medida que los compromisos vayan surgiendo y produciendo efectos. Estos actos no menoscaban ningún interés legítimo ni alteran la situación de las partes, pues las nuevas obligaciones emergentes del contrato producirán sus efectos con posterioridad a la presentación en concurso.

No obstante, ciertos negocios jurídicos individuales que integran el contrato de duración pueden quedar comprendidos en la previsión legal. Tal sería el caso en que alguna de las partes hubiera enviado una orden de compra u otorgado un anticipo financiero y, siendo aceptada por la otra antes de la presentación en concurso, estuviera pendiente la entrega de la mercadería y el pago del precio. También cuando se hubiera entregado o recibido una factura sin oposición inmediata del comprador, pues la tradición simbólica anterior a la presentación no importa cumplimiento de la prestación. De igual manera, frente a una factura conformada (ley 24.064) por la que las partes hubieran diferido el cumplimiento de sus prestaciones en fecha posterior a la presentación en concurso.

En tales supuestos, el cocontratante puede suspender el cumplimiento de esa prestación particular, a la espera de la decisión judicial que autorice y le otorgue seguridades suficientes de que la prestación a cargo del concursado será realizada (art. 20 de la LCQ).

V.1.f. El art. 20 de la LCQ, ¿es aplicable al contrato de caución?

Dejando a salvo el debate acerca de si en el contrato de caución existen prestaciones recíprocas pendientes **(60)**, es indudable que es-

(60) CNCom., sala A, 16/11/2009, "Aseguradora de Créditos y Garantías SA c. Odisa Obras de Ingeniería SA": "... puede ser encuadrado en el supuesto de contratos con

tos vínculos jurídicos instituyen una excepción frente a las prerrogativas previstas en el art. 20 de la LCQ, pues los actos u omisiones del tomador concursado no pueden afectar los derechos del tercero asegurado y el contrato de caución no puede ser rescindido por la aseguradora.

Tan es así que la falta de pago de las primas no suspende la cobertura ni afecta el derecho del asegurado. Además, la única forma por la cual la aseguradora queda liberada de su responsabilidad frente al asegurado es mediante la recepción de la póliza original o de algún otro instrumento fehaciente emanado del propio asegurado que acredite la extinción del riesgo previsto en la póliza. De tal modo, la obligación de la aseguradora frente al asegurado subsiste hasta tanto el tomador sea liberado de su responsabilidad y las primas siguen devengándose automáticamente, sin que sea necesaria una autorización de la sindicatura o del juez concursal **(61)**.

No obstante, existe jurisprudencia que sostiene que el contrato de caución no puede ser continuado legalmente sin intervención del juez del concurso y que, sin la autorización judicial, corresponde rechazar la acción destinada al cobro de las primas devengadas con posterioridad a la presentación en concurso preventivo **(62)**. Desde tal óptica, esta exégesis considera procedente la extinción del contrato de caución a instancia del tomador y de la aseguradora, dejando de lado toda consideración respecto al derecho del asegurado a exigir el pago en caso de producirse el evento previsto en la póliza.

La posibilidad de dejar sin efecto el contrato de caución por decisión unilateral del tomador o de la aseguradora no puede ser admitida, pues se estaría desnaturalizando esta clase de garantía y, con ello, afectando derechos del tercero asegurado, quien es ajeno a la relación jurídica del tomador con la aseguradora. Es por ello que sin la conformidad del asegurado no es posible liberar a la aseguradora de su obligación de garantía.

V.2. Acción del asegurado contra la aseguradora para obtener el pago de la cobertura

El asegurado debe prestar especial atención cuando se declara la apertura del concurso preventivo del tomador, pues el régimen general ordinario sufre alteraciones de carácter sustancial y procesal, en orden a la oportunidad y forma en que deberá encauzar el ejercicio de sus derechos frente a la aseguradora.

En este aspecto, es dable destacar que el carácter accesorio del contrato de caución y la condición de "fiador" asumida por la aseguradora determinan que su responsabilidad está condicionada a la existencia de un crédito válido y exigible contra el tomador.

A partir de estas consideraciones, hay quienes afirman que cuando el crédito del asegurado contra el tomador devino no verificado con el efecto previsto en el art. 37 de la LCQ se produce la extinción del derecho del asegurado al reclamo del pago a la aseguradora **(63)**. Del mismo modo, hay quienes consideran improcedente la acción contra la aseguradora cuando el asegurado no solicitó la previa verificación del crédito en el concurso del tomador **(64)**. También

prestación recíproca pendiente (...); si bien la norma refiere a una autorización judicial, esta no resulta requisito ineludible para la vigencia del contrato, produciendo la omisión (...) la consecuencia de no otorgarle (...) la preferencia que pudiere corresponderle, en su caso, en los términos del art. 240, LCQ". CNCom., sala B, 26/08/2016, "Alba Cía. Argentina de Seguros SA c. Martín Alberto Grane": "... el seguro de caución —cuyas prestaciones deben cumplirse en forma periódica y reiterada— no puede quedar incluido en las prescripciones del art. 20 de la LCQ, que solo resulta aplicable a aquellos contratos de ejecución diferida".

(61) CNCom., sala A, 06/06/2017, "HLB Pharma Group SA s/ concurso s/ inc. por Afianzadora Latinoamericana Cía. de Seguros SA". CNCom., sala B, 26/08/2016, "Alba Cía. Argentina de Seguros SA c. Martín Alberto Grane". CNCom., sala F, 13/08/2019, "Aseguradora de Créditos y Garantías SA c. Compañía Constructora de Embarcaciones SA".

(62) CNCom., sala C, 13/07/2016, "Alba Cía. Argentina de Seguros SA c. Simón Cachan SA".

(63) CNCom., sala B, 23/04/2017, "Marnila SA s/ inc. revisión por Brave, Marcelo". CNCom., sala D, 23/12/2003, "Banco Francés c. Scharaer, Claudio", DJ 2004-3, 226.

(64) CNCom., sala B, 12/12/2017, "Arg. Capital SA c. Desarrollos Mendocinos SA", LA LEY 2018-A, 478. CNCom., sala B, 29/09/2017, "José Minetti y Cía. Ltda. SACEI c. Frei Ruiz Tagle, Francisco", LA LEY 2018-A, 471. CNCom., sala C, 14/06/2017, "Figueroa, María Laura s/ concurso s/ inc. revisión por Coop. de Vivienda, Crédito y Consumo Red Hipotecaria Ltda.", LA LEY 2017-F, 40.

están los que sostienen que corresponde diferir el dictado de la sentencia en el proceso iniciado contra la aseguradora, hasta tanto se encuentre firme la resolución verificatoria del crédito del asegurado.

La misma solución aplican cuando transcurre el plazo previsto por el art. 56 de la LCQ sin que el asegurado hubiese peticionado la verificación de su crédito en el concurso del tomador **(65)**. Al estar prescripta la acción, no existe obligación exigible al tomador, por lo que tampoco existe obligación de la aseguradora **(66)**. Aquí es dable destacar que la aseguradora, en su carácter de fiador, está facultada para oponer al asegurado sus propias defensas y las que correspondan al tomador, aun cuando este haya renunciado a ellas (arts. 857 y 1587 del Cód. Civ. y Com.) **(67)**.

No obstante, hay quienes declaran que el asegurado puede reclamar directamente el pago a la aseguradora, sin necesidad de requerir el previo reconocimiento de su crédito en el concurso del tomador **(68)**. Asimismo, están los que argumentan que la prescripción del art. 56 de la LCQ no afecta a la aseguradora y que el asegurado conserva en plenitud su derecho para ser ejercido dentro de los plazos de prescripción que corresponden según lo establecido en el contrato de caución. También se sostiene que la omisión de la presentación a verificar no produce la inexistencia de la obligación del tomador, sino la imposibilidad de participar en dicho proceso. Asimismo, mientras la prescripción no sea declarada judicialmente no puede considerarse extinguido el crédito del asegurado ni reputarse que el contrato de caución se encuentre extinguido por tal motivo **(69)**.

Frente a la disyuntiva planteada, la aseguradora y/o el tomador concursado están facultados para promover la pertinente demanda declarativa de prescripción (art. 2534 del Cód. Civ. y Com.). La cuestión también adquiere relevancia a partir de que el pago de una obligación prescripta no es repetible (art. 2538 del Cód. Civ. y Com.).

V.3. Créditos por primas devengadas con posterioridad a la presentación en concurso

Pongamos por caso que una empresa aseguradora promueve una demanda ordinaria reclamando el pago de primas impagas al tomador del seguro. Dado que el proceso fue iniciado con posterioridad a la sentencia de apertura del concurso preventivo del demandado, el juez que interviene en el proceso ordinario decide declararse competente para entender respecto de las primas devengadas con posterioridad a la fecha de presentación en concurso del tomador del seguro, e incompetente en relación con el reclamo por deuda anterior a dicha fecha, por considerar que su causa es anterior a la presentación en concurso (arts. 21, 32 y 56 de la LCQ).

A pesar de la aparente claridad de la decisión adoptada por el juez de grado, el deudor con-

(65) CNCom., en pleno, 28/06/2016, "Trenes de Buenos Aires SA s/ concurso s/ inc. por Jiménez, Asunción Elsa", LA LEY 2016-E, 394: "El plazo de seis meses previsto en el art. 56 de la ley 24.522 para deducir el pedido de verificación tardía es un plazo de prescripción".

(66) CNCom., sala A, 11/11/2016, "Alba Compañía Argentina de Seguros SA c. Cima, Julio Roque". CNCom., sala B, 12/12/2017, "Arg. Capital SA c. Desarrollos Mendocinos SA", LA LEY 2018-A, 478. CNCom., sala C, 14/06/2017, "Figueroa, María Laura s/ concurso s/ inc. revisión por Coop. de Vivienda, Crédito y Consumo Red Hipotecaria Ltda.", LA LEY 2017-F, 40. CNCom., sala D, 23/12/2003, "Banco Francés c. Scharaer, Claudio", DJ 2004-3, 226. CNFed. Cont. Adm., sala I, 29/10/2019, "La Mercantil Andina Cía. Argentina de Seguros SA c. DGA 4374/11". MOIA, Ángel L., "Las relaciones de garantía ante el concurso preventivo...", ob. cit., p. 269.

(67) CNCom., sala B, 19/05/2009, "Volkswagen Cía. Financiera SA c. De Pellegrini, Danilo". CNCom., sala C, 14/06/2017, "Figueroa, María Laura s/ inc. revisión por Coop. de Vivienda Crédito y Consumo Red Hipotecaria Ltda.", LA LEY 2017-F, 40.

(68) CNCom., sala C, 13/07/2016, "Feltrin, Alberto c. Liderar Cía. Gral. de Seguros SA", ED 269-229. CNCom., sala E, 08/08/2007, "Banco de la Ciudad de Buenos Aires c. Cristales Petracca SA", DJ 2008-1, 503. CNCom., sala F, 23/09/2020, "Banco Itaú Argentina SA c. Usman, Emilio".

(69) CNCom., sala A, 02/06/2020, "Cooperativa Crédito Inverfin Ltda. c. Blanco, Etel Hebe". CNCom., sala E, 29/06/2015, "Aseguradora de Créditos y Garantías SA c. Socma Americana SA". CNFed. Cont. Adm., sala I, 23/12/2020, "Instituto de Obra Social del Ejercito c. Novaco SA". *Id.*, sala III, 10/09/2019, "Dirección Nacional de Vialidad c. La Construcción SA Cía. Argentina de Seguros". HEREDIA, Pablo, "Tratado exegético de derecho concursal", ob. cit., t. II, p. 272. GARCÍA, Silvana M., "¿Es aprovechable la prescripción concursal por el fiador o el codeudor solidario del concursado?", JA 2003-IV, 1470. RASCHETTI, Franco, "La fianza frente al concurso o quiebra del deudor garantizado", ED CMXXVI-936.

cursado apela la resolución argumentando —en sustancia— que se trata de una prima única y que esa circunstancia tiene como efecto que todas las cuotas correspondientes a la misma prima deban ser verificadas en el concurso, pues su causa es anterior a la presentación en concurso. En la situación planteada, ¿cuál debería ser la solución del Tribunal de Alzada? Ello va a depender de tribunal que resulte sorteado.

En efecto, si intervienen las salas C, D, E o F, la resolución debería ser confirmada, pues los vocales que las integran consideran que cada período de cobertura es independiente y da lugar al devengamiento periódico de una nueva prima hasta el momento en que el asegurador es liberado de la obligación asumida **(70)**.

En cambio, si resultan designadas la sala A o la sala B, entonces las primas emitidas con posterioridad a la presentación en concurso quedarían afectadas por el concurso, debiendo verificar todas las cuotas de conformidad con la normativa concursal. Ello por cuanto su doctrina jurisprudencial declara que la prima a pagar por el tomador es única, aunque pagadera de manera fraccionada en cada renovación **(71)**.

Sin embargo, frente a una situación similar a la planteada, esta última corriente jurisprudencial resolvió que, aun cuando el contrato de caución genera la obligación de pagar una prima única y que el crédito tiene su causa y título de fecha anterior a la presentación en concurso, no resulta plausible concluir que la aseguradora deba verificar montos que no son exigibles al momento en que el tomador se presentó en concurso **(72)**. Esta solución pareciera quedar reducida a una mera apariencia, pues no es la exigibilidad o liquidez de la deuda lo que determina si el crédito es concursal, sino que lo relevante es establecer si se trata de créditos que tienen origen en hechos o actos anteriores a la petición de concurso preventivo. Al respecto es dable señalar que, si bien la sentencia de apertura del concurso no hace exigibles los créditos a plazo cuya causa o título es anterior a su presentación, el acreedor tiene la carga de solicitar su verificación, quedando sujeto a todas las consecuencias previstas en la legislación concursal (art. 353 del Cód. Civ. y Com.).

Ahora bien, para quienes consideran que la aseguradora debe verificar todas las cuotas correspondientes a una única prima, surge el interrogante acerca de cómo determinar su importe cuando no existe un plazo determinado de vencimiento ni se estableció la cantidad de cuotas que están comprendidas en esa única prima. Es que las pólizas de caución tienen, en general, una vigencia abierta: no estipulan una fecha límite, sino que se extienden en el tiempo hasta la extinción de las obligaciones del tomador. Además, no es posible tener certeza acerca de la fecha en que cesará la cobertura, pues su eficacia depende de un hecho futuro e incierto.

Asimismo, el precio de la prima no se mantiene idéntico durante toda su vigencia, sino que varía según cuánto sea el tiempo durante el cual el riesgo deba estar cubierto. La fijación de la prima es resultado de un cálculo actuarial efectuado en función del riesgo asegurado, una de cuyas variables exige medir ese riesgo en una unidad de tiempo determinado.

Dichas circunstancias son dirimentes para concluir que no es posible calcular ni determinar cuál sería el importe de esa prima única cuya exigibilidad se pretende está diferida en distintas cuotas.

Si, no obstante lo expuesto, la aseguradora se presenta en el proceso concursal, verificando las primas devengadas antes de la presentación e incluyendo las que se devenguen con poste-

(70) CNCom., sala E, 07/10/2009, "Alba Cía. Argentina de Seguros SA c. Bodegas y Viñedos del Valle SA": "Si bien el contrato de seguro de caución fue firmado con anterioridad a la presentación en concurso de la demandada, como las primas reclamadas se devengaron con posterioridad a dicha presentación, el crédito resulta postconcursal". CNCom., sala F, 15/09/2016, "Prevención ART c. Medio Ambiente SA".

(71) CNCom., sala A, 13/10/1986, "La Construcción Cía. de Seguros c. Christiani & Nielsen SA", LA LEY 1987-C, 51: "... es un acreedor por causa o título anterior a la presentación (...) aun cuando persigue (...) el cobro de primas devengadas con posterioridad". CNCom., sala B, 30/06/2009, "Alba Cía. Argentina de Seguros SA c. Hilado SA": "... cupo a la aseguradora deducir verificación por la totalidad de las sumas aquí reclamadas con causa en la facturación de las cuotas generadas por el mismo y único contrato originario".

(72) CNCom., sala A, 16/11/2009, "Aseguradora de Créditos y Garantías SA c. Odisa Obras de Ingeniería SA".

rioridad a dicho acto, no podrá luego pretender que se trata de un crédito postconcursal y reclamar nuevamente en otro proceso las primas vencidas luego de la presentación. La admisión de dicha pretensión importaría vulnerar el principio de preclusión o los efectos de la cosa juzgada (art. 37 de la LCQ) **(73)**.

V.4. Garantías aduaneras: importación temporal de mercadería

La destinación de importación temporaria es aquella en virtud de la cual la mercadería importada puede permanecer con una finalidad y por un plazo determinado dentro del territorio aduanero, quedando sometida a la obligación de reexportarla para consumo con anterioridad al vencimiento del plazo establecido. El régimen aduanero contempla, como beneficio para este tipo de importación, la exención del pago de los tributos, con excepción de las tasas retributivas de servicios (arts. 250 y 256 del Cód. Aduanero).

Ahora bien, si al vencimiento del plazo acordado no se hubiera cumplido con la obligación de reexportar, la mercadería será considerada importada para consumo. En tal caso, quien despachó temporariamente la mercadería será responsable de las correspondientes obligaciones tributarias, sin perjuicio de la aplicación de sanciones que pudieran corresponder [arts. 274, 453, 635, 638, inc. e), 639 y 970 del Cód. Aduanero].

De tales normas se sigue que el hecho imponible que origina la deuda no es la importación realizada, sino el vencimiento del plazo legal para la reexportación de la mercadería introducida en el país.

V.4.a. Determinación de la causa que otorga la acción recursoria

Hay quienes sostienen que el contrato de caución es el título y la causa de la obligación del tomador de reembolsar a la aseguradora el importe que le pagó al Fisco **(74)**. Otros, en cambio, afirman que la causa obligacional no se identifica con la contratación del seguro ni con la infracción propiamente dicha, sino con el pago efectuado por la aseguradora **(75)**. Asimismo, están los que consideran que la causa es el hecho imponible que generó la obligación de abonar el tributo, concluyendo que será postconcursal cuando la deuda nació con posterioridad a la presentación en concurso preventivo **(76)**.

Dado que la aseguradora se subroga en los derechos que la Aduana tenía respecto del contribuyente (tomador), para determinar si el crédito es preconcursal o postconcursal es necesario determinar cuál es el hecho o acto jurídico relevante que constituye la causa del crédito de la Aduana.

En función de ello, es dable afirmar que la fecha del nacimiento de la causa de la obligación del importador es el vencimiento del plazo de los despachos de importación que da lugar al nacimiento del tributo (art. 274 del Cód. Aduanero). Tal es el hecho creador de la obligación y no el contrato de seguro de caución o el despacho de la mercadería importada o la resolución administrativa que determina el crédito fiscal.

En este tipo de operaciones, el siniestro se produce por el incumplimiento de la obligación del tomador de reexportar la mercadería importada, y queda configurado cuando existe liquidación, resolución o sentencia definitiva notificada al importador y a la aseguradora. Si bien el título de la obligación fiscal es la resolución administrativa que determina el tributo e impone la multa, la causa de la obligación se remonta a la fecha del incumplimiento que originó el crédito **(77)**. En consecuencia, dicho

(73) CNCom., sala D, 17/04/2018, "Aseguradora de Créditos y Garantías SA c. Sogesic SA".

(74) CNCom., sala B, 17/05/2017, "Cosena Seguros SA c. Globe Metales SA". CNCom., sala C, 17/05/2005, "Chubb Argentina de Seguros c. Casa Radiadores Argentina SA", DJ 2005-2, 1016.

(75) CNCom., sala A, 15/02/2011, "Alba Compañía Argentina de Seguros SA c. Sueño Estelar SA".

(76) CNCom., sala A, 20/09/2011, "Arcángel Maggio SA". CNCom., sala A, 11/11/2016, "Alba Compañía Argentina de Seguros SA c. Cima, Julio Roque".

(77) CS Mendoza, sala I, 04/05/1998, "Bodegas y Viñedos La Vid SRL", LA LEY 1998-F, 642: "... título es el instrumento del cual surge el crédito en las obligaciones formales; pero como todas las obligaciones no son formales ni se prueban con instrumentos preexistentes, la palabra causa se refiere a los hechos que dan origen al crédito". FIGUEROA CASAS, Pedro, "Problemática de la verificación de créditos de origen fiscal", LLLitoral del 01/04/2008, p. 247: "... es procedente la verificación de un

incumplimiento actúa como condición para el nacimiento y determinación de las obligaciones tributarias y las sanciones que pudieran corresponder (art. 343 del Cód. Civ. y Com.).

Ahora bien, mientras la condición no se cumpla, no existe ninguna obligación de la que derive una deuda pendiente. Una vez que se produce el incumplimiento, los efectos del hecho generador de la obligación tributaria se producen hacia el futuro (art. 346 del Cód. Civ. y Com.). En consecuencia, si la deuda fiscal se originó luego de la presentación concursal, la acreencia no se encuentra alcanzada por el proceso concursal **(78)** y puede hacerse efectiva mediante la correspondiente acción individual, sin necesidad de acudir a la verificación. La misma solución se aplica en relación con la pretensión recursoria de la aseguradora contra el tomador.

V.4.b. Verificación previa y prescripción concursal

La existencia de la obligación tributaria y la determinación definitiva del impuesto y la multa de la importación temporaria suelen estar sujetos a un extenso procedimiento administrativo previo **(79)**. Cuando el hecho imponible es preconcursal, dichas actuaciones están excluidas de los efectos previstos por el art. 21 de la LCQ, pues no se trata de un proceso judicial de contenido patrimonial contra el concursado, sino de un procedimiento administrativo tendiente a declarar la existencia de la obligación tributaria **(80)**. También está excluida la demanda judicial impugnativa instaurada por el contribuyente contra la decisión administrativa del Tribunal Fiscal **(81)**, salvo que el Fisco hubiese optado por iniciar el trámite de verificación **(82)**.

Una vez finalizado el procedimiento administrativo o el judicial, quedando firme y pasado en autoridad de cosa juzgada el acto que determinó el importe adeudado **(83)**, el Fisco está impedido de iniciar la ejecución contra el contribuyente concursado, imponiéndose la sustitución procesal de la acción por el proceso verificatorio (art. 21 de la LCQ) **(84)**. A tal fin, la Aduana podrá solicitar la verificación de su crédito dentro de los seis [6] meses posteriores a la fecha de haber quedado firme la determinación del crédito (art. 56 de la LCQ y art. 2550 del Cód. Civ. y Com.).

A partir de estas estipulaciones surge el interrogante acerca de si la Aduana debe —tal como suelen argumentar las aseguradoras— verificar previamente el crédito fiscal en el concurso

crédito o multa fiscal si es de causa anterior al concurso del contribuyente, aunque el acto administrativo que lo impone o determina sea posterior".

(78) CNFed. Cont. Adm., sala I, 05/09/2019, "Alba Cía. Argentina de Seguros SA (TF 29014-A) c. DGA": "... las fechas de vencimiento de los despachos de importación operaron el 22/09/2000 (...) —momento en el cual se originó la deuda por aplicación del art. 274 del Cód. Aduanero— y que (...) el 13/04/2000 fue dispuesto el concurso de la firma importadora (...); las deudas involucradas son posteriores a la apertura del concurso y, en consecuencia, no se encuentran alcanzadas por el proceso universal".

(79) CNFed. Cont. Adm., sala I, 05/09/2019, "Alba Cía. Argentina de Seguros SA (TF 29014-A) c. DGA": de estas actuaciones resulta que el vencimiento de los despachos de importación operó en el año 2000 y que la sentencia definitiva se obtuvo en el año 2019. El sumario administrativo en sede aduanera se extendió durante 6 años y la etapa recursiva ante el Tribunal Fiscal demoro 7 años.

(80) CS, 09/04/1987, "Cosimatti, Gregorio s/ inc. verificación por Fisco Nacional (DGI)", Fallos 310:785. CNCom., sala A, 14/07/2000, "Jugos del Sur SA".

(81) NUMME, Raúl, "Verificación de créditos fiscales", JA 1996-III, 923. GRAZIABILE, Darío, ·Créditos fiscales en el concurso. Fuero de atracción y prescripción", LA LEY 2006-A, 589.

(82) CS, 20/12/2011, "UOL Sinectis SA c. GCBA", LA LEY 2012-C, 77.

(83) CS Mendoza, sala I, 04/05/1998, "Bodegas y Viñedos La Vid SRL", LA LEY 1998-F, 642: "Dado que el crédito nace con la infracción y no con la determinación administrativa (...) deben comparecer a verificar, tempestiva o tardíamente y solo después que la decisión que la impone esté firme". CNCom., sala C, 13/08/2010, "Expofot SA s/ inc. verificación por AFIP", LA LEY 2010-F, 358: "... resulta prudente diferir un pronunciamiento definitivo sobre el concepto en cuestión —en apelación ante el Tribunal Fiscal nacional— para el momento en que quede firme una decisión administrativa sobre el particular".

(84) CS, 12/12/2002, "Estado Nacional c. Sebastián Maronese e Hijos SA". CS, 02/06/2003, "Supercanal SA", Fallos 326:1774: "... debiendo incorporarse al procedimiento de verificación ya iniciado (...) para lo cual deben remitirse al tribunal donde tramita el concurso, una vez cumplido el procedimiento administrativo ya en curso ante el Tribunal Fiscal, destinado a revisar la determinación del crédito efectuado por la DGI". CS, 04/07/2008, "Gauchat, Enrique (TF 11648) c. DGI", Fallos 326:2146.

del importador para poder reclamar el pago a la aseguradora. En segundo lugar, si el incumplimiento de esa obligación acarrea la prescripción de la obligación tributaria por aplicación de lo previsto en el art. 56 de la LCQ.

Cierto sector de la jurisprudencia considera que cuando el hecho imponible es anterior a la fecha de presentación del concurso preventivo del importador, la Aduana está obligada a presentarse a verificar su crédito, pues se encuentra alcanzada por las disposiciones que rigen el proceso concursal. En tal sentido concluyen que, de encontrarse prescripta la acción que la Aduana tiene contra el importador concursado, también lo está la que tiene contra la aseguradora **(85)**.

Sin embargo, la mayoría de la jurisprudencia del fuero Contencioso Administrativo sostiene que, admitida la cobertura y demostrado el incumplimiento del importador, nace la obligación de la aseguradora, quien no puede argumentar que su responsabilidad es subsidiaria ni pretender que el organismo estatal verifique previamente el crédito fiscal en el concurso para poder reclamarle lo que adeuda el importador (art. 462 del Cód. Aduanero) **(86)**. En ese orden de ideas, concluyen que la Aduana tiene acción directa contra la aseguradora, con independencia del reconocimiento judicial del crédito contra la concursada, sin estar sujeta a la realización de gestión previa alguna ante el juez del concurso para demandar el cobro de su crédito a la aseguradora.

Asimismo, en cuanto a la prescripción de las acciones de la Aduana contra el importador, declaran que el régimen de prescripción contenido en el Código Aduanero prevalece sobre el concursal (art. 803 del Cód. Aduanero). Por aplicación de esa doctrina, se afirma que no resulta aplicable el plazo de prescripción abreviado del art. 56 de la LCQ, pues lo contrario implicaría que las normas tendientes a regular las relaciones de derecho privado avasallen el régimen instaurado para el ejercicio de las acciones y poderes fiscales para determinar impuestos y aplicar multas **(87)**.

Otros, en cambio, sostienen que debe prevalecer la ley concursal por sobre el régimen tributario **(88)**. La jurisprudencia y la doctrina concursal aplican la ley concursal a todos los créditos, cualquiera sea el plazo de prescripción a que estuviera sometida la acción conforme a la ley de fondo que regula ese tipo de relaciones jurídicas **(89)**.

En este aspecto, es dable señalar que en las condiciones generales de las pólizas se establece que, existiendo una resolución o sentencia dictada en firme que establezca la responsabilidad del contribuyente y el monto por el cual corresponda afectar la garantía objeto del contrato de caución, la Aduana tiene derecho a requerir de la aseguradora el pago pertinente. Además, el contrato de caución no exige el previo reconocimiento del crédito en el proceso concursal del contribuyente como recaudo para habilitar el cobro a la aseguradora; ello sin perjuicio de que pueda optar por concurrir a verificar el crédito.

A partir de esta particular estipulación corresponde admitir que la Aduana —como regla general— no se encuentra obligada a verificar su crédito en el concurso del importador para po-

(85) CNFed. Cont. Adm., sala I, 29/10/2019, "La Mercantil Andina Cía. Argentina de Seguros SA c. DGA 4374/11". MOIA, Ángel L., "Las relaciones de garantía ante el concurso preventivo...", ob. cit., p. 269: "... será el reconocimiento por el juez del concurso el que integre definitivamente la exigibilidad del crédito (...). Esta situación condiciona la posibilidad de realizar reclamo a la aseguradora".

(86) CNFed. Cont. Adm., sala I, 23/12/2020, "Instituto de Obra Social del Ejercito c. Novaco SA". *Id.*, sala II, 21/06/2019, "Aseguradora de Créditos y Garantías SA c. DGA". *Id.*, sala III, 01/02/2018, "Alba Cía. Argentina de Seguros SA (TF 25581-I-I) c. DGA". *Id.*, sala IV, 15/12/2020, "TPC Cía. de Seguros SA c. EN - AFIP - DGA". *Id.*, sala V, 21/12/2017, "Pilar Partes SA c. DGA".

(87) CNFed. Cont. Adm., sala V, 01/08/2005, "Valle de las Leñas SA c. DGI", LA LEY 2005-F, 665.

(88) CNFed. Cont. Adm., sala I, 07/12/1999, "Zanella San Luis SA c. DGI", JA 2000-III, 115. CACCIOLATO, Mirta, "En el concurso preventivo, ¿se aplica la prescripción abreviada del art. 56 de la LCQ, a la verificación de los créditos tributarios?", RADT 2003 (enero-marzo), p. 89.

(89) CNCom., sala C, 02/10/2009, "Casa Abe SA". CNCom., sala E, 16/06/2005, "Grukiel SA s/ concurso s/ inc. por Ciudad de Buenos Aires", DJ 2005-3, 1057. FERRO, Carlos A., "La prescripción de los créditos fiscales en el concurso", LLGran Cuyo 2001-587. GRAZIABILE, Darío, "Créditos fiscales en el concurso...", ob. cit. D'ALESSIO, Ignacio, "El caso 'Valle de las Leñas'. Inconsistencias en el derecho concursal tributario", LA LEY 2006-A, 592.

der accionar contra la aseguradora. Aun cuando se considerase necesario que la Aduana interpele en primer término al importador, esa exigencia debe considerarse satisfecha con la intervención del tomador y la aseguradora en las actuaciones administrativas (arts. 786 y 1092 del Cód. Aduanero y art. 1588 del Cód. Civ. y Com.).

Ahora bien, no puede soslayarse que el contrato de caución tiene carácter accesorio y que en las condiciones generales de las pólizas de caución se establece que la prescripción de las acciones contra la aseguradora se producirá cuando prescriban las acciones de la Aduana contra el tomador. En tal sentido, también hay que aceptar que la Aduana se encuentra obligada a mantener viva la acción contra el importador para poder, válidamente, accionar contra la aseguradora.

En ese contexto, cabe afirmar que si transcurrió el plazo de dos [2] años previsto en el art. 56 de la LCQ sin que la Aduana hubiese realizado algún acto suspensivo o interruptivo de la acción destinada a determinar el crédito (arts. 803 a 807 y 937 del Cód. Aduanero), es dable admitir la defensa de prescripción por no haber cumplido con aquellas cargas dentro del plazo legal establecido.

Del mismo modo, si la Aduana optó por verificar su acreencia, es incuestionable que el crédito queda sujeto en plenitud a la decisión del juez concursal. En tal sentido, si el crédito fiscal declarado admisible o inadmisible en la decisión dictada en el marco del art. 36 de la LCQ devino no verificado con el efecto previsto en el art. 37 de la LCQ, determina la falta de derecho de la Aduana al reclamo del pago del siniestro en el marco de la relación asegurativa. La cosa juzgada emergente de dicho pronunciamiento habilita a la aseguradora a resistir el pago exigido por el asegurado. Debido a la naturaleza de garantía y accesoriedad del contrato de caución, la obligación de cobertura cesa cuando no existe la obligación principal a la que accede **(90)**. Configuraría un verdadero escándalo que se condene —en otra sede judicial— a la aseguradora al pago del mismo crédito cuya legitimidad o exigibilidad ha sido objeto de explícito desconocimiento en la esfera judicial del proceso concursal.

V.4.c. Preferencias aduaneras

El pago realizado por la aseguradora tiene como efecto la transmisión de todos los derechos, acciones y garantías que correspondían a la Aduana en contra del tomador, entre los que se encuentran comprendidos los privilegios del crédito. Tratándose de un crédito proveniente de una deuda por falta de pago de tributos, corresponde reconocer a la acreencia de la aseguradora el mismo privilegio especial sobre el capital que hubiera correspondido a la Aduana (arts. 241, inc. 3º, 242 y 246, inc. 4º, de la LCQ) **(91)**.

Dejando a salvo los privilegios y preferencias de la ley concursal, los créditos aduaneros gozan de preferencia sobre la mercadería que se encuentra en zona primaria aduanera, y el servicio aduanero tiene derecho de retención sobre dicha mercadería, estando facultado para proceder a su ejecución forzosa a fin de satisfacer su crédito (arts. 997 a 1000 del Cód. Aduanero). En tal virtud, cuando la aseguradora pagó la suma asegurada, también se subroga en los derechos que la Aduana tenía sobre dicha mercadería.

(90) CNCom., sala D, 23/12/2003, "Banco Francés c. Scharaer, Claudio", DJ 2004-3, 226. CNFed. Cont. Adm., sala III, 17/03/2009, "Dirección Nacional de Vialidad c. Alba Cía. Argentina de Seguros SA": "... en tanto los créditos (...) no han sido reconocidos como legítimamente constituidos por los jueces de la quiebra (...) tampoco corresponde en el caso admitir la pretensión de su cobro en el marco del seguro de caución".

(91) CNCom., sala C, 06/06/2006, "Grunbaum Rico y Daucourt SA s/ conc. s/ inc. revisión por Cía. Arg. de Seguros Anta SA". CNCom., sala E, 27/02/2015, "De Foronda, Jaime s/ quiebra s/ inc. por Alba Cía. Argentina de Seguros SA".

Comentarios Jurisprudenciales

CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN

Vínculo que se mantuvo en forma ininterrumpida durante 16 años. Decisión de no renovar el convenio. Ausencia de preaviso suficiente. Aplicación del art. 1492 del Código Civil y Comercial. Indemnización. Compensación por clientela.

Con nota de Diego Hernán Serebrinsky

1. — La demandada entiende que la decisión de su parte de no renovar el contrato de distribución no puede ser equiparada a una resolución incausada e intempestiva del vínculo, pero la procedencia de esa queja hubiera requerido que la nombrada desvirtuara los serios fundamentos que condujeron a la magistrada a concluir que, a diferencia de lo pretendido en la defensa, no nos habíamos hallado ante un contrato a plazo, sino ante uno que debía entenderse celebrado por tiempo indeterminado, lo que no ha hecho.

2. — Los contratantes incursos en esa situación no pueden, so pretexto de un plazo que solo existe en las formas, cambiar abruptamente su estrategia comercial y defraudar las expectativas del otro, que fundadamente creía que, como había sucedido tantas veces, su contraparte no habría de invocar el vencimiento de ese plazo para irse del contrato sin otorgarle un preaviso adecuado.

3. — Aceptado por la demandada que el derecho a irse del contrato de distribución no podía ser regido por una cláusula que la a quo estimó inválida y no cuestionado que el plazo de preaviso que debía ser aplicado al contrato es el que surge del art. 1492 del Código Civil y Comercial, no hay argumento que habilite a sostener que ese preaviso haya sido incorrectamente establecido.

4. — El art. 1492 del Código Civil y Comercial establece una indemnización "tasada" en función de un solo dato, cual es la duración del convenio, que se aparta de la flexibilidad del temperamento que había sido acuñado por la jurisprudencia antes de que el citado código entrara en vigencia. Lo que antes se buscaba era la fijación de un "preaviso razonable" que solo podía estimarse ante el caso concreto, en función de sus circunstancias, entre las que debía evaluarse el plazo de vigencia del convenio, pero que allí no se agotaban.

5. — A tenor del art. 1492 del Código Civil y Comercial, solo hay que atender al tiempo que ha durado el contrato, lo cual podría llevar a concluir que, en ciertos casos, la indemnización por falta de preaviso podría no tener carácter indemnizatorio, pues ha pasado a ser un derecho que nace mecánicamente en cabeza del "rescindido" a la finalización de un contrato de este tipo, sin correlación con los daños que pudieron habérsele evitado si se le hubiera anticipado adecuadamente la decisión de terminar el vínculo.

6. — Se comparta o no la solución legal del art. 1492 del Código Civil y Comercial —que claramente ha priorizado el valor certeza—, lo cierto es que ahora los plazos se fijan en todos los casos del mismo modo y, comparativamente hablando, pueden derivar en preavisos mucho más extensos que los que hubieran sido necesarios para evitar los aludidos daños. En tal contexto, y aun cuando se admitiera que otorgar un preaviso de 16 meses podría haber sido excesivo e incluso si se aceptara que, tal como sostiene la demandada, las demandantes no han sufrido nada, pues no estaba en sus planes reorganizarse, parece claro que la indemnización fue correctamente fijada.

7. — Los incentivos por mayores ventas y similares que suelen reconocerse a los distribuidores cuando está vigente el contrato tienen una finalidad diversa de la que justifica el reconocimiento del rubro compensación por clientela; que, fundado en que la actividad anterior del distribuidor habrá de seguir produciendo ventajas al empresario, pretende que este retribuya a su colaborador por haber logrado ese bien intangible que, a partir de la extinción del vínculo, solo él seguirá aprovechando.

8. — Lo que mediante el plazo de preaviso se tiende a preservar es el derecho del distribuidor a reacomodarse en el mercado, para lo cual su contraparte le debe avisar de la futura extinción del vínculo con suficiente antelación como para que aquél logre ese reacomodamiento sin prescindir de los ingresos que le apareja la vigencia del contrato. No se trata de asegurar al distribuidor una mejor situación contractual, sino la misma que tenía, la que no puede verse abruptamente interrumpida mediante una extinción sin adecuado preaviso.

9. — La pretensión de las actoras de que la indemnización por falta de preaviso en un contrato de distribución se calcule sobre las ganancias brutas no tiene asidero, desde que, como es obvio, si la demandada hubiera cumplido con ese preaviso, ellas hubieran acotado su derecho a continuar con el contrato —tal como se

venía desarrollando— durante el lapso respectivo, sin derecho a retener esas ganancias brutas que fundan el agravio.

10. — La pretensión de las accionadas de obtener el reembolso de las sumas que aducen haber pagado en concepto de indemnizaciones por despido debe rechazarse. No se me escapa que el cese de la actividad empresaria debió haber causado la extinción de los contratos de trabajo pero el distribuidor es un empresario independiente, que asume sus propios riesgos y tiene sus propios costos, principio que no sufre alteración por la circunstancia de que el contrato sea ilegítimamente rescindido.

11. — El largo tiempo de vigencia que tuvo el contrato de distribución permite suponer que las nombradas tuvieron la posibilidad de amortizar lo que habían invertido y, si así no hubiera sucedido, lo cierto es que, de todos modos, no hay ni la más mínima prueba que permita conjeturar cuál sería ese valor aún no amortizado que se encuentra pendiente.

CNCom., sala C, 26/08/2020. - Distribuidora Abril SRL y otros c. Masterfoods Argentina Ltda. Sucursal Argentina y otro s/ ordinario.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/39162/2020]

COSTAS

Las de cada recurso se imponen a su promotor, por haber resultado vencido.

Expediente N° 19.526/2016

2ª Instancia.- Buenos Aires, agosto 26 de 2020.

¿Es arreglada a derecho la sentencia de fs. 679/706?

A la cuestión propuesta la doctora *Villanueva* dijo:

I. La sentencia apelada.

En la sentencia dictada en autos, la señora magistrada de primera instancia hizo lugar parcialmente a la demanda promovida por Distribuidora Abril SRL, Abril Can SRL y Cann SRL contra Masterfoods Argentina Limitada Sucursal Argentina, condenando a esta última a abonar a las primeras la suma de $5.589.405,90, más intereses.

Para así concluir, tuvo por cierto que el contrato de distribución que había sido celebrado entre las sociedades integrantes del grupo accionante y Procter & Gamble Argentina SRL —propietaria de los productos y las marcas comercializados—, había comenzado en el año 2000 y se había mantenido en forma ininterrumpida durante 16 años hasta que, cedidos los activos de esa sociedad a "Masterfoods", ésta había decidido no renovar el último de los contratos suscriptos.

Afirmó que durante ese tiempo la distribución había sido realizada formalmente por distintas personas humanas y jurídicas, pero que todas habían sido parte de una misma relación contractual que se había ido perpetuando en el tiempo y que había ido creciendo año a año, como resultaba del peritaje contable que había sido producido a fs. 1352/2274.

Tuvo presente que durante el año 2000 se había firmado un primer contrato por un año que se renovaba en forma automática y que a partir de los años 2009 y 2013 ese contrato había pasado a tener una vigencia de 3 años, pactándose que ya no se renovaría de ese modo automático, sino que, tras cada vencimiento, las partes deberían celebrar uno nuevo por un nuevo plazo.

Ponderó, además, el contexto dentro del cual esos contratos habían sido celebrados y puso de resalto se había tratado de contratos con cláusulas predispuestas que evidenciaban la preponderancia de "Procter & Gamble" y la imposibilidad de las actoras de negociar, máxime considerando que toda la estructura de éstas dependía de la nombrada, que era su único cliente.

Arribó así a la conclusión ya expuesta acerca de que, aunque formalmente hubieran sido suscriptos sucesivos contratos a los que les hubieran colocado vencimientos distintos, el vínculo entablado había sido de larga duración y por tiempo indeterminado.

Así lo hizo, tras considerar también que, al introducir un plazo de vigencia a un contrato que sustancialmente no lo tenía, la distribuida había desnaturalizado la relación, todo lo cual la condujo a estimar que la decisión de no renovar el último convenio sólo hubiera podido ser regularmente adoptada previo preaviso que considerara el tiempo que la ley actualmente exige para culminar un contrato de duración indeterminada.

Por ello, y teniendo en consideración que el contrato registraba una antigüedad de 16 años, estimó que la notificación cursada con algo más de tres meses de antelación no había sido suficiente, dado que el art. 1508, por remisión a los arts. 1492 y 1493 del Cód. Civ. y Com. de la Nación, establecía la necesidad de otorgar un preaviso de un mes por cada año de vigencia del contrato.

Entendió que esa conducta de la demandada había justificado el derecho de las actoras a resolver el contrato por incumplimiento, de lo que derivó que la acción debía progresar y que, en cambio, la reconvención debía ser rechazada.

Tras ello, ingresó en el tratamiento de los rubros que debían considerarse integrantes de la condena, proporcionando los fundamentos de las conclusiones a las que arribó en cada caso.

En tal sentido, y tras precisar que la indemnización por falta de preaviso debía calcularse en función de los aludidos 16 años, estableció que, a estos efectos, debía atenderse al lucro cesante sufrido por las actoras durante el lapso de ese omitido preaviso, computándose al efecto las "utilidades netas" que ellas habían perdido, puesto que, según explicó, esas utilidades constituían la real ganancia del empresario.

Les reconoció también el derecho a obtener el cobro de una compensación por clientela, explicando las razones por las cuales debían entenderse configuradas en el caso las condiciones previstas en el art. 1497 del código citado y calculando tal compensación en función de las pautas también contempladas en esa norma.

Rechazó, en cambio, la pretensión de las actoras de ser indemnizadas por los gastos que habían tenido que afrontar a raíz de los despidos del personal que habían debido enfrentar a causa del distracto, explicando que aun cuando se admitiera que ellas habían debido abonar indemnizaciones superiores a las que hubieran podido acordar con más tiempo y en un clima más ordenado y pacífico, sólo hubieran podido reclamar aquí esa diferencia, que no había sido probada.

Finalmente, consideró que, para la fecha en que se había resuelto el contrato, no había ya valor alguno a indemnizar por la imposibilidad de amortizar las respectivas inversiones, por lo que rechazó la pretensión de las demandantes de que les fuera reconocida una indemnización con tal sustento.

II. Los recursos.

1. La sentencia fue apelada por todos los contendientes.

Las actoras se agravian, en primer lugar, porque consideran que la indemnización por omisión de preaviso no fue correctamente establecida por la magistrada.

Sostienen que esa indemnización debe calcularse sobre la base de las ganancias brutas que dejaron de percibir o margen entre el precio de compra y el de venta, alegando que, a diferencia de lo que establece el art. 1497 del código citado al ocuparse de la clientela, el art. 1493 no establece que las ganancias a considerar para estimar la indemnización por preaviso deben ser netas, de lo que deducen que la interpretación correcta de la norma no incluye gastos.

En segundo lugar se quejan de que la señora magistrada haya considerado improcedente la indemnización reclamada con sustento en los gastos que tuvieron que afrontar por los despidos del personal, resaltando que el citado art. 1497 no impide reclamar rubros adicionales al que contempla y que, al no haber contado con el preaviso de marras, ellas debieron pagar por ese concepto sumas superiores a las que hubieran podido abonar si hubieran contado con tiempo para negociar con los trabajadores.

Se agravian, asimismo, del rechazo de la indemnización reclamada en concepto de "amortizaciones" alegando que deben serles reembolsados los gastos de mantenimiento de los rodados que refieren, que fueron afrontados por ellas después de la extinción del contrato.

El mismo reclamo efectúan con respecto a cierto auto-elevador adquirido el día 22/03/2012 por $106.769,52 y a los bienes muebles que aducen haber aplicado a la actividad, manifestando que, si bien no se probó el valor de éstos, deberían tomarse a $20.000 por año.

Por último, se agravian de la falta de legitimación activa decidida en la sentencia respecto de Geminaro SRL, considerando que el hecho de que ésta hubiera cedido su posición contractual, no le restó esa legitimación dado que ella también había sido parte del contrato y había adquirido, por ende, derecho a cobrar un proporcional de la indemnización.

2. La demandada, de su lado, solicita que la sentencia sea íntegramente revocada y se rechace la demanda.

Comienza criticando el razonamiento que condujo a la señora magistrada a admitir la "compensación por clientela".

Sostiene que el art. 1497 del Cód. Civ. y Comercial ha sido aplicado en forma retroactiva, dado que toda la relación habida entre las partes —salvo en sus últimos seis meses— tuvo lugar bajo la ley anterior, esto es, cuando la jurisprudencia que cita, en forma pacífica, no reconocía la procedencia de ese rubro.

Expresa que, de todos modos, el mencionado el art. 1497 sólo se aplica al contrato de agencia y que no existe ninguna laguna del derecho que autorice a aplicar tal disposición, por analogía, al contrato de distribución.

Por lo demás, aduce que la admisión de ese rubro implica otorgar a sus adversarias una doble indemnización, toda vez que en el contrato que nos ocupa ya se les habían reconocido retribuciones por incremento en las ventas y en los clientes, de lo que deduce que esa "mayor clientela" ya estaba remunerada y que, de

todos modos, ese incremento no debería justificar ninguna "compensación" adicional, dado que no es sino una consecuencia natural de haber hecho bien el trabajo que se hallaba implícito en el contrato.

Sin perjuicio de ello, afirma que ese incremento en la clientela se produjo en todo el país y no sólo en las zonas a cargo de las actoras, de lo cual deduce que no obedeció a la labor de las demandantes, sino a la calidad del producto y a su publicidad.

En segundo lugar, la demandada critica los argumentos que condujeron a la señora magistrada a soslayar el plazo que tenía el contrato y a estimar que, en cambio, se trataba de un convenio que debía entenderse celebrado por tiempo indeterminado.

Niega que la decisión de las partes de cambiar el sistema de renovación anual automática por uno de duración trianual sujeto a prórroga haya importado de su parte incurrir en abuso y afirma que su parte nunca rescindió tal contrato sino que sólo manifestó su voluntad de no volver a renovarlo, siendo en cambio sus adversarias quienes lo extinguieron de forma intempestiva.

Se queja también del plazo de preaviso estimado en la sentencia, sosteniendo que es equivocado computar a estos efectos un mes por cada año de vigencia del contrato, toda vez que no es lógico pretender que las partes queden vinculadas por 16 meses cuando ya han decidido no renovar su vínculo.

Sostiene que el propósito de un plazo de preaviso es permitir que la parte afectada se readecue en el mercado, lo cual exhibe la inutilidad de ese plazo en este caso, dado que las demandantes nunca pretendieron lograr esa readecuación.

En ese marco, y teniendo en consideración que la decisión de su parte de no proceder a la referida renovación fue notificada a sus contrarias con tres meses de anticipación tal como había sido previsto en el contrato, concluye que la presente causa no es más que una muestra de la mala fe de las nombradas, que aprovecharon la ocasión para pretender enriquecerse por vía de una demanda multimillonaria.

Finalmente, se agravia del modo en que fueron impuestas las costas y del rechazo de la reconvención.

III. La solución.

1. Como surge de la reseña que antecede, las partes están contestes en la configuración de varios de los aspectos que integran la plataforma fáctica de esta litis.

En tal sentido, no es hecho controvertido que ellas celebraron el contrato debatido en autos, por el cual las actoras devinieron distribuidoras de la demandada.

Tampoco lo es que dicho contrato fue resuelto por decisión de las demandantes, adoptada con sustento en el incumplimiento que atribuyeron a su adversaria cuando ésta anunció que no lo renovaría, decisión que aquéllas consideraron ilícita.

Así las cosas, la solución de la causa exige dilucidar si asiste a las actoras razón en este último aspecto, que condiciona, a su vez, la viabilidad de la reconvención que, con sustento en una lectura diversa de lo sucedido, fue articulada por la defendida.

2. Antes de continuar, encuentro relevante destacar que las partes están contestes en cuanto a que este tramo del asunto debe ser resuelto a la luz de las normas incorporadas en el Código que hoy nos rige, que fueron las que aplicó la sentenciante.

La demandada acepta esas reglas, pero entiende que la decisión de su parte de no renovar el convenio no puede ser equiparada a una resolución incausada e intempestiva del vínculo.

A mi juicio, la procedencia de esa queja hubiera requerido que la nombrada desvirtuara los serios fundamentos que condujeron a la magistrada a concluir que, a diferencia de lo pretendido en la defensa, no nos habíamos hallado ante un contrato a plazo, sino ante uno que debía entenderse celebrado por tiempo indeterminado, lo que no ha hecho.

La jueza ponderó, a estos efectos, que los contratantes siempre se habían hallado ante la misma relación, que había ido desarrollándose y creciendo a lo largo de los años.

Tuvo presente que inicialmente el contrato había sido anual y de renovación automática y que, si bien después se había convenido que sería trianual y que ante cada vencimiento las partes debían convenir uno nuevo, restó a esa modificación, por las razones que explicó, eficacia de haber alterado ese aspecto vital de lo que había sido convenido.

Comparto esos fundamentos, a los que me remito para evitar reiteraciones innecesarias.

Nótese, en tal sentido, que la demandada no controvierte que, tal como se explicó en el pronunciamiento, la solución que propicia no corresponde frente a convenios que, sucesivamente renovados, han sido idóneos para crear, en razón de sus circunstancias, un vínculo con perspectivas de continuidad (ver CNCom., Sala B, "Marquinez y Perrota c. Esso", 11/04/1995, ED, 164-42; íd, "Rainly c. Lindsay", 03/09/2007; CNCom., Sala C, "Telecel c. Telecom", 13/02/1998, ED, 181-265).

Sobre esto, nada dice, lo cual es relevante pues, como es claro, importa tanto como aceptar que los

contratantes incursos en esa situación no pueden, so pretexto de un plazo que sólo existe en las formas, cambiar abruptamente su estrategia comercial y defraudar las expectativas del otro, que fundadamente creía que, como había sucedido tantas veces, su contraparte no habría de invocar el vencimiento de ese plazo para irse del contrato sin otorgarle un preaviso adecuado.

Lo expuesto es suficiente para admitir que, al encuadrar el convenio como uno de larga duración cuya extinción exigía ese preaviso, la magistrada otorgó al caso la solución correcta, por lo que el agravio tratado debe ser desestimado.

3. Tampoco encuentro conducentes los demás agravios reseñados. Nótese que, al pronunciarse acerca de cuál debía ser el plazo de preaviso, la magistrada estimó que, como al momento en que se había producido la extinción ya estaba en vigencia el citado código y su art. 1492 establecía que las partes sólo podían prever plazos de preaviso superiores a los establecidos en tal norma, debía concluirse que la estipulación contractual que había fijado un preaviso inferior al legal, había perdido validez.

La nulidad de esa cláusula, sobre la cual la demandada ejerció el derecho que aquí defiende, ha quedado firme y, con ello, el planteo defensivo ha perdido sustento.

Es decir: aceptado por ella que el derecho a irse del contrato no podía ser regido por esa cláusula que la señora jueza estimó inválida y no cuestionado —conducentemente hablando— que el plazo de preaviso que debía ser aplicado al contrato es el que surge del citado art. 1492, no hay argumento que habilite a sostener que ese preaviso haya sido incorrectamente establecido.

En tales condiciones, el recurso sólo exhibe las quejas de la apelante en contra de la ley, esto es, del temperamento que, al fijar ese preaviso del modo en que lo hizo, adoptó el legislador.

Aun cuando se compartieran sus apreciaciones —que, en verdad, comparto—, no encuentro forma de otorgarle la razón, puesto que, como es claro, esa razón sólo podría serle otorgada si la ley cuya vigencia ella misma aceptó, no fuera aplicada, lo cual no es viable dado que la constitucionalidad de esa norma no ha sido cuestionada.

Tampoco encuentro conducente el argumento vinculado a que el plazo señalado hubiera sido inútil en el caso porque las actoras no tenían previsto proceder a ninguna reorganización que justificara otorgarles esa anticipación.

El art. 1492, que regula la cuestión, establece:

"...En los contratos de agencia por tiempo indeterminado, cualquiera de las partes puede ponerle fin con un preaviso..." que "...debe ser de un mes por cada año de vigencia del contrato...".

Se trata, así, de una indemnización "tasada" en función de un solo dato, cual es la duración del convenio, que se aparta de la flexibilidad del temperamento que había sido acuñado por la jurisprudencia antes de que el citado código entrara en vigencia.

Lo que antes se buscaba era la fijación de un "preaviso razonable" que sólo podía estimarse ante el caso concreto, en función de sus circunstancias, entre las que debía evaluarse el plazo de vigencia del convenio, pero que allí no se agotaban.

A tenor del nuevo régimen, sólo hay que atender al tiempo que ha durado el contrato, lo cual podría llevar a concluir que, en ciertos casos, la indemnización por falta de preaviso podría no tener carácter indemnizatorio, pues ha pasado a ser un derecho que nace mecánicamente en cabeza del "rescindido" a la finalización de un contrato de este tipo, sin correlación con los daños que pudieron habérsele evitado si se le hubiera anticipado adecuadamente la decisión de terminar el vínculo.

Se comparta o no la solución legal —que claramente ha priorizado el valor certeza—, lo cierto es que ahora los plazos se fijan en todos los casos del mismo modo y, comparativamente hablando, pueden derivar en preavisos mucho más extensos que los que hubieran sido necesarios para evitar los aludidos daños.

En tal contexto, y aun cuando se admitiera que otorgar un preaviso de 16 meses podría haber sido excesivo e incluso si se aceptara que, tal como sostiene la demandada, las demandantes no han sufrido nada pues no estaba en sus planes reorganizarse, parece claro que la indemnización fue correctamente fijada.

4. Igualmente improcedente encuentro la queja de la demandada vinculada con el reconocimiento de la compensación por clientela.

En rigor, la mayoría de los argumentos expuestos por la recurrente para sostener tal queja fueron objeto de expreso tratamiento en la sentencia apelada, pese a lo cual la nombrada los reitera como si no hubieran sido considerados y, por ende, sin criticarlos.

Ella sostiene, en tal sentido, que la aludida compensación no procede en el contrato de distribución, sin hacerse cargo de que también la magistrada partió de ese argumento, explicando las inimpugnadas razones por las cuales, aun así, ese rubro aquí debía ser reconocido.

Así lo hizo con sustento en que el contrato que nos ocupa no había sido meramente de distribución, sino que había incluido también el de agencia al abarcar actividades de promoción y marketing.

En tal marco, y dado que la quejosa no ha cuestionado este aspecto ni ha siquiera esbozado la posibilidad de que, al encuadrar de ese modo la relación entre las partes, la magistrada se hubiera equivocado, claro resulta que la sola afirmación de que la aludida compensación no procede en el contrato de distribución no es eficaz para demostrar el error que se atribuye al fallo.

5. A la misma conclusión arribó en lo que respecta a la pretensión de que el reconocimiento de ese rubro importó una aplicación retroactiva de la ley.

Nótese, en tal sentido, que la sentenciante puso de resalto que "...ya antes de la sanción del nuevo Código —época en que la jurisprudencia mayoritariamente denegaba esta compensación— se afirmaba su procedencia en ciertos casos...", trayendo a la memoria la doctrina que, según indicó, sostenía su viabilidad con sustento en que la clientela era un efecto del esfuerzo común y continuo de quienes se habían vinculado, pese a lo cual, cuando uno de ellos se separaba, seguía siendo disfrutada por el titular.

Es decir: era un rubro que —como todo lo demás vinculado a este contrato— no había sido regulado y que, aunque la jurisprudencia mayoritaria parecía negarlo, también existían posiciones que sostenían lo contrario.

En tal marco, sostener que la norma fue aplicada en forma retroactiva, no parece exacto, máxime cuando, de todos modos, la demandada ha aceptado la aplicación de la nueva ley para regir todos los aspectos vinculados con la extinción del convenio, entre los cuales debe considerarse incluida la aludida "compensación por clientela".

Y esto, por algo lógico: aunque no se trate de un rubro indemnizatorio, su procedencia antes de esa extinción no tiene sentido, pues sólo después de ésta estaremos ante un "bien" que dejará de ser compartido.

6. Por lo demás, las argumentaciones de la nombrada vinculadas con que ese incremento de la clientela fue producto de un aumento producido en todo el país debido a la calidad del producto, fue expresamente desechado por la juez en términos que tampoco aparecen desvirtuados en la expresión de agravios, en la que la recurrente sólo refiere los elementos de la causa que convienen a su posición, sin criticar la eficacia de los que fueron puntualizados por la magistrada para arribar a esa otra conclusión.

7. Finalmente, tampoco encuentro conducente lo afirmado acerca de que las previsiones del contrato demostrarían que las actoras ya han cobrado la compensación de marras.

Así lo estimo, porque, como es claro, los incentivos por mayores ventas y similares que suelen reconocerse a los distribuidores cuando está vigente el contrato, tienen una finalidad diversa de la que justifica el reconocimiento del rubro que trato; que, fundado en que la actividad anterior del distribuidor habrá de seguir produciendo ventajas al empresario, pretende que éste retribuya a su colaborador por haber logrado ese bien intangible que, a partir de la extinción del vínculo, sólo él seguirá aprovechando.

8. Así las cosas, paso a ocuparme de los agravios que contra la misma sentencia levantaron las demandantes.

Adelanto que, según mi ver, ellos tampoco deben prosperar.

Lo que mediante el plazo de preaviso se tiende a preservar es el derecho del distribuidor a reacomodarse en el mercado, para lo cual su contraparte le debe avisar de la futura extinción del vínculo con suficiente antelación como para que aquél logre ese reacomodamiento sin prescindir de los ingresos que le apareja la vigencia del contrato.

Es decir: no se trata de asegurar al distribuidor una mejor situación contractual, sino la misma que tenía, la que no puede verse abruptamente interrumpida mediante una extinción sin adecuado preaviso.

Desde tal perspectiva, la pretensión de las actoras de que la indemnización respectiva se calcule sobre las ganancias brutas no tiene asidero, desde que, como es obvio, si la demandada hubiera cumplido con ese preaviso, ellas hubieran acotado su derecho a continuar con el contrato —tal como él se venía desarrollando— durante el lapso respectivo, sin derecho a retener esas ganancias brutas que fundan el agravio.

9. A la misma conclusión adversa corresponde arribar en lo que respecta a la pretensión de las nombradas de obtener el reembolso de las sumas que aducen haber pagado en concepto de indemnizaciones por despido.

No se me escapa que el cese de la actividad empresaria debió haber causado la extinción de los contratos de trabajo que vinculaban a las demandantes, desde que, si la relación laboral es uno de los elementos de la empresa, cesada ésta, pierde sentido la continuidad de aquélla.

No obstante, el distribuidor es un empresario independiente, que asume sus propios riesgos y tiene sus propios costos, principio que no sufre alteración por la circunstancia de que el contrato de distribución sea ilegítimamente rescindido.

Esa ruptura contractual fue, sin duda, causa de la privación del lucro que en el pronunciamiento impugnado fue reconocido a las demandantes, reconocimiento ha colocado a éstas en la misma situación que hubieran tenido si el convenio hubiera llegado a buen fin.

Y, si esto último hubiera sucedido, la distribución que tenían a cargo también hubiera cesado, produciendo aquel mismo efecto —cese de relaciones laborales— cuyo costo no podría haber sido reclamado al distribuido.

En ese marco, y toda vez que las actoras tenían pleno conocimiento de que la relación —fuera del plazo que fuera— podía cesar en esos términos, debieron tomar sus previsiones para asumir ellas los costos de tal cese.

Por lo demás, la pretendida diferencia en más que afirman haber pagado por no haber podido negociar con sus ex empleados, no ha sido probada ni puede ser presumida, lo cual justifica su rechazo.

10. También improcedente es la queja vinculada con la desestimación de la indemnización por falta de amortización de los bienes que las actoras adujeron haber aplicado a la actividad de distribución que les había sido encomendada.

No soslayo que el derecho a rescindir un contrato de este tipo presupone que el distribuidor ha podido obtener el retorno de su inversión.

No obstante, lo que las demandantes parecen haber entendido no es eso, sino que el distribuido tiene una suerte de obligación de comprar al distribuidor todos los bienes que éste hubiera aplicado a esa actividad, haciéndose cargo, además, de los gastos de mantenimiento de esos bienes.

Más allá de que esta visión del asunto recién fue así proporcionada en la expresión de agravios y no hay prueba de esos gastos, lo cierto se trata de una posición que carece —por lo menos en esa extensión— de todo respaldo en la ley, en el contrato y en las reglas lógicas que deben entenderse imperantes en las relaciones entre esos dos sujetos independientes, que actúan bajo su propio riesgo y utilizan bienes de su propio patrimonio.

El largo tiempo de vigencia que tuvo el contrato permite suponer que las nombradas tuvieron la posibilidad de amortizar lo que habían invertido y, si así no hubiera sucedido, lo cierto es que, de todos modos, no hay ni la más mínima prueba que permita conjeturar cuál sería ese valor aún no amortizado que se encuentra pendiente.

Esto es así también en lo que respeta al auto-elevador —único bien que, por su fecha de adquisición, podría haberse hallado en aquella situación—; conclusión a la que arribo pues, como se señaló en la sentencia apelada, se trata de un bien que tiene valor de reventa y no sabemos, pues nada se probó, si las nombradas ya lo han vendido, aunque sí podemos suponer, que, si no lo hubieran hecho, podrían hacerlo, de todo lo cual se deriva que la pretensión de obtener el reembolso de su precio sin siquiera haber puesto ese bien a disposición de su contraria, es pretensión cuya admisión conduciría a un enriquecimiento sin causa.

11. A la misma conclusión adversa a las apelantes corresponde arribar en lo que respecta al rechazo de legitimación activa de Geminaro SRL, desde que, como es claro, si esa sociedad cedió su posición contractual del modo en que lo hizo y se desprendió —al menos frente a la demandada— de todos sus derechos, no se advierte a título de qué podría reclamarlos en este juicio.

12. Finalmente, y en lo que respecta a las costas, también encuentro razonable el criterio adoptado en la sentencia, toda vez que si bien es verdad que la demanda no prosperó en su totalidad, sí prosperó en lo sustancial.

Encuentro conducente ponderar, en tal sentido, que la demandada resistió hasta el final la procedencia de la acción, cuya promoción fue necesaria a fin de remover las consecuencias de su proceder ilícito, que, por haber sido lo principal que se juzgó, habilita esa solución.

IV. La solución.

Por lo expuesto, propongo a mi distinguido colega rechazar los recursos articulados y confirmar íntegramente la sentencia apelada. Las costas de cada recurso se imponen a su promotor, por haber resultado vencido (art. 68 del código procesal).

Por análogas razones, el doctor *Machin,* adhiere al voto anterior.

Por los fundamentos del acuerdo que antecede se resuelve: rechazar los recursos articulados y confirmar íntegramente la sentencia apelada. Las costas de cada recurso se imponen a su promotor, por haber resultado vencido (art. 68 del código procesal). Notifíquese por Secretaría. Cúmplase con la comunicación ordenada por el art. 4° de la Acordada de la Excma. Corte Suprema de Justicia de la Nación 15/2013, del 21/05/2013. Oportunamente, devuélvase al Juzgado de primera instancia. Firman los suscriptos por encontrarse vacante la vocalía N° 8 (conf. art. 109 RJN). — *Julia Villanueva. — Eduardo R. Machin.*

Plazo del preaviso en los contratos de distribución en sentido estricto de plazo indeterminado

Un ejemplo a ser seguido en la interpretación judicial del sistema de rescisión unilateral ilícita de los contratos de distribución en sentido amplio del Código Civil y Comercial

Diego Hernán Serebrinsky

Sumario: I. Introducción.— II. El fallo de Cámara.— III. El plazo de preaviso que debe otorgarse para poder rescindir unilateralmente sin causa en forma lícita los contratos de distribución en sentido estricto de plazo indeterminado.— IV. Reconocimiento de la compensación por clientela en el contrato de distribución en sentido estricto. Correcto otorgamiento en el caso.— V. Rechazo del rubro de gastos por indemnizaciones laborales.— VI. Falta de tratamiento del tema de la omisión en el preaviso de la oferta de renegociar de buena fe sin incurrir en abuso del derecho impuesta por el art. 1011, Cód. Civ. y Com.

I. Introducción

Recibimos con aplausos laudatorios el fallo de la sala C de la Cámara Nacional en lo Comercial que a continuación anotamos **(1)**, y si bien no estamos de acuerdo con unas pocas de las soluciones a las que arriba —ya explicaremos nuestros fundamentos para dichas disidencias—, nos causa alegría intelectual que la Cámara Comercial haya tomado la correcta senda respecto a un tema tan trascendente para el derecho de la distribución comercial como lo es el del plazo del preaviso que debe otorgar la parte rescindente en estos contratos, cuando decide hacerlo en una relación de plazo indeterminado y en forma unilateral, para que dicha rescisión no resulte abusiva y, por lo tanto, ilícita.

En especial nos causa satisfacción pues al ser uno de los primeros fallos que se pronuncia sobre el tema específico del preaviso bajo la nueva regulación, lo ha hecho con una claridad tan prístina, y ha aplicado la ley de una forma tan conforme a derecho, que servirá como mojón para los futuros pronunciamientos sobre el tema, que evitarán posibles pronunciamientos *contra legem*, que —como veremos más adelante— son apoyados por alguna doctrina.

Pero el Código Civil y Comercial es absolutamente claro al respecto. La jurisprudencia anterior a la sanción del Código Civil y Comercial que no aplicaba una específica regla para determinar cuál era el lapso que debía ser otor-

(1) Cfr. CNCom., sala C, 26/08/2020, "Distribuidora Abril SRL y otros c. Masterfoods Argentina Ltda. Sucursal Argentina y otro s/ ordinario", expte. 1952/2016, sentencia de primera instancia dictada por el Juzgado Nacional en lo Comercial Nº 18, Secretaría Nº 36.

gado para el preaviso, y que por lo tanto lo iba determinando fallo a fallo según las circunstancias del caso, ha quedado superada por la determinación del legislador. Y ello, más allá de que algunos jueces —como incluso la camarista que redacta el muy buen voto comentado reconoce— estén valorativamente en desacuerdo. La ley es clara, y donde la ley es clara, no corresponde una interpretación que subvierta lo que con claridad dispone, como desde Roma ha quedado grabado en letras de hierro para la teoría de la interpretación de la ley, *in claris non fit interpretatio*: en los contratos de distribución en sentido amplio de plazo indeterminado, si el principal desea rescindirlo unilateralmente sin causa, deberá otorgar a la contraparte un preaviso de un plazo igual a un mes por año de duración de la relación contractual, sin límite alguno. Y ello por más que el contrato haya tenido una duración sumamente prolongada, como es el caso usual en estos tipos de contratos.

Por lo tanto, en este caso, en el que la relación contractual tuvo una duración de 16 años, tanto la jueza de primera instancia como la Cámara Comercial dictaron un fallo ejemplar aplicando el art. 1493 [que resulta aplicable a la distribución en sentido estricto, en virtud del art. 1511, inc. b)], por lo que se dispuso que la demandada actuó en forma ilícita al haber otorgado un preaviso de 3 meses y medio, y se entendió que se le debería haber otorgado un preaviso de 16 meses. Ya ahondaremos sobre las polémicas que este artículo trajo para alguna doctrina, así como también daremos nuestra opinión sobre ellas. Pero permítasenos expresar nuestra satisfacción respecto al fallo anotado, ante tanta jurisprudencia equivocada en casos de derecho de la distribución en sentido amplio. Puede entonces tenerse esperanza de que tanta jurisprudencia errada sobre distintos tópicos del vasto derecho de la distribución pueda comenzar a corregirse y tomar la senda correcta.

También debe saludarse laudatoriamente este fallo al haberse pronunciado sobre uno de los temas que la doctrina comparada considera uno de los más importantes del derecho de la distribución comercial: el de si es aplicable o no la indemnización por clientela del contrato de agencia al contrato de distribución en sentido estricto. Dicho tema es de enorme complejidad. Y si el instituto de la indemnización por clientela fue y es considerado por la doctrina y jurisprudencia europeas como el tema más importante del derecho de la distribución, a su vez, el tópico consistente en si corresponde o no la extensión analógica a la distribución en sentido estricto de dicha indemnización legislada expresamente para el contrato de agencia ha sido extraordinariamente debatida en Alemania, España y otros países europeos. Se ha dicho a su respecto que es una de las cuestiones más polémicas y que mayor trascendencia económica encierra de todo el derecho de la distribución, siendo el debate existente en virtud de este solo igualable al desatado con relación a la discusión de la naturaleza jurídica de la indemnización por clientela **(2)**. Y nuevamente aquí la jueza de primera instancia y la Cámara Comercial disponen correctamente —si bien nosotros hubiéramos incluido fundamentos adicionales a los correctos citados por ambas instancias— y otorgaron dicha indemnización. En el texto, más adelante, damos nuestros fundamentos.

En lo que disentimos tanto con la primera instancia como con la Cámara es en haber rechazado el rubro solicitado por la parte actora para que le sean resarcidos los daños que sufrió por haber tenido que despedir a su personal con causa en la rescisión. En el texto, damos nuestros fundamentos.

Finalmente, entendemos que le asiste razón a la primera instancia y a la Cámara al haber rechazado la pretensión de las actoras de que les sea indemnizado el rubro de amortización de bienes, pues si bien es un rubro reconocido absolutamente en el derecho comparado y aun en la Argentina, en el caso de autos es insostenible creer que un bien no se ha podido amortizar luego de haber transcurrido 16 años. Y si bien el tema de la indemnización de los bienes no amortizados es de relevancia en el derecho de la distribución, no lo trataremos específicamente en la presente nota, por razones de espacio. Corresponde entonces pasar ahora al análisis del fallo, así como a dar nuestra opinión y fundamentos sobre cada uno de los institutos

(2) Cfr. FOTH, Dietmar, "Der Ausgleichsanspruch des Vertragshändlers", Ed. Dunker & Humblot, Berlín, 1985, p. 15, citado por MARTÍNEZ SANZ, Francisco, "La indemnización por clientela en los contratos de agencia y concesión", Ed. Civitas, Madrid, 1998, p. 310, nota 691.

del derecho de la distribución comercial que va abordando a su paso.

II. El fallo de Cámara

II.1. Los hechos

La Cámara rechazó los recursos incoados por ambas partes y confirmó íntegramente la sentencia de primera instancia apelada, imponiendo las costas de cada recurso a su promotor, por haber resultado vencido. Por lo tanto, se hizo lugar parcialmente a la demanda promovida por Distribuidora Abril SRL, Abril Can SRL y Cann SRL **(3)** contra Masterfoods Argentina Limitada Sucursal Argentina, condenando a esta última a abonar a las primeras la suma de $ 5.589.405,90, más intereses desde la resolución del vínculo, lo que sucedió el 31 de enero de 2016 **(4)**.

Según los hechos que se narran en la sentencia de primera instancia, la relación contractual entre las partes comenzó en enero del año 2000 **(5)**, fecha en la cual Haydée S. Germinaro y Edgardo D. Di Renzo (únicos socios y gerentes de las sociedades actoras) comenzaron en forma personal con la distribución de productos de alimentos *premium* para perros y gatos domésticos de las marcas "Eukanuba" e "Iams", que pertenecían a la empresa Iams Argentina SRL. En los primeros meses realizaron ventas en la zona del partido de Saladillo, provincia de Buenos Aires, por 3.800 kg de mercadería, distribuida entre 35 clientes. Siendo que el flujo comercial se iba incrementando, el 31 de marzo de 2000 celebraron, en forma personal, el primer contrato de distribución, no obstante que se lo tituló como contrato de cliente mayorista. Ese contrato escrito tenía una vigencia de un año, no obstante lo cual fue prorrogado tácita y automáticamente, continuando la distribución de los productos aludidos. En el año 2002 también formalizaron un Acuerdo Plan Anual de Negocios, para los años 2002 y 2003, duplicando el volumen mensual.

El 20 de diciembre de 2001 Iams Argentina les comunicó que, a partir del 01 de enero de 2002, cambiaría su razón social por "Procter & Gamble Interamericas LLC", con quien continuaron la comercialización y distribución, en forma ininterrumpida.

Teniendo en cuenta que la actora había crecido grandemente en su volumen distribuido, se amplió su zona de comercialización, según lo que se indica en la sentencia de primera instancia, al norte de la provincia de Buenos Aires, hasta los límites con las provincias de Córdoba, La Pampa y Santa Fe, y en los años 2004-2005 al partido de La Plata. En el año 2008, se volvió ampliar la comercialización de los productos, otorgándoles una nueva zona, en el sur del Gran Buenos Aires, debido a su buena *performance* de ventas. En el mismo año, la demandada les exigió la formación de una sociedad, dando origen a Distribuidora Abril SRL, de la que la Sra. Germinaro era socia gerente, entidad que comenzó a facturar la distribución en la nueva zona en septiembre de 2008.

Como consecuencia del crecimiento que tuvieron los productos de la demandada en la

(3) Durante el presente comentario nos referiremos a las actoras como "la actora" o "las actoras", indistintamente.

(4) Los intereses, la forma de computarlos y la tasa de estos se dispusieron en el consid. IV.e) de la sentencia de primera instancia. En relación con la tasa a aplicar, el fallo de primera instancia —confirmado también en este tema por la Cámara— dispuso que desde que todavía no se ha emitido la reglamentación a la que alude el art. 768, inc. c), del Cód. Civ. y Com., en virtud de las facultades asignadas al Tribunal por los arts. 767 y 771 de dicho Código —que entendió que se aplican al caso de conformidad con lo establecido en los arts. 1º y 2º del Cód. Civ. y Com.—, se utilizará la tasa de uso en el fuero, esto es, aquella que percibe el Banco de la Nación Argentina para operaciones de descuento a treinta días, sin capitalizar.

(5) La relación contractual comenzó con la firma Procter & Gamble como parte distribuida. En el año 2014 hubo una operación jurídica a nivel mundial —que no se describe en el fallo—, en virtud de la cual Procter & Gamble le cedió su posición contractual a Masterfoods Argentina Limitada Sucursal Argentina en muchos contratos, entre los que se encontraba el objeto de autos. Según surge de los fallos de primera y segunda instancia, esta cesión nunca se le habría notificado claramente a las actoras, sino que se les informó sobre un cambio de denominación social. No obstante, por razones de espacio, no trataremos en el texto el tema de la excepción de falta de legitimación opuesta por la demandada, aunque entendemos que ambos fallos trataron correctamente el tópico al rechazarla, por entender que le eran oponibles a la demandada todos los años previos de duración de los contratos que las actoras tuvieron con la parte cedente. Cfr. al respecto el consid. II: "Oponibilidad a Masterfoods de los antecedentes de los últimos dos contratos" de la sentencia de primera instancia.

zona a partir de la actuación de las actoras, recién en diciembre de 2009, Distribuidora Abril SRL y Procter firmaron el primer contrato formal (que, corresponde señalar, era un contrato de adhesión a cláusulas predispuestas) que los designaba distribuidores para la zona sur del Gran Buenos Aires, sin que ello hubiera anulado las anteriores zonas de distribución, que continuaban comercializándose en forma personal y exclusiva por la Sra. Germinaro.

En el año 2011, por requerimiento de Procter, debió formalizarse la distribución en el resto de las zonas a través de otra sociedad —Germinaro SRL—, cuyos únicos socios eran los Sres. Haydée S. Germinaro y Edgardo D. Di Renzo. Luego, en el año 2012 debieron reestructurar las sociedades, como consecuencia de ciertas exigencias del gremio de camioneros que pretendía la afiliación de todos los empleados a su sindicato. Así, con la misma integración, se creó Abril Can SRL en abril de ese año. La estructura que llevaba adelante la distribución para la demandada quedó dispuesta de la siguiente manera: Abril Can SRL se encargaba de la comercialización y distribución de los productos en la zona sur del Gran Buenos Aires, como continuadora de Distribuidora Abril SRL; Germinaro SRL llevaba a cabo la comercialización y facturación del interior de la provincia de Buenos Aires, el partido de La Plata y la provincia de La Pampa, como continuadora de la actividad de la Sra. Germinaro en forma personal, y Distribuidora Abril SRL pasó a asumir la logística de distribución para las otras dos sociedades, siendo sus empleados afiliados al sindicato de camioneros.

También en el año 2012, Procter les exigió a los actores la constitución de un nuevo centro de depósito y distribución dentro de la zona sur del Gran Buenos Aires, de titularidad propia, para constituirlo como garantía de la comercialización y representación. De tal forma, los actores adquirieron en forma personal un depósito a estrenar en el Parque Industrial Canning.

En el año 2013 se firmó un nuevo y último contrato de distribución entre Procter y Abril Can SRL y Germinaro SRL, lo que implicó la continuidad ininterrumpida de la comercialización y la distribución en las zonas desarrolladas.

A su vez, en agosto de 2014 las actoras comenzaron a comercializar los productos de la firma "Masterfoods", sin que se les hubiera comunicado fehacientemente la operación realizada entre Procter y Masterfoods. Sin embargo, según se indica en el fallo de primera instancia, la continuidad de la comercialización, desde que pasó a manos de Masterfoods, sufrió serias distorsiones, inconvenientes y modificaciones. Así, se redujo el *stock* y almacenamiento de mercadería. De 58 productos que se comercializaban y distribuían en el año 2014, en forma discontinuada se entregaron solamente entre 16 y 20 productos totales. Además, se actualizó una sola vez la lista de precios de venta en el año 2015, a pesar del alto grado de inflación imperante en aquella época.

Se continúa indicando en el fallo de primera instancia que durante todo el 2015 las actoras cumplieron todas las obligaciones comerciales asumidas, y nunca tuvieron comunicación alguna de que existiera voluntad de Masterfoods de resolver la relación contractual. No obstante, en el mes de enero de 2016, y sin aviso previo, se les notificó la resolución del contrato comercial de distribución por vencimiento del plazo, dando un preaviso de tres meses y medio, por más que la relación contractual había durado 16 años de actividades ininterrumpidas. Según se describe en el fallo de primera instancia, los actores lograron una importantísima creación de clientela para la marca, ello pues, como allí se explica, habían comenzado con la comercialización de 3.800 kg de productos, con 35 clientes en los primeros meses del año 2000, y en diciembre de 2015 —luego de 16 años de desarrollar la clientela para la marca en los territorios en los que actuaba— habían distribuido 335.000 kg de productos con una cartera de 692 clientes activos, con 20 empleados, 6 vehículos propios, un depósito alquilado y una nave industrial, todo al servicio de la marca, pues, según se indica en el fallo de primera instancia, era la única marca que los actores comercializaban, es decir, solo distribuían productos de la demandada.

Luego se inició un intercambio epistolar en el que las partes sostuvieron cada una los fundamentos que consideraban hacían a sus derechos, hasta que las actoras comunicaron en forma fehaciente a la demandada que rescindían la relación contractual por incumplimiento de aquella.

II.2. La solución dispuesta por la sentencia de Cámara

La Cámara decidió confirmar en un todo la sentencia de primera instancia, por lo que se hizo lugar parcialmente a la demanda, entendiéndose que la demandada había rescindido el contrato mediante un preaviso insuficiente, pues la relación de distribución había durado 16 años, y el preaviso otorgado fue de 3 meses y medio, por lo que se otorgó a las actoras el rubro indemnizatorio de falta de preaviso, disponiendo que este se componga de las utilidades netas mensuales promedio durante el año 2015, multiplicadas por los 16 meses que se debían haber otorgado de preaviso. También se concedió a las actoras el derecho a cobrar una compensación por clientela, por considerar que se daban en el caso las previsiones del art. 1497, que la prevé para la agencia. La Cámara también confirmó el rechazó de la primera instancia del rubro solicitado por las actoras consistente en las indemnizaciones laborales que debieron pagar a los empleados, a los que tuvieron que despedir ante la rescisión contractual, pues la demandada era su único cliente. Finalmente, la Cámara también confirmó el rechazo de la primera instancia del rubro de falta de amortización de inversiones, por considerar que luego de 16 años ya no habría bienes que no se hayan podido amortizar.

El fallo de primera instancia, que la Cámara confirma en un todo, también nos parece de muy buena factura, y contiene muchos aciertos respecto al derecho de la distribución, que iremos señalando a medida que vayamos analizando los distintos aspectos del fallo de Cámara. En especial saludamos las citas de excelente doctrina realizada en el fallo de primera instancia, particularmente las que se hacen del maestro Juan C. Rezzónico, de su inolvidable obra "Principios fundamentales de los contratos" **(6)**. Reconforta que en fallos judiciales se cite sana doctrina. Corresponde entonces que, a continuación, analicemos cada uno de los tópicos que nos parecen de más interés tocados en este fallo para el derecho de la distribución comercial, repasando en cada caso los puntos de vista de la doctrina sobre el tema, así como dando el nuestro sobre cada uno de ellos.

III. El plazo de preaviso que debe otorgarse para poder rescindir unilateralmente sin causa en forma lícita los contratos de distribución en sentido estricto de plazo indeterminado

En el caso anotado, se verificó una forma de formalización de la relación contractual que suele ser bastante usual en el ámbito de la distribución en sentido amplio, cuando se está entre partes con un poder de negociación asimétrico. Hacemos referencia a que, en lugar de pactar formalmente un contrato de plazo indeterminado por escrito, para así dejar constancia de la realidad económica existente entre las partes, se procedió a suscribir un contrato que tenía un plazo de un año, pero que se renovaba automáticamente por otro año, y así sucesivamente, salvo que cualquiera de las partes avisara a la otra su voluntad de no renovarlo con 90 días de anticipación a la fecha de terminación. Surge así el problema de determinar si, en rigor, este contrato de plazo tan corto, renovable en forma anual, sucesivamente, no esconde en verdad un contrato de plazo indeterminado, al efecto de evitar el régimen de orden público establecido para el plazo de otorgamiento de preaviso en caso de rescisión unilateral sin causa. Corresponde entonces, antes de que analicemos la forma en que trató el fallo el plazo de otorgamiento del preaviso, que estudiemos cómo trató el tema de las prórrogas sucesivas automáticas en el contrato de distribución en sentido estricto, y que demos nuestros fundamentos y opinión al respecto. Es lo que hacemos a continuación.

III.1. Los contratos de distribución en sentido estricto con prórrogas automáticas sucesivas como contratos de plazo indeterminado. Los contratos de distribución en sentido estricto encadenados

III.1.a. Duración regular del contrato de distribución en sentido estricto. Aplicación —o no— del plazo mínimo de duración establecido para el contrato de concesión por el art. 1506

Es necesario comenzar este acápite precisando que, por aplicación de las reglas contractua-

(6) El fallo de primera instancia cita esta gran obra en tres oportunidades. Nosotros consideramos la obra de REZZÓNICO, Juna C., "Principios fundamentales de los contratos", Buenos Aires, 1999, una de las más importantes del derecho de los contratos argentino, cuya lectura y relectura tantos momentos felices nos ha deparado. No solo nos parece de una gran profundidad intelectual, sino también nos resulta un placer estético su lectura. De ahí nuestro regocijo intelectual de que la jurisprudencia cite libros como este.

les generales, las partes pueden fijar libremente la duración del contrato de distribución en sentido estricto, inclusive sometiéndolo al cumplimiento de ciertas condiciones, lo cual es frecuente en la práctica. Sin embargo, el art. 1506 del Cód. Civ. y Com. establece reglas especiales y ciertos límites imperativos en materia de duración de los contratos de concesión, debiendo así determinarse en qué medida su contenido es extensible a los contratos de distribución en sentido estricto. Debe recordarse que, por aplicación del art. 1511, inc. b), del Cód. Civ. y Com., resultan aplicables en esta materia las reglas propias del contrato de concesión. Sin embargo, como en otros casos de aplicación de estas normas, es necesario examinar en qué grado se adaptan a los contratos de duración en sentido estricto, pues el art. 1511, inc. b), dispone aplicables las normas de la concesión a la distribución en sentido estricto "en cuanto sean pertinentes". Por lo que es necesaria una labor interpretativa en cada uno de los institutos de la distribución en sentido estricto para verificar si en ese caso concreto le es aplicable o no la reglamentación correspondiente establecida para la concesión comercial.

Una vez recordado esto, corresponde indicar que el citado art. 1506 dispone que el plazo del contrato de concesión no puede ser inferior a cuatro años. Pactado un plazo menor o si el tiempo es indeterminado, se entiende convenido por cuatro años.

Agrega el mismo artículo que, excepcionalmente, si el concedente provee al concesionario el uso de las instalaciones principales suficientes para su desempeño, puede preverse un plazo menor, no inferior a dos años.

A fin de determinar la extensibilidad de estas disposiciones al contrato de distribución en sentido estricto, corresponde analizar cuáles son los motivos subyacentes a sus aspectos imperativos. A ese fin debe observarse, en primer lugar, que el contrato de concesión implica comúnmente fuertes inversiones dirigidas a atender a un concedente determinado. No solo es necesario permitir la amortización de las inversiones así necesarias, sino también evitar que los costos hundidos, así generados, sean utilizados por el concedente para imponer condiciones adversas al concesionario, al acercarse o ser inmediata la finalización del contrato. En segundo lugar, la fijación de una duración mínima para estos contratos permite evitar uno de los elementos típicos de ejercicio del poder asimétrico de negociación —por los motivos antes indicados y por otros vinculados con las dificultades para insertarse en nuevas actividades— en estos contratos, como es la amenaza expresa **(7)** o implícita de dar fin o no renovar la relación contractual.

Estos motivos se presentan también en el contexto de los contratos de distribución en sentido estricto. Sin embargo, el menor grado de vinculación entre proveedor y distribuidor que generalmente se presenta en estos contratos, en comparación con el característico en los contratos de concesión, lleva a que —en general— el poder de negociación —por terminación del contrato— sea menos importante. Ello es particularmente el caso cuando el distribuidor lo es de múltiples proveedores, lo cual solo excepcionalmente sucede en los contratos de concesión, y muy especialmente cuando el distribuidor no tiene una situación de dependencia económica respecto del proveedor, o viceversa **(8)**. Como hemos visto en la descripción de los hechos del caso bajo estudio, no era esa la situación aquí, pues los actores solo distribuían para la marca de la demandada, y tenían a su respecto una situación de dependencia económica, así como, por su parte, en el caso existía poder asimétrico de negociación a favor de la demandada. Por ese motivo es que en los casos de distribución en sentido estricto los jueces deben ir examinando caso por caso la aplicación o no de los dispositi-

(7) Cuando los empresarios advierten a su distribuidor en sentido amplio que deben aceptar los cambios en modificaciones contractuales o comerciales impuestos unilateralmente bajo amenaza de romper la relación contractual, además del acto ilícito civil de abuso del derecho que están perpetrando, también están cometiendo —en concurso ideal— el ilícito de derecho de competencia desleal de obtención indebida de condiciones ventajosas bajo amenaza de ruptura de la relación comercial dispuesto por el dec. 274/2019 de Competencia Desleal, en su art. 10, inc. e). Cfr. nuestro estudio sobre dicho tipo de competencia desleal en SEREBRINSKY, Diego H., "Obtención indebida de condiciones ventajosas bajo amenaza de ruptura de la relación comercial", en DEL PINO, M. — CHAMATROPULOS, D. A. (dirs.), *Competencia desleal*, Buenos Aires, 2019, ps. 171 y ss.

(8) Cfr. el art. 1503 del Cód. Civ. y Com.

vos normativos de la concesión. En este caso, no hay duda de que corresponde su aplicación, por los fundamentos recién descriptos.

Por otra parte, es relativamente común en los contratos de distribución en sentido estricto —no así en los de concesión— que se los acuerde para atender necesidades inmediatas y pasajeras; por ejemplo, una empresa que desea realizar una campaña promocional para un nuevo producto puede desear instrumentar una red nacional para llevar a cabo, durante un período limitado, una distribución especialmente intensa y localizada del producto. En tal caso, los contratos de distribución que se celebren solo tienen sentido y posible contenido durante el término de duración de la campaña. También son relevantes las excepciones previstas en el art. 1516 del Cód. Civ. y Com., respecto de la aplicación de la duración mínima establecida en el art. 1506 del mismo Código en el marco de los contratos de franquicia, tratándose de situaciones especiales como ferias, congresos y otras actividades de duración breve.

En virtud de estas particularidades y de las diferencias que en esta materia existen respecto del contrato de concesión, a nuestro entender la solución en el tema del plazo mínimo de 4 años en la distribución en sentido estricto debería ser la siguiente. El art. 1506 será aplicable a los contratos de distribución en sentido estricto, pero las partes podrán pactar un término inferior, siempre que demuestren que existen condiciones especiales —como las descriptas en el párrafo precedente— que justifiquen ese término más reducido. La carga de la prueba estará a cargo de quien pretenda dar efectividad y validez a la cláusula que prevea una duración inferior a la que surge del art. 1506.

También sería aplicable el último párrafo del citado art. 1506, en cuanto dispone que la continuación de la relación, después de vencido el plazo determinado por el contrato o por la ley, sin especificarse antes el nuevo plazo, lo transforma en contrato por tiempo indeterminado. Esto es también conforme con inveterada jurisprudencia argentina que así lo dispuso —antes del Código Civil y Comercial— para los contratos de distribución en sentido estricto **(9)**.

III.1.b. Prolongación de los contratos de distribución en sentido estricto. Prórrogas automáticas. Contratos encadenados o contratos sucesivos

El contrato de distribución en sentido estricto que ha sido pactado para durar un tiempo determinado se extingue por el mero acaecimiento de la fecha de vencimiento **(10)**. Por lo tanto, llegada la fecha del término sumada a la no continuación de la ejecución del contrato, se produce su extinción en virtud de la ley, sin necesidad de que ninguna de las partes preavise a la otra sobre el evento de la finalización. No obstante, problemas de gran interés surgen en relación con la extinción del contrato de distribución en sentido estricto por tiempo determinado: ellos son los correspondientes a los efectos de las prórrogas automáticas y los efectos de los contratos sucesivos. Es lo que se estudia a continuación.

Al respecto, a diferencia de lo que se dispone para la agencia, el tercer párrafo del art. 1506 establece que la continuación de la relación después de vencido el plazo determinado por el contrato o por la ley, sin especificarse antes el nuevo plazo, lo transforma en contrato por tiempo indeterminado. Es decir que, si el contrato se pactó de plazo determinado y antes de su vencimiento se prorroga, estableciéndose un nuevo plazo, aquel no se consideraría de plazo indeterminado, en principio —como veremos a continuación—. Esta es la solución *de lege lata*, pero no estamos de acuerdo con ella, pues da lugar a los mismos abusos que se buscaron evitar legislando el tema para la figura de la agencia. Por tal motivo, el juzgador deberá vigilar especialmente que las sucesivas prórrogas o suscripción de contratos sucesivos no hayan, en verdad, encubierto un contrato de plazo indeterminado, como mecanismo buscado por

(9) Cfr. la descripción de esta jurisprudencia anterior al Código Civil y Comercial y el análisis que hacemos de ella en CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo — SEREBRINSKY, Diego H., "Derecho de la distribución comercial", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2019, ps. 809 a 816.

(10) Siempre que el caso concreto no se trate de un distribuidor con poder de negociación asimétrico y en situación de dependencia económica para con el fabricante, en cuyo caso corresponde que se aplique el mínimo legal de duración de cuatro años dispuesto por el art. 1506.

el fabricante para evitar las indemnizaciones de orden público dispuestas para el caso de incumplimiento del plazo de preaviso. En ese caso se deberá declarar la nulidad de dicha forma de establecer los plazos, y entender que se está ante un contrato de distribución de plazo indeterminado.

Corresponde determinar las soluciones a dar a dos problemas que se verifican en la práctica negocial, no solo argentina, sino también en el derecho comparado. Nos referimos a los supuestos en los que las partes pactan en la distribución en sentido estricto cláusulas de prórroga automática en sus contratos, así como los casos en que las partes van celebrando sucesivos contratos por tiempo determinado, por el mismo objeto y sin cambios comerciales relevantes, es decir, el problema de los contratos encadenados en la distribución en sentido estricto.

III.1.c. Prolongación de la relación contractual por aplicación de prórrogas automáticas. Prolongación de la relación contractual por medio de suscripción de contratos sucesivos (contratos encadenados)

En aplicación de la autonomía de la voluntad, las partes pueden pactar opciones de prórroga automática en los contratos de distribución en sentido estricto, que generalmente se estructuran determinando un plazo relativamente corto **(11)** (p. ej., un año o dos), plazo que se renovará automáticamente a su expiración si ninguna de las partes manifiesta a la otra su voluntad en el sentido de no renovarlo. No es tan frecuente que las partes se impongan un número determinado de prórrogas que pueden sucederse. En ambos casos —tanto si establecen un número determinado de prórrogas que pueden sucederse como si no lo establecen—, entendemos que el juzgador deberá ser sumamente cuidadoso al estudiar los hechos del caso para determinar y descubrir si en rigor esas prórrogas sucesivas no consistieron en verdad en una forma de evitar el régimen legal en materia de duración de la distribución en sentido estricto, por lo que en ese caso el contrato debe considerarse de plazo indeterminado, ya que el distribuidor no tiene seguridad respecto del verdadero lapso de tiempo que durará el contrato, con las implicancias que ello implica para su negocio.

También puede darse otra forma en virtud de la cual se evadirían las prescripciones obligatorias sobre preaviso en los contratos de concesión por plazo indeterminado. Hacemos referencia a los supuestos denominados por la doctrina del derecho comparado como contratos encadenados (denominados por la doctrina alemana como *Kettenverträge*). En estos casos, a un contrato de plazo determinado le sucede otro formalmente distinto, aunque igual en su contenido o con diferencias irrelevantes y con el mismo objeto. En este caso, aunque los plazos determinados no sean cortos, se estará ante un supuesto de transformación de contrato determinado en un contrato con plazo indeterminado, solución que exige el principio protectorio del concesionario y su aplicación en un marco de examen de la realidad económica. Por otro lado, el art. 1506 establece que la continuación de la relación de concesión con posterioridad al vencimiento de un contrato con plazo determinado lo transforma en un contrato por tiempo indeterminado. Esta disposición es también la solución legal para el contrato de agencia. Por lo tanto, en caso de que las partes continúen ejecutando sus obligaciones luego de ocurrida la finalización del plazo determinado, el contrato de concesión se convertirá automáticamente al momento exacto de la finalización temporal, y *ministerio legis*, en un contrato de concesión por tiempo indeterminado. Por aplicación al caso del art. 1511, inc. b), esa debe ser también la solución legal aplicable al caso del contrato de distribución en sentido estricto donde la parte fabricante tiene gran poder de negociación asimétrico respecto al distribuidor.

Ambos fenómenos ocurrieron en el caso que anotamos. Y el fallo de primera instancia y el de Cámara resolvieron conforme a derecho al respecto, como se verá inmediatamente. Surge de los hechos que la relación contractual entre las partes se originó en el año 2000, y que los sucesivos contratos que se suscribieron lo fueron de la siguiente forma:

(11) Obviamente, el primer tramo de la relación debe durar obligatoriamente cuatro años, por aplicación de la primera parte del art. 1506, si por las circunstancias del caso concreto surge que el distribuidor tenía un poder de negociación asimétrico y existía una situación de dependencia económica respecto del fabricante (como, por ejemplo, si el distribuidor solo distribuye los productos del fabricante).

En un primer momento, se suscribió un contrato llamado "con cliente mayorista" con una duración de un año, que se renovaba automáticamente por idéntico período, salvo que cualquiera de las partes notificara a la otra su intención de no renovarlo con una anticipación de 90 días.

Desde el 31 de marzo del año 2000 hasta el 15 de diciembre del año 2009 el contrato fue renovado sucesiva y automáticamente de conformidad con las estipulaciones mencionadas.

El 15 de diciembre de 2009 se suscribe un contrato por 3 años aplicable a uno de los territorios de distribución (el sur del Gran Buenos Aires), que establece expresamente que solo se puede renovar por escrito **(12)**. Para las otras zonas y territorios continuó rigiendo el sistema de contrato anual prorrogable automáticamente al vencimiento.

Para abril de 2012, fecha de vencimiento de dicho contrato, se celebran dos nuevos contratos que se instrumentaron también a partir de sendas propuestas de la fabricante, aceptadas por dos sociedades actoras el día 15 de abril de 2013 **(13)**. Los dos contratos contenían idénticas cláusulas en cuanto a su vigencia, a saber: 36 meses de duración, pudiendo ser renovados únicamente mediante acuerdo por escrito.

Finalmente, el 30 de diciembre de 2015, Masterfoods notificó a Cann SRL y a Abril Can SRL que no renovaría los contratos a su vencimiento, por lo que la vigencia de aquellos finiquitaba el 14 de abril de 2016.

Vemos entonces que en el fallo de Cámara se tuvo por correctos los fundamentos de primera instancia respecto a por qué la relación contractual debía considerarse como de plazo indeterminado, remitiendo a aquel. En ese sentido, el fallo de primera instancia entendió que el hecho de que se hayan suscripto 9 contratos anuales los primeros 9 años, y luego dos contratos de 3 años cada uno, enmascaraban en rigor un contrato de plazo indeterminado. Agregó además un fuerte fundamento: la existencia en los contratos de 3 años de duración de una cláusula a favor de la fabricante que le permitía rescindir unilateralmente sin causa con 120 días de preaviso previo. La jueza —correctamente— razonó que una cláusula de rescisión unilateral no hace falta en un contrato de plazo determinado, pues ninguna de las partes puede rescindirlo, sino que debe soportar el transcurso del plazo pactado, salvo, por supuesto, su derecho a resolverlo por incumplimiento o por alguna otra de las causas por las que procede la resolución. Adicionalmente, entendió correctamente que debía tomarse en cuenta, para interpretar que en verdad se estaba ante un contrato de plazo indeterminado, el hecho de que la contratación había sido por adhesión a cláusulas predispuestas, y que la demandada era la que había predispuesto los textos en todas las oportunidades. Adicionó además la jueza de primera instancia —también correctamente— que también debía tenerse en cuenta para dicha interpretación el mayor poder de negociación absolutamente asimétrico de la demandada respecto a la actora, así como el hecho de que la actora estaba en situación de dependencia económica respecto de aquella —si bien la primera instancia no la denomina técnicamente así, lo refiere correctamente al indicar que la actora solo desempeñaba distribución para la demandada—. Todos estos

(12) Asimismo, surge del fallo de primera instancia que en este contrato de diciembre de 2009 se pactó que la falta de renovación del contrato a su vencimiento, por cualquier causa que fuera, no daría derecho a indemnización alguna a ninguna de las partes (cláusula 16), y que, independientemente de los casos de incumplimiento, la fabricante podría rescindir el contrato sin expresión de causa, bastando para ello con una notificación fehaciente al distribuidor con 120 días de anticipación, preaviso que la distribuidora declaraba que resultaba adecuado y suficiente para reacomodar su negocio, renunciando expresamente, entonces, a reclamar daños y perjuicios por la rescisión anticipada. Estas cláusulas son todas nulas, en aplicación del art. 988 del Cód. Civ. y Com., que establece los efectos de las cláusulas abusivas en los contratos por adhesión a cláusulas predispuestas, como era este caso, y más aún teniendo en cuenta que se trataba de un supuesto de distribuidor de marca única y con dependencia económica del fabricante.

(13) Ambos contratos contenían idénticas cláusulas en cuanto a su vigencia, a saber: 36 meses de duración, pudiendo ser renovados únicamente mediante acuerdo por escrito (cláusula 1.1), con la posibilidad de Procter de resolver el contrato unilateralmente con o sin motivo antes de su vencimiento, dando a la distribuidora un preaviso de 120 días, con las mismas declaraciones y renuncias que ya estaban establecidas en el contrato del año 2009 suscripto con Distribuidora Abril SRL.

fundamentos hacen correcta la interpretación de que la mera sucesión de contratos anuales y contratos sucesivos al final lo fue al solo efecto formal; por lo tanto, nunca se trató de una relación con plazos determinados, sino de una relación de plazo indeterminado. Resolvieron aquí la jueza de primera instancia y la Cámara con absoluta corrección y conforme a derecho.

III.2. El plazo de preaviso a otorgar en una relación contractual de distribución comercial en sentido estricto de plazo indeterminado de 16 años de duración

III.2.a. La sentencia decidió correctamente al entender que el plazo de preaviso a otorgar en el caso debería haber sido de 16 meses

Vimos precedentemente que, en el caso, correctamente ambas instancias entendieron estar ante un contrato de distribución en sentido estricto de plazo indeterminado, pues el hecho de que se hayan suscripto 9 contratos de un año de duración en los primeros nueve años, y dos contratos trianuales los últimos seis años, no era otra cosa que dar plazo indeterminado a lo que solo formalmente la parte con poder asimétrico de negociación quiso dar como plazo determinado. Por lo tanto, al extinguirse el contrato bajo el nuevo Código Civil y Comercial, la Cámara entendió que era aplicable a dicha extinción el sistema de rescisión unilateral sin causa para los contratos de plazo indeterminado establecido por los arts. 1492 y 1493.

Lo decidido respecto al tema de la duración del preaviso es uno de los dos temas que nos parece más importante destacar del fallo (el otro consiste en lo que señalaremos en el tema del otorgamiento de la indemnización por clientela). Es que, con total corrección, la Cámara aplica el art. 1493 a los fines de establecer cuál debería haber sido el plazo de preaviso que debería haber otorgado la demandada, considerando que el que efectuó era ilegal, por no cumplir con el art. 1493. Y, justamente, la Cámara aplica tal cual lo que ordena dicho artículo: que se compute para dicho plazo un término que sea igual a un mes por cada año de duración de la relación contractual, sin límite superior. Así, habiendo durado la relación 16 años, la Cámara entendió —correctamente— que era procedente establecer un plazo de preaviso de 16 meses. Es decir, un mes por cada año de duración de la relación contractual, sin ningún tipo de límite superior.

Vemos aquí que lo más importante es lo que —correctamente— la Cámara y la primera instancia no hicieron, en el sentido de que no colocaron un límite al número de meses que debían ser computados, como entiende alguna doctrina, con la que disentimos, como ya veremos más adelante. Por eso, entendemos que este fallo servirá de sano precedente para el derecho de la distribución argentino en cuanto a la forma en que debe computarse el plazo de los preavisos en los contratos de plazo indeterminado: un mes por cada año de duración de la relación, sin límite alguno a la cantidad de meses que dé ese resultado. Corresponde reproducir lo que correctamente dispone al respecto la Cámara, por su corrección teórica y legal, en especial los párrafos que destacamos:

"... Es decir: aceptado por ella [por la demandada] que el derecho a irse del contrato no podía ser regido por esa cláusula que la señora jueza estimó inválida y no cuestionado —conducentemente hablando— que el plazo de preaviso que debía ser aplicado al contrato es el que surge del citado art. 1492, no hay argumento que habilite a sostener que ese preaviso haya sido incorrectamente establecido.

"En tales condiciones, el recurso solo exhibe las quejas de la apelante en contra de la ley, esto es, del temperamento que, al fijar ese preaviso del modo en que lo hizo, adoptó el legislador.

"Aun cuando se compartieran sus apreciaciones —que, en verdad, comparto—, no encuentro forma de otorgarle la razón, puesto que, como es claro, esa razón solo podría serle otorgada si la ley cuya vigencia ella misma aceptó, no fuera aplicada, lo cual no es viable dado que la constitucionalidad de esa norma no ha sido cuestionada.

"Tampoco encuentro conducente el argumento vinculado a que el plazo señalado hubiera sido inútil en el caso porque las actoras no tenían previsto proceder a ninguna reorganización que justificara otorgarles esa anticipación.

"El art. 1492, que regula la cuestión, establece:"'... En los contratos de agencia por tiempo

indeterminado, cualquiera de las partes puede ponerle fin con un preaviso...' que '... debe ser de un mes por cada año de vigencia del contrato...'.

"Se trata, así, de una indemnización 'tasada' en función de un solo dato, cual es la duración del convenio, que se aparta de la flexibilidad del temperamento que había sido acuñado por la jurisprudencia antes de que el citado Código *entrara en vigor.*

"Lo que antes se buscaba era la fijación de un 'preaviso razonable' que solo podía estimarse ante el caso concreto, en función de sus circunstancias, entre las que debía evaluarse el plazo de vigencia del convenio, pero que allí no se agotaban.

"A tenor del nuevo régimen, solo hay que atender al tiempo que ha durado el contrato, lo cual podría llevar a concluir que, en ciertos casos, la indemnización por falta de preaviso podría no tener carácter indemnizatorio, pues ha pasado a ser un derecho que nace mecánicamente en cabeza del 'rescindido' a la finalización de un contrato de este tipo, sin correlación con los daños que pudieron habérsele evitado si se le hubiera anticipado adecuadamente la decisión de terminar el vínculo.

"Se comparta o no la solución legal —que claramente ha priorizado el valor certeza—, lo cierto es que ahora los plazos se fijan en todos los casos del mismo modo y, comparativamente hablando, pueden derivar en preavisos mucho más extensos que los que hubieran sido necesarios para evitar los aludidos daños.

"En tal contexto, y aun cuando se admitiera que otorgar un preaviso de 16 meses podría haber sido excesivo e incluso si se aceptara que, tal como sostiene la demandada, las demandantes no han sufrido nada pues no estaba en sus planes reorganizarse, parece claro que la indemnización fue correctamente fijada".

Una vez que hemos explicado la forma en que falló la Cámara respecto a este tema, así como hemos dado nuestra opinión laudatoria sobre ella, entendemos que corresponde que demos nuestra opinión y fundamentos sobre el tema de la regulación del plazo del preaviso en los contratos de distribución en sentido amplio de plazo indeterminado. Es lo que hacemos a continuación.

III.2.b. Sistema y regulación del plazo de otorgamiento de preaviso en la rescisión unilateral sin causa en los contratos de distribución en sentido amplio de plazo indeterminado en el Código Civil y Comercial

La regulación del plazo del preaviso en el contrato de agencia es una de las mayores innovaciones introducidas por el Código Civil y Comercial, que nosotros consideramos coloca a nuestra reglamentación de la agencia en un verdadero lugar de avanzada en el concierto del derecho comparado que regula la figura. Es que siempre hemos considerado que el plazo máximo de seis meses del preaviso dispuesto por la mayoría de las legislaciones europeas no tenía fundamento axiológico alguno, así como tampoco apoyatura en el análisis económico del derecho, siendo, además, una disposición que lesiona gravemente los intereses del agente, solo entendible por las presiones políticas que los grupos de interés llevaron adelante para su consagración legislativa, en especial al dictarse la directiva europea. Pero este error conceptual, metodológico y valorativo ha sido subsanado por el legislador argentino en una forma absolutamente novedosa, y que no existía hasta el día de hoy en el derecho comparado. Por el reenvío del art. 1511, inc. b), se aplican al contrato de distribución en sentido estricto las normas del contrato de concesión, en cuanto sean pertinentes. Por su parte, el art. 1508, inc. a), dispone que a la concesión comercial por tiempo indeterminado se le aplican los arts. 1492 y 1493, que son la columna vertebral del instituto del preaviso en el contrato de agencia. Por lo tanto, corresponde estudiar el régimen establecido por los arts. 1492 y 1493 para los contratos de agencia por plazo indeterminado respecto a cuál debe ser el plazo de preaviso a otorgar en la rescisión unilateral sin causa de estos efectuada por la parte rescindente, pues es el que resulta aplicable a los casos de distribución en sentido estricto.

En este sentido, el art. 1492, en su segundo párrafo, establece que el plazo del preaviso debe ser de un mes por cada año de vigencia del contrato. Como se puede comprobar de su sola lectura, el dispositivo legal no ha colocado límite alguno al período temporal del preaviso.

Por lo tanto, a partir de la entrada en vigor del Código Civil y Comercial, el plazo de preaviso para rescindir anticipadamente en forma unilateral sin causa un contrato de distribución en sentido estricto de plazo indeterminado será igual al resultante de calcular un mes por cada año en que estuvo vigente el contrato, sin límite alguno. Esto significa que, si una relación de distribución en sentido estricto ha durado cinco años, deberá otorgarse un plazo de cinco meses de preaviso, y si una relación de distribución en sentido estricto ha durado veinte años, deberá otorgarse un plazo de veinte meses. No hay ninguna excepción a esta regla dispuesta por el Código Civil y Comercial. Por eso es que el fallo en comentario adquiere la importancia que venimos destacando, porque deja aclarada, blanco sobre negro, esta regla legal.

Sin embargo, la doctrina argentina no ha saludado en algunos casos en forma laudatoria esta solución —como sí lo hacemos nosotros—. Existen autores que consideran irrazonable esta disposición y entienden que los jueces deberían establecer límites al plazo de preaviso, límites que —destacamos— no existen en el derecho positivo vigente aplicable. Así, el gran jurista Pablo Heredia **(14)**, al tratar el tema de la inexistencia de límite al preaviso impuesto por el art. 1492, escribe al respecto: "Fácilmente se colige que el cumplimiento a rajatabla de lo anterior puede conducir a resultados desorbitados ya que, en rigor, la suficiencia del preaviso no se relaciona con la duración del contrato de agencia. En efecto, como lo ha destacado la jurisprudencia con innegable racionalidad, los meses por los que debe ser formalizado el preaviso no se corresponden con exactitud numérica, ni con el número de años por el que se extendió la relación ni con el número de meses faltantes para concluir el período contractual, sino que el plazo de preaviso debe ser aquel que se estime suficiente para permitir la reinserción o reacomodamiento del agente a la nueva situación creada". Luego, en apoyatura de su posición, cita Heredia algunas decisiones pretorianas vinculadas a la fijación de los plazos de preaviso: "Es por ello mismo que, *mutatis mutandis*, en materia de contratos de comercialización, la jurisprudencia juzgó suficiente un preaviso de 12 meses para concluir un contrato que había durado 60 años **(15)**; en uno de 47 años, validó un preaviso de 18 meses **(16)**; también de 18 meses para un contrato vigente por 40 años **(17)**; 6 meses para un contrato de 30 años **(18)**; 10 meses con relación a un contrato que perduró 25 años **(19)**; 12 meses para un contrato de 24 años de vigencia **(20)**; etcétera". Luego de la cita ejemplificativa de la tendencia de la Cámara Comercial de no aplicar alguna herramienta objetiva que brinde seguridad jurídica, sino de resolver en cada caso según la aplicación de un criterio distinto, Heredia indica que, al respecto, "... la jurisprudencia nunca avaló la idea de que a cada año de vigencia contractual le correspondía mecánicamente un mes de preaviso". Esta proposición de Heredia es verdadera, pues refleja un hecho empíricamente verificable, pero, decimos nosotros, no significa ni convierte a lo sostenido en dicha jurisprudencia por la Cámara en correcto desde el punto de vista de la teoría jurídica ni de la aplicación de los altos principios protectorios que había y hay en juego.

Luego Heredia precisa que la aplicación del art. 1492, en sus términos literales, ocasionará un absurdo que, además, incitará a comportamientos abusivos, dando por ejemplo que en un contrato de agencia que duró 60 años, el preaviso exigible sería de 60 meses, o sea, 5 años. Tomando en consideración este posible resultado de que un contrato de 60 años implicaría un preaviso de 5 años, Heredia entiende que la aplicación del art. 1492, Cód. Civ. y Com., "...

(14) Todas las citas de Heredia que se hacen en adelante para el presente apartado se encuentran en HEREDIA, Pablo D., "El contrato de agencia en el Código Civil y Comercial de la Nación", RCCyC 2016-1, cap. XVI: "Extinción del contrato de agencia por tiempo indeterminado: la cuestión del preaviso", ps. 15 y 16.

(15) Citando Heredia aquí CNCom., sala C, 17/03/2006, "Org. Gómez Páez SRL c. L'Oreal Argentina SA".

(16) Citando Heredia aquí CNCom., sala D, 22/05/2001, "José Moranderia c. Nobleza Piccardo SA".

(17) Citando Heredia aquí CNCom., sala D, 13/09/2009, "Donati Hnos. SA c. Renault de Argentina".

(18) Citando Heredia aquí CNCom., sala B, 04/12/2003, "Pandeb SA c. Massalin Particulares SA".

(19) Citando Heredia aquí CNCom., sala B, 22/12/2009, "Automotores Valsecchic c. Autolatina SA".

(20) Citando Heredia aquí CNCom., sala B, 10/06/2004, "Godicer SA c. Cervecería Quilmes SA".

deberá matizarse a la luz de lo que es razonable para cada caso en particular". Luego de los fundamentos dados por Heredia, el gran jurista llega a la siguiente conclusión: "En otras palabras, el preaviso extintivo exigido por la indicada norma debe ser 'razonable' en el sentido de suficiente para que el otro contratante pueda tomar todas las medidas necesarias para evitar los perjuicios que le ocasionaría una ruptura brusca, v.gr., la búsqueda de un nuevo contratante o de una ocupación que sustituya la anterior; terminación de negocios pendientes; etc. Y esa suficiencia, obviamente, puede reputarse lograda aun con un preaviso *que no respete la literalidad del citado art. 1492. Es que, si bien no cabe prescindir de las palabras de la ley, tampoco corresponde atenerse rigurosamente a ellas, cuando la interpretación razonable y sistemática así lo requiere* **(21)**. *Cabiendo recordar, además, que por encima de lo que las leyes parecen decir literalmente, es propio indagar lo que ellas dicen jurídicamente* **(22)**, *para arribar a resultados valiosos* **(23)**" (el destacado es nuestro).

Como conclusión de su análisis del tema, para la interpretación y aplicación del art. 1492 Heredia propone: "Al respecto, para medir el preaviso razonablemente exigible, habrá que atender al caso concreto, teniendo en cuenta la naturaleza del contrato y ponderando solamente los intereses que sean dignos de protección. Pueden distinguirse, en su caso, dos situaciones: la primera, cuando el agente cuenta con una verdadera organización empresarial; y la segunda, cuando se trata de agente cuya organización está reducida a lo esencial y que opera prevalentemente con trabajo personal. En este orden de ideas, la mayor duración del contrato suele ser reflejo, en una gran mayoría de los casos, de una fuerte integración y dependencia de las partes, y por ello de exigibilidad de un período de preaviso más amplio. Toda esta materia, en fin, está sometida al principio de la buena fe dominante en toda la contratación mercantil y que resultaría violado por el ejercicio de un derecho en forma abusiva".

Considerando que nosotros recibimos en forma laudatoria la novedad legislativa introducida en el art. 1492 **(24)**, disentimos con los fundamentos y las conclusiones a las que arriba el autor citado. En primer lugar, y a nivel de la teoría jurídica, el hecho de que la jurisprudencia haya sostenido una posición por largo tiempo no la torna correcta por ese solo hecho; lo que la hace correcta es que aplique la ley positiva, de tal forma que su aplicación e interpretación se haya realizado en un todo de acuerdo mediante deducciones sometidas al control de la lógica ordinaria y la lógica deóntica, así como que todas sus asunciones se hayan hecho conforme al respeto del orden de valoración y crítica extralógica en los puntos que así corresponda, que sus proposiciones y razonamientos tengan coherencia interna, que no contenga ambigüedades, aporías y paralogismos y que cumpla con el rigor impuesto por la axiomatización que vertebra todo razonamiento jurídico en aplicación —inevitable por imperio constitucional del principio de razonabilidad— de la teoría jurídica **(25)**. En primer lugar, debe recordarse que el legislador puede legislar sobre una cuestión determinada que no estaba legislada hasta ese momento, y puede hacerlo de forma contraria a lo sostenido por la jurisprudencia, siempre que en el acto legislativo respete las reglas procedimentales constitucionales y las leyes no sean en su contenido inconstitucionales. Debe siempre tenerse presente el viejo adagio en virtud del cual se hace alusión a que una sola decisión del legislador puede dejar absolutamente desactualizada y sin valor bibliotecas enteras. En segundo lugar, nosotros no acordamos con la metodología seguida por dicha jurisprudencia al respecto, por las razones que hemos dado más arriba y a las que remitimos, razón adicional por

(21) Citando Heredia aquí CS, Fallos 303:612; 311:2751; 312:1614; 315:38; 319:879.

(22) Citando Heredia aquí CS, Fallos 303:1708; 308:1664; 318:676.

(23) Citando Heredia aquí CS, Fallos 311:254; 312:111 y 1614.

(24) Nuestro acuerdo con la solución legislativa ya lo habíamos dado en SEREBRINSKY, Diego, "Agencia comercial e indemnización por clientela. Correcta enmienda a su tratamiento por la jurisprudencia bajo el Código Civil derogado", LA LEY del 15/11/2016, p. 6; LA LEY 2016-F, 262, y RCyS 2017-III, 65.

(25) Cfr., por todos los autores, la fundamental obra de FERRAJOLI, Luigi, "*Principia iuris*. Teoría del derecho y de la democracia", Ed. Trotta, Madrid, 2011, vol. 1. Sobre la interpretación de la ley y sus métodos, cfr., por todos, VERNENGO, Roberto J., "Curso de teoría general del derecho", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1986, especialmente ps. 404 a 417.

la que acordamos con la solución legal dispuesta por el Código Civil y Comercial.

Tampoco estamos de acuerdo con el razonamiento en virtud del cual no debe estarse a la literalidad del art. 1492 "... cuando la interpretación razonable y sistemática así lo requiere [c] abiendo recordar, además, que por encima de lo que las leyes parecen decir literalmente, es propio indagar lo que ellas dicen jurídicamente, para arribar a resultados valiosos". Mediante este razonamiento, el intérprete se pone en condiciones de no aplicar la ley positiva, y hacerle decir a la ley lo que la ley no dice, en aplicación de lo que el intérprete considere como "resultados valiosos". Nosotros tenemos otra idea de la interpretación de las leyes positivas por los jueces, en virtud de la cual ellos se ven obligados primero por el texto de la ley, y solo en el caso en que su texto no sea claro o se presenten lagunas, pueden proceder —siguiendo la estructura del razonamiento deductivo y sobre los carriles de la aplicación de la lógica ordinaria y la lógica deóntica— a la integración de dicha oscuridad o laguna con otros posibles preceptos del ordenamiento jurídico. Por ello, disentimos con la conclusión de Heredia, pues arroja como resultado el desconocimiento de la inexistencia del límite temporal al cálculo del preaviso, y una propuesta a juzgar como si el art. 1492 no estuviera escrito. En cuanto a su indicación de que la falta de límite podría dar lugar a abusos por parte del agente, en todo caso el abuso del agente vendría dado si él ejerciera el derecho dispuesto por el art 1492 de una forma en virtud de la cual contraríe los fines del ordenamiento jurídico o que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres; pero ello no puede decretarse en forma previa y abstracta, pues con ese criterio absolutamente todas las normas que establecen derechos son susceptibles de ser ejercidas en forma abusiva, por ello no coincidimos con el mencionado fundamento.

Finalmente, en cuanto al ejemplo que utiliza Heredia para descalificar la solución dispuesta por el art. 1492, según la cual si un contrato de agencia tuvo una duración de 60 años, sería un absurdo, nosotros entendemos que, incluso en un caso tan extremo e inusual como el de un contrato de agencia que haya durado 60 años, debe aplicarse el art. 1492 y, por lo tanto, exigirse un preaviso de 60 meses, siendo ello absolutamente armónico con los bienes jurídicos protegidos por dicha norma —la protección del agente contra posibles abusos del empresario y, en este caso, la protección del distribuidor en sentido estricto que suscribió un contrato de adhesión y que solo distribuye artículos del fabricante— y con la regla universalmente admitida en el derecho de la distribución comercial según la cual, a mayor tiempo de duración del contrato, mayor debe ser el plazo de preaviso. En el ejemplo que da Heredia, nos parece valorativamente adecuado y conforme al principio de justicia conmutativa que en una relación tan extensa de más de medio siglo se le dé al agente —o al distribuidor en sentido estricto— un gran período de tiempo de preaviso, como 5 años, a fin de que pueda readecuar su funcionamiento al radical cambio empresario al que se ve comprometido luego de tan prolongada relación de más de medio siglo. A mayor abundamiento, creemos que estos casos serán los menos, siendo las relaciones de agente y/o de distribución en sentido estricto que conocerán los tribunales de plazos más o menos normales, que podrán ir entre los 3 y los 30 años. En conclusión, por los fundamentos que hemos dado, entendemos que no es aplicable la conclusión de Heredia, según la cual no debe aplicarse la falta de un límite temporal al cálculo del preaviso dispuesta por el art. 1492, por lo que sostenemos que se debe aplicar absolutamente en todos los casos el art. 1492, sin importar la cantidad de años que haya durado la relación contractual.

Tampoco está de acuerdo Di Chiazza **(26)** con la falta de límite al cálculo del preaviso impuesta por el art. 1492. Este autor, si bien estudia en su artículo las normas del Código Civil y Comercial aplicables a los contratos de distribución propiamente dichos y a la concesión, trata el tema del art. 1492, por el reenvío que para la concesión y la distribución efectúa el art. 1508. No está de acuerdo con la inexistencia de límite al cálculo del preaviso dispuesta por el art. 1492, y como fundamentos centrales de su oposición

(26) Todas las citas de Di Chiazza que se harán en adelante en el presente apartado se encuentran en DI CHIAZZA, Iván, "Contratos de concesión y distribución en el Proyecto de Código Civil y Comercial unificado", *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 2014-2, acápite 2.2.1: "El artículo 1492", ps. 274-275.

sostiene dos proposiciones. En primer lugar, indica que la solución legal dispone en forma contraria a lo que venía resolviendo la jurisprudencia respecto de la forma de establecer el plazo del preaviso, manifestando —con razón— que las pautas jurisprudenciales "resultan borradas de manera absoluta". Además, precisa que la jurisprudencia "ha sabido, con errores y aciertos, marcar las pautas generales reconociendo la dificultad (por no decir imposibilidad) de uniformar el criterio debido a la variedad de situaciones y particularidades que se presentan en cada contrato de concesión y distribución". Como segundo fundamento, Di Chiazza sostiene que "... no puede pasar desapercibido el costo de elevar tan drásticamente el plazo del preaviso, ello se hace evidente al intentar imaginar un concedente [su proposición sobre la concesión es extensible a la distribución en sentido estricto en virtud del art. 1511, inc. b)], que resulte impasible ante tamaña previsión legal. Esta norma (...) termina jugando en su contra [en contra del distribuidor]. El pretendido efecto es contraproducente. Como todo exceso reglamentarista que se propicia en un ámbito, el contractual, en el que rige, en principio, la autonomía negocial de las partes. Es lógico suponer que el concedente, como agente económicamente racional, no permanecerá impávido y formulará normas contractuales que limitarán el plazo de preaviso en cuestión. La cuestión es cómo se supone que reaccionarán los tribunales ante una norma contractual que disponga, por ejemplo, que se computará un mes por cada año de relación con un límite máximo de manera similar a cómo lo establecía, por ejemplo, el artículo del Proyecto de 1998 (dicha norma [...] disponía de un límite de seis meses)". Luego, a continuación de su opinión sobre la última parte del art. 1492 que establece que las partes podrán establecer mayores plazos de preaviso, Di Chiazza hace una observación que parecería aplicarse tanto a la última parte del art. 1492 como a la disposición sobre la inexistencia de límite para calcular el preaviso, respecto a que en estos temas "no existen motivaciones que trascienden de los intereses particulares y privados de las partes (...). No faltarán las opiniones que prioricen el texto legal e imaginen que allí se encuentra comprometido el orden público o, al menos, una imperatividad que tiñe de indisponibilidad a las normas en cuestión. Incluso, ya nos imaginamos posiciones que consideren que la parte final del art. 1492 que habilita a incrementar los plazos, a contrario estaría prohibiendo su reducción. Sin embargo, lo acordado por las partes aun cuando contradigan abiertamente lo previsto en el art. 1492 en el entendimiento de que dicha norma, al igual que el resto de las previsiones contractuales, son normas supletorias, funcionales y operativas, pura y exclusivamente ante la ausencia de previsión contractual expresa de las partes". Como valoración final, luego de sus fundamentos, Di Chiazza escribe: "A nuestro criterio la norma proyectada atrasa cuatro décadas de desarrollo jurisprudencial y abre la puerta para ingresar en discusiones inútiles e inexistentes, hoy, en nuestro derecho". Dado que lo que propone dicho autor como conclusión es considerar la disposición del art. 1492 en cuanto a que no existe un límite temporal para el cálculo del plazo del preaviso como derecho disponible entre las partes, nosotros disentimos de su conclusión y fundamentos.

En cuanto a sus fundamentos, respecto de que el art. 1492 se opone a lo que la jurisprudencia venía sosteniendo sobre el tema, se aplica lo que dijimos al analizar más arriba la posición de Heredia. En cuanto a los comentarios de Di Chiazza, cuando se pronuncia laudatoriamente sobre la forma en que la jurisprudencia ha tratado el tema, reconoce como valor a alcanzar el determinar la uniformidad para aplicar un "... criterio en razón de la variedad de situaciones y particularidades que se presentan en cada contrato...". Justamente, la solución del art. 1492 aplica un criterio uniforme a todos los contratos de distribución en sentido estricto: no habrá límite para el cálculo del plazo del preaviso. Se trata de la clásica situación en que la jurisprudencia, por su origen disperso, no puede crear criterios temporales precisos y de aplicación previsible, como sí puede hacerlo la legislación.

En cuanto a los fundamentos que da Di Chiazza para sostener que el límite del art. 1492 puede ser dejado sin efecto entre las partes, estamos en contra, y entendemos que son *contra legem*; ello por las siguientes consideraciones. En primer lugar, no es correcto que la totalidad de las disposiciones de la parte general y de la parte especial de los contratos del Código Civil y Comercial sean derecho supletorio, y que solo sean en su totalidad aplicables exclusivamente ante

la ausencia de previsión contractual expresa de las partes. Una afirmación así —de aceptarse— arrojaría como consecuencia considerar que la totalidad de las normas de la parte general y de la parte especial del Código Civil y Comercial respecto del derecho de los contratos son disponibles y, por lo tanto, derogables entre las partes. Esta interpretación no es la que emana de la ley. Ello, pues el art. 962 no solo se compone de la oración que indica: "[L]as normas legales relativas a los contratos son supletorias de la voluntad de las partes...", sino que a continuación, luego de una coma, la ley dispone en otra oración: "... a menos que de su modo de expresión, de su contenido, o de su contexto, resulte su carácter indisponible". Por lo tanto, es misión de los jueces y de la doctrina desentrañar los casos en que un concreto instituto regulado por el Código Civil y Comercial en sus partes general y especial de los contratos es dispositivo o imperativo. En caso de ser imperativo, las partes no pueden derogar la norma, en aplicación de la prelación normativa dispuesta por el art. 963 del mismo cuerpo legal, que coloca en el primer lugar de la pirámide del orden de aplicación a las normas imperativas **(27)**. Respecto de la opinión de Di Chiazza por la cual en el instituto del plazo del preaviso no está interesado el orden público, sino que se trata solo de un asunto que no trasciende los intereses privados de las partes, ya hemos explicado en otro lugar **(28)** los motivos por los que el plazo del preaviso es imperativo y de orden público, por lo que no coincidimos con esa opinión. Todo el régimen legal del contrato de agencia presenta una función tuitiva que quedaría totalmente desvirtuada si se pudiera imponer contractualmente el abandono de la protección mínima que otorga al agente. Y dicha función tuitiva se aplica también al distribuidor en sentido estricto que suscribió un contrato de adhesión y tuvo poder asimétrico de negociación.

Tampoco parecería estar de acuerdo con lo dispuesto por el art. 1492 respecto de la falta de límite en la cuantía del plazo del preaviso Gregorini Clusellas, quien, al comentar un fallo sobre rescisión intempestiva de un contrato de distribución, explica el tema de la aplicación del art. 1492 luego de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial diciendo: "Respecto de la solución al aplicar la ley vigente, partiendo del reconocimiento del preaviso establecido por el art. 1492, Cód. Civ. y Com., por remisión surge el plazo de preaviso de un mes por año de antigüedad, que no tiene techo legal establecido y que, en el caso de autos, la referencia es una relación de duración superior a los cuarenta años. Si la indemnización sustitutiva del preaviso resultase excesiva a criterio del juez, podría recurrir a la facultad morigeradora del art. 1742 del Cód. Civ. y Com. y a la expresión 'en cuanto sean pertinentes' contenida en la norma de remisión contenida en el art. 1511, inc. b), del Cód. Civ. y Com. En síntesis, pensamos que la solución del fallo *sub examine* habría sido similar a la adoptada para el caso aplicando el Código vigente desde agosto de 2015, con una ampliación de la indemnización sustitutiva del preaviso extintivo, según las circunstancias del caso. Dicha ampliación, si aplicase literalmente los términos del art. 1492, sería realmente significativa y debería derivar necesariamente en indemnización sustitutiva por cierto elevada, pues el preaviso en la práctica, a ser efectuado con cuarenta o más meses de antelación que corresponden a los años de relación, sería inimaginable" **(29)**. Por las razones dadas en los párrafos anteriores, no acordamos con los fundamentos y la conclusión de Gregorini Clusellas respecto de no considerar escrita la falta de límite al plazo de preaviso. En adición, entendemos que no es aplicable al caso la facultad de morigeración dispuesta en el art. 1742, pues entre sus presupuestos no se encuentra el de poder ser utilizada para interpretar una ley, sino que hace a la morigeración de la indemnización por otras razones, distintas a lo que una ley disponga en forma expresa **(30)**.

(27) Art. 963: "*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".

(28) Cfr. CABANELLAS, Guillermo — SEREBRINSKY, Diego, "Derecho de la distribución comercial", ob. cit. apart. 1.20 del cap. III, ps. 460 y ss.

(29) GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo L., "La ruptura intempestiva en la distribución comercial. Su situación antes y después del Código Civil y Comercial", LA LEY 2018-C, 419 y ss.

(30) Art. 1742: "*Atenuación de la responsabilidad*. El juez, al fijar la indemnización, puede atenuarla si es equitativo en función del patrimonio del deudor, la situación

Nosotros entendemos que la disposición del art. 1492 que establece que no hay límite para el cálculo del plazo del preaviso es indisponible, por así surgir de su redacción —que no deja interpretación posible a que sea tomado como derecho disponible—, así como también del contexto en el que está inserto. En este sentido, luego de que en el primer párrafo del art. 1492 se establece que en el contrato de agencia por plazo indeterminado cualquiera de las partes puede ponerle fin con un preaviso, de inmediato, en el segundo párrafo, dispone: "[E]l plazo del preaviso *debe* ser de un mes por cada año de vigencia del contrato" (el énfasis es nuestro). La palabra "debe", utilizada en esta proposición, solo puede ser comprendida como la conjugación adecuada a aquella del verbo transitivo "deber". En este tren de análisis, la primera acepción de dicho verbo transitivo en el *Diccionario* de la Real Academia Española dispone que significa: "1. tr. Estar obligado a algo por la ley divina, natural o positiva. U. t. c. prnl. Deberse a la patria". La utilización del verbo transitivo "debe" tiene la consecuencia de dotar a la cláusula proposicional a la que está calificando de un contenido de obligatoriedad. De allí que la interpretación única que procede darle al plazo del preaviso exigido por el art. 1492 es que es imperativa. De todo ello resulta que en cualquier caso en que un preponente quiera rescindir unilateralmente sin causa un contrato de distribución en sentido estricto de plazo indeterminado está obligado a efectuar un preaviso que será igual a un mes por cada año de vigencia de la relación, sin límite alguno, cualquiera sea la duración del preaviso resultante.

III.2.c. Consecuencias de la omisión del preaviso. Indemnización de las ganancias que el distribuidor hubiera obtenido en el período de tiempo que hubiera correspondido que se le otorgue preaviso. Sobre si corresponde indemnizar las ganancias netas o las ganancias brutas

Otra vez una solución introducida por el derecho privado argentino es novedosa y merece palabras laudatorias. Es que ni en la directiva comunitaria ni en la ley alemana ni en la ley española se dispone expresamente la consecuencia de la omisión del preaviso **(31)**. Por tal motivo, la legislación argentina en este tópico marcará, seguramente, caminos a seguir por las futuras legislaciones. Así, como toda norma jurídica imperativa, la que dispone la carga del preaviso impone a su vez una sanción para su incumplimiento o cumplimiento defectuoso. El art. 1493 ordena que en los casos del art. 1492, la omisión del preaviso otorga, a la otra parte, derecho a la indemnización por las ganancias dejadas de percibir en el período. Debe comentarse que la consecuencia legal descripta no se aplica solo a la falta de ausencia total de preaviso, sino también a todos los casos en los que la notificación por parte del empresario no resulta apta para comunicar al agente la decisión de la extinción de la relación contractual en el plazo y conforme a las modalidades que debe tener el preaviso. Por lo tanto, el incumplimiento de la obligación de hacer que constituye la de realizar el preaviso puede derivar tanto de la ineptitud del medio empleado como por la falta de alguno de los requisitos esenciales para que la comunicación pueda ser considerada un preaviso **(32)**.

Resulta claro de la norma que el rubro indemnizatorio que se imputa a la omisión del preaviso debe indemnizar las ganancias que el distribuidor hubiera obtenido, calculadas sobre todo el período temporal de preaviso que hubiera correspondido otorgarle por parte del empresario. En cuanto a qué tipos de ganancias son las que deben considerarse a los efectos del cálculo, debe considerarse si ello debe serlo sobre las ganancias brutas —es decir, las ganancias sin descontar impuestos y gastos— o sobre las ganancias netas —es decir, las ganancias que quedan una vez descontados los impuestos y gastos—. La jurisprudencia argentina ha entendido, en general, que correspondía utilizar como base del cálculo las ganancias netas **(33)**. En el fallo

personal de la víctima y las circunstancias del hecho. Esta facultad no es aplicable en caso de dolo del responsable".

(31) Aunque nada dicen las leyes sobre las consecuencias de la omisión, la doctrina y la jurisprudencia alemana y española otorgan como consecuencias patrimoniales la obligación de indemnizar al agente ante dicha omisión. Por todos, consultar MARTÍNEZ SANZ, Francisco, "La indemnización por clientela...", ob. cit., ps. 423 y ss.

(32) LARA GONZÁLEZ, Rafael, "Las causas de extinción del contrato de agencia", Ed. Civitas, Madrid, 1998, p. 201.

(33) Así lo entiende también SÁNCHEZ HERRERO, Andrés, "Rescisión unilateral de los contratos", La Ley,

anotado, se ha continuado este derrotero y se ha dispuesto que el número a tener en cuenta a los efectos de ser multiplicado por el número de meses debía ser el de las ganancias netas de gastos e impuestos. Nosotros no encontramos fundamentos de peso para haberse inclinado por las ganancias netas. Concordamos más con la solución que se aplicó en uno de los más importantes y meditados fallos del derecho de la distribución argentino **(34)**, y que —injustamente— no adquirió en el foro el grado de *leading case*, si bien para nosotros lo es. Nos referimos a la sentencia dictada por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala B, en los autos caratulados "Cilam SA c. Ika Renault SA" **(35)**, constituido por el voto del Dr. Morandi, al que adhirieron los otros dos camaristas. Más allá de lo preclaro de los fundamentos de Morandi en casi todos los tópicos que trató en su largo y fundado voto, que hemos examinado en detalle en otra obra **(36)**, al estudiar el contrato de concesión, queremos subrayar que no es baladí que sea uno de los pocos fallos argentinos en un contrato de distribución en sentido amplio —en el caso se trataba de una concesión comercial— que calculó el rubro omisión del preaviso sobre las ganancias brutas. Por lo tanto, bien pueden los fallos futuros que traten el tema comenzar a aplicar lo sostenido en "Cilam" al respecto.

Por otro lado, no puede aplicarse a este tema lo dispuesto por el tercer párrafo del art. 1497, en el sentido de que dispone que las ganancias a tener en cuenta para calcular la compensación por clientela deben ser sobre las netas. Ello, pues la compensación o indemnización por clientela es un instituto compensatorio especial fijado por la ley a favor del agente, que este percibe en cualquier caso ante la extinción del contrato, siendo que la indemnización por omisión de preaviso se percibirá solo en aquellas extinciones del contrato imputables al empresario.

La posición que sostenemos encuentra apoyo en el principio general, incluido en el art. 1740 del Cód. Civ. y Com., de la reparación plena. Cuando se omite el preaviso, no solo se priva al agente de la posibilidad de obtener ciertos ingresos netos, mediante su reacomodamiento empresario, sino que, durante el previsible período de reinserción al que se ve enfrentado el agente, deberá incurrir en gastos derivados de su estructura productiva. Estos no desaparecen por la mera extinción del primer contrato. Mirando el mismo fenómeno desde otra perspectiva, el distribuidor privado del período de preaviso no solo no habrá podido encontrar un nuevo empresario que lo contrate —con la consiguiente pérdida de ingresos—, sino que tendrá que cargar con los costos propios de su estructura productiva, hasta tanto logre su reinserción como distribuidor. De allí que no deba considerarse arbitrario o casual que el art. 1492 se refiera a las "ganancias" para el cálculo de la indemnización por omisión del preaviso, sin acotarlas o calificarlas.

La cifra a multiplicar por el número de meses que debería haberse preavisado debería ponde-

Buenos Aires, 2018, ps. 418 a 420. Como fundamento, Sánchez Herrero explica que, ante la ruptura del contrato, el contratante que no rescindió dejará de incurrir en los costos que la ejecución del contrato demandaba; por lo tanto, si se le resarciese la facturación bruta, este obtendría un enriquecimiento sin causa. Disentimos con el distinguido jurista, pues entendemos que no se trata de un caso de enriquecimiento sin causa, sino solo de escoger un parámetro por el cual multiplicar la cantidad de meses que tenía que haber existido de preaviso, y que, como se expone en el texto, refleja lo que será el impacto normal y previsible del incumplimiento de la obligación de preavisar.

(34) En el caso se decidió sobre el contrato de concesión comercial, si bien muchas de las enseñanzas del fallo se aplican al resto de contratos de distribución en sentido amplio (la agencia, la distribución en sentido estricto y la franquicia comercial), como explicamos en CABANELLAS, Guillermo — SEREBRINSKY, Diego, "Derecho de la distribución comercial", ob. cit., en especial analizamos el fallo "Cilam" en las ps. 670 a 677.

(35) CNCom., sala B, 14/03/1983, "Cilam, SA c. Ika Renault SA", LL AR/JUR/694/1983; ver, en especial, el apart. 49 del voto de Morandi, en donde concluye que debe tomarse como base para el cálculo las ganancias brutas: "Considero correcta tal pauta interpretativa para determinar el monto de la indemnización en concepto de 'lucro cesante', y, consistente en tomar las 'utilidades brutas' de Cilam SA, si se hubiesen cumplido los objetivos de venta fijados al otorgarse la concesión, teniendo en cuenta las sucesivas variaciones de los precios de venta de los autos fabricados por Ika-Renault SA, y, según la alternativa que se singulariza con la letra 'B' por los peritos a fs. 3386/3406".

(36) Cfr. CABANELLAS, Guillermo — SEREBRINSKY, Diego, "Derecho de la distribución comercial", ob. cit., ps. 670 a 677.

rarse teniendo en cuenta la media de las remuneraciones en un período razonable, tal como la propia duración del contrato o los cinco años establecidos con respecto a la indemnización por clientela **(37)**, cuando el art. 1497, tercer párrafo, indica que debe promediarse el valor de las ganancias percibidas por el agente durante los últimos cinco años, o durante todo el período de duración del contrato, si este es inferior **(38)**.

Por supuesto, el hecho de que el art. 1492 ordene que la consecuencia de la omisión del preaviso es la indemnización de las ganancias dejadas de percibir durante ese plazo, es decir, el lucro cesante, no implica que en la correspondiente demanda el distribuidor en sentido estricto no pueda pretender la indemnización integral de todos los daños y perjuicios adicionales que la falta de preaviso le ocasionó, los que podrá solicitar como rubro separado en concepto de daño directo **(39)**; y ello, sin perjuicio de su derecho a reclamar los daños y perjuicios que el empresario le haya causado en virtud de otras conductas suyas distintas de la omisión del preaviso, durante la ejecución de la relación contractual. Así se ha procedido en el fallo anotado, y aunque se le otorgó al distribuidor la indemnización por falta de preaviso, también se le concedió otro rubro indemnizatorio distinto (la indemnización por clientela).

(37) En el correcto sentido, cfr. VÁZQUEZ ALBERT, Daniel, "Las indemnizaciones derivadas de la extinción de los contratos de agencia y concesión", *Revista Jurídica de Catalunya*, 2006-1, ps. 61 y ss., y 1006-2, ps. 57 y ss.

(38) Di Chiazza parecería inclinarse por la aplicación sobre las ganancias netas, con fundamento en que así lo ha venido concediendo la jurisprudencia. Ver la jurisprudencia que cita DI CHIAZZA, Iván, "Contratos de concesión y distribución en el Proyecto de Código Civil y Comercial unificado", ob. cit., p. 277, especialmente en la nota 67.

(39) Di Chiazza está en contra de la posición que sostenemos en el texto, y entiende que no procede la indemnización por los daños efectivamente producidos. Lo que ocurre es que no debe confundirse el daño específico que indemniza el monto imputado a preaviso, que es la ganancia no percibida, con los restantes daños que el empresario le haya causado al distribuidor, incluyendo los daños directos, que, si bien no integran el rubro preaviso, por supuesto que integrarán otros rubros diferentes de la indemnización, pues rige el principio de la indemnización integral por parte de quien ocasionó los daños.

IV. Reconocimiento de la compensación por clientela en el contrato de distribución en sentido estricto. Correcto otorgamiento en el caso

Nuevamente, el fallo anotado decide correctamente una cuestión de una trascendencia enorme en el derecho de la distribución comercial: si corresponde o no extender la indemnización o compensación por clientela a los otros contratos de distribución en sentido amplio y, en el caso, si corresponde hacerlo al de distribución en sentido estricto. Y con absoluta corrección la Cámara confirma lo decidido en primera instancia al respecto, y hace lugar a lo solicitado por las actoras, otorgándole la indemnización por clientela. Si bien todos los fundamentos de primera y segunda instancia por los cuales se otorga la compensación por clientela en el caso son correctos, queremos especialmente destacar que la Cámara indica que dicha compensación procedía tanto si se aplica al caso el Código Civil y Comercial como si se aplicara el régimen anterior. Bien recuerda la Cámara que, si bien bajo el Código Civil la jurisprudencia en general rechazaba el rubro, también era verdad que en algunos casos lo concedió. Correctamente, la Cámara precisa que correspondía en el caso el otorgamiento de dicha indemnización por clientela, pues a la extinción del contrato objeto del expediente corresponde que se retribuya al distribuidor por su actividad anterior, que continuará produciendo ventajas al empresario, pues solo él seguirá aprovechando ese bien intangible —la clientela— que el distribuidor colaboró determinantemente en desarrollar. Siendo el tópico de si corresponde extender la indemnización por clientela establecida a favor del agente al resto de los contratos de distribución uno de los más importantes del derecho de la distribución comercial, a continuación damos nuestra opinión y fundamentos sobre el tema. Previamente haremos una breve reseña de los conceptos fundamentales de la compensación por clientela del agente, así como de su naturaleza jurídica, elementos que se necesita conocer para luego dar una opinión sobre la procedencia de su extensión al resto de las figuras de distribución, en especial a la distribución en sentido estricto.

IV.1. Introducción. La indemnización o com-

pensación por clientela a favor del agente en el art. 1497

El tema que estudiaremos en el presente apartado es considerado por la doctrina del derecho de la distribución comercial comparada, en forma unánime, el más importante en el estudio del contrato de agencia. Autores de la talla de Klause J. Hopt han calificado a este tema como "la norma más importante del derecho de la agencia, tanto en la praxis como en la jurisprudencia" **(40)**. En cuanto a los autores de habla hispana, Francisco Martínez Sanz, autor de la obra más importante sobre la indemnización por clientela en el contrato de agencia en idioma castellano, la califica como "el nudo gordiano" del régimen jurídico del contrato de agencia **(41)**. Esta compensación por clientela no requiere como causa un acto ilícito del empresario, sino que se le otorga al agente a la terminación del contrato de agencia cualquiera sea la causa de la finalización, sea esta lícita o ilícita **(42)**.

En la etapa actual de evolución del derecho de la distribución comercial occidental, puede sostenerse válidamente que, en la mayoría de los derechos positivos de base continental, con aprobación de su doctrina y jurisprudencia, se dispone una indemnización o compensación **(43)** por clientela a favor del agente comercial al momento de la extinción del contrato, cualquiera sea la causa de la terminación, salvo que esta sea imputable al propio agente. La compensación es procedente sin necesidad de que concurra dolo o culpa del empresario, por el solo hecho de la finalización de la relación. Es decir que la indemnización por clientela se otorga al agente tanto si la relación contractual finaliza por el solo vencimiento de su plazo, sin que exista conflicto alguno entre las partes, como si finaliza por cualquiera de los otros supuestos de extinción enlistados en los arts. 1494 y 1496, así como si finaliza por extinción ilícita por culpa del empresario, sea por su rescisión unilateral anticipada ilegal, o por haberlo resuelto el agente, con causa en incumplimientos del empresario.

Sin embargo, aunque dicha compensación por clientela era reconocida por las leyes de muchos países europeos, así como por su jurisprudencia y doctrina, la jurisprudencia de la Cámara Comercial argentina —salvo pocas excepciones— rechazaba —antes del Código Civil y Comercial— el otorgamiento de dicho rubro solicitado por los agentes en las demandas que entablaban contra sus comitentes a los fines de ser indemnizados por los daños y perjuicios que la rescisión culpable del contrato les había causado. Las pocas veces que se ha concedido, se otorgó no como indemnización por clientela en el sentido en que la conoce el derecho de la distribución comparado, sino como integrante de un rubro mayor que la incluiría, que se denominaba "valor llave". En rigor, el "valor llave" es un elemento más propio de los contratos de transferencia de fondo de comercio, de locación comercial o de concesión privada para la explotación de bares o restaurantes, que del contrato de agencia. Resulta por ello inexplicable la razón por la que, sin embargo, la Cámara Comercial rechazaba consuetudinariamente —la mayoría de las veces— la procedencia de la indemnización por clientela: es que la doctrina y la jurisprudencia alemana y española que ella en ocasiones seguía para algunas de las cuestiones relacionadas con el contrato de agencia, cuando se trataba de la cuestión de la compen-

(40) HOPT, Klause J., "Handelsvertreterrecht...", comentario al art. 89b, Rn1, del HGB, cit. por MARTÍNEZ SANZ, Francisco, "La indemnización por clientela...", ob. cit., p. 59.

(41) MARTÍNEZ SANZ, Francisco, "La indemnización por clientela...", ob. cit., p. 59.

(42) Esta consideración es unánime en la doctrina. Cfr., por todos, VÁZQUEZ ALBERT, Daniel, "La terminación de los contratos de distribución", en VÁZQUEZ ALBERT, Daniel (dir.), *Los contratos de distribución comercial*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 175.

(43) Durante el presente apartado utilizamos indistintamente los términos "indemnización por clientela" y "compensación por clientela", sin que ello signifique que entendemos que su naturaleza jurídica es compensatoria o indemnizatoria. Es que, como explicaremos más adelante, nosotros entendemos que se trata de un *tertius genus*: es una compensación dispuesta por el legislador a los fines protectorios de la posición disminuida del agente, pero considerando que la doctrina comparada la denomina unas veces "indemnización" y otras "compensación", entendemos que ambos términos han ganado carta de ciudadanía en el derecho de la distribución, y los usaremos indistintamente, sin que signifique que entendamos que —en cuanto a su naturaleza jurídica— es una indemnización.

sación por clientela, no era ni siquiera tratada por la Cámara, que persistía en su denegación.

Por ello, se debe otorgar el mérito doctrinario a Lorenzetti de haber sido uno de los primeros autores argentinos (lo hizo ya en la edición de 1999 de su "Tratado de los contratos") en dar un tratamiento por separado —sin que sea tratado como un "valor llave"—, sistematizado y orgánico de este instituto. También Lorenzetti fue uno de los primeros autores en sostener que en el derecho argentino era procedente la compensación por clientela en todos los contratos de distribución **(44)**, no solo en el contrato de agencia **(45)** (recordemos que trata el tema en una "parte general" aplicable a todos los contratos de distribución).

El tema de la indemnización por clientela en el contrato de agencia es inabarcable, tanto por la cantidad de sentencias existentes en los países europeos que la han legislado, como por la cantidad de obras monográficas y artículos que la doctrina ha dedicado al tema. No podemos, por ello, hacer un estudio detallado de ella aquí, por lo que daremos un breve panorama sobre sus aspectos fundamentales **(46)**. Si bien cronológicamente el primer país que legisló la indemnización por clientela a favor del agente fue Austria **(47)**, al que le siguió Suiza **(48)**, fue Alemania la que lo hizo de tal forma que luego sería seguida por gran parte de los países que legislarían sobre dicha compensación **(49)**, pues fue su impronta la que siguió la Directiva 86/653/CEE.

En Francia, la agencia se considera un mandato de interés común, y la jurisprudencia buscó respetar escrupulosamente los intereses del mandatario hasta el punto de que se restringe la libertad del mandante de finalizar el contrato si la resolución no está justificada por un incumplimiento del mandatario. El concepto de interés común en Francia nació de la voluntad jurisprudencial de impedir la "desposesión" del agente de la cuota de mercado cultivada en común con el mandante, si no era acompañada de la condigna indemnización **(50)**. Por ello, resultaba lógico que se haya tratado de establecer un mecanismo de indemnización del agente por el hecho mismo de la extinción. En Francia se entiende que dicha ruptura, por sí sola, ya constituye un perjuicio, que debe ser resarcido **(51)**.

En Italia, se protegía al agente mediante la denominada *indemnità di scioglimento* del art. 1751 del Cód. Civil, donde se entendía incluida la indemnización por clientela, hasta que en la reforma de 1971 se la incluyó expresamente en dicho artículo **(52)**. En 1999 se reformó el mencionado art. 1751 a los fines de adecuar el

(44) LORENZETTI, Ricardo L., "Tratado de los contratos", Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1999, vol. 1, ps. 582 y ss.

(45) El tema de la extensión de la indemnización por clientela a los contratos de concesión, distribución propiamente dicha y franquicia, es a su vez uno de los temas fundamentales del actual derecho de la distribución, como veremos más adelante en el texto.

(46) Para un estudio profundo y detallado de la indemnización por clientela en el contrato de agencia, con especial análisis de jurisprudencia y doctrina española y alemana, es fundamental la lectura de la que consideramos la mejor obra sobre el tema escrita en castellano; nos referimos a MARTÍNEZ SANZ, Francisco, "La indemnización por clientela...", ob. cit. También puede consultarse FONTCUBERTA LLANES, Javier, "El contrato de distribución de bienes de consumo y la llamada indemnización por clientela", Ed. Marcial Pons, Madrid, 2009.

(47) Ley del Contrato de Agencia, del 24/06/1921, que contemplaba una indemnización por clientela en su sección 25, aunque en una versión más rudimentaria que la que tendría el famoso parágrafo 89b de la HGB alemana. La ley austríaca fue reformada en 1960 y en 1978, pero fue solo en 1993 cuando —por necesidad de cumplir la Directiva UE 86/653— Austria abrazó definitivamente la solución alemana en el tema.

(48) En 1949, por ley del 04 de febrero, se introdujo al Código de las Obligaciones suizo el art. 418u, que la incluía.

(49) El aparato doctrinario y judicial que se desarrolló en Alemania respecto de la indemnización por clientela en la agencia —y en el resto de los contratos de distribución— solo puede calificarse de formidable. Tan solo enumerar los libros, artículos y jurisprudencia alemanes sobre el tema demandaría un libro entero. Como muestra de la talla de los autores que se han dedicado a ella, así como para observar cuantitativamente la cantidad de obras y artículos sobre el tópico, es provechoso, por ejemplo, leer la nota 184 de la obra de MARTÍNEZ SANZ, Francisco, "La indemnización por clientela...", ob. cit., p. 100.

(50) Ob. cit., ps. 76-77.

(51) Ob. cit., p. 77.

(52) Cfr. BERTINO, Lorenzo, "Il contrato di agencia", Ed. Giappichelli, Torino, 2016, ps. 377 y ss. Para la situación previa a la armonización con el régimen comunitario, cfr., GALGANO, Francesco (dir.), "Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia", Ed. Cedam, Padova, 1991, vol. 16, ps. 506/507.

régimen italiano de protección del agente a lo dispuesto por la Directiva 86/653/CEE, estableciéndose la denominada *indemnità di cessazione del rapporto*.

En los Estados Unidos, no existe un derecho de los agentes, reconocido legislativamente, a la compensación por clientela, pero pueden reclamarlo como un rubro más de los *damages* contra su principal **(53)**.

IV.2. Naturaleza jurídica de la indemnización o compensación por clientela del agente

La naturaleza jurídica de la indemnización por clientela es un tema que —aun al día de hoy— no es pacífico en la doctrina ni en la jurisprudencia europea. Para aproximarse a la idea de establecer cuál es su naturaleza jurídica, corresponde comenzar destacando su carácter objetivo, es decir, el hecho de que aquella se concede sin que sean relevantes las circunstancias que rodearon la extinción del contrato, es decir, sin que sea trascendente si la finalización fue regular —ya sea por el vencimiento de su plazo determinado o por el cumplimiento del plazo de preaviso correctamente otorgado— o por rescisión unilateral ilegal o resolución del agente por incumplimiento del empresario. Precisamente, por este carácter objetivo que la hace independiente de las causas de la finalización del contrato, el agente podrá acumular la indemnización por clientela a las restantes indemnizaciones que le puedan corresponder en virtud de otros conceptos. En síntesis, es una atribución patrimonial que no tiene conexión con los conceptos tradicionales subjetivos indemnizatorios de dolo o culpa, salvo cuando el dolo o culpa son imputables al agente **(54)**.

Corresponde recordar que en el derecho de la distribución comercial argentino resulta sumamente importante conocer la doctrina y la jurisprudencia alemana y española sobre muchos de sus tópicos, pues el Código Civil y Comercial ha seguido en muchos casos en el contrato de agencia las soluciones de dichas legislaciones; por supuesto que al aplicar aquellas soluciones se deben tomar las precauciones del caso respecto a lo que disponga nuestro específico derecho positivo. En cuanto a la compensación por clientela del agente, ha seguido muy de cerca ambas legislaciones, si bien con algunas modificaciones, que entendemos positivas.

Existen en Alemania y España diversas teorías sobre la naturaleza jurídica de la indemnización por clientela. En rigor, el debate entre las diferentes teorías tuvo su origen en Alemania, pero se replicó en España, al adoptar este país un artículo similar al alemán para la indemnización por clientela. El art. 1497 del Cód. Civ. y Com. ha tomado mucho de las disposiciones del artículo de la Ley de Agencia española que establece la indemnización por clientela, por lo que resulta de interés al estudioso argentino conocer dichas doctrinas. A continuación, se enumeran las principales y se dan sus características más salientes:- *La indemnización por clientela como norma de índole social*. La doctrina alemana mayoritaria considera que la indemnización por clientela no es una norma de protección social dirigida a proteger al agente contra la rescisión ilícita del contrato por parte del empresario, es decir, que no debe considerársela como lo que en el ámbito de la seguridad social es la pensión por jubilación **(55)**. Como veremos más adelante, nosotros entendemos que la naturaleza jurídica de esta indemnización es la de ser un *tertius genus*, un instrumento de protección jurídica del agente teniendo en cuenta su posición estructural de estar verticalmente integrado en la organización del empresario, y poseer un poder relevantemente asimétrico de negociación y económico. Por lo tanto, el legislador, a los fines de limitar los abusos de la posición de superioridad de negociación y económica del empresario, entendió —correctamente— que el agente debe ser por ello protegido, elevando por tal motivo como bien jurídicamente tutelado por la norma del art. 1497 el interés económico del agente. Por esta consideración, aclaramos

(53) Cfr. GARNER, Michael, "Franchise and distribution law and practice. 2014-2015 edition", Ed. Thomson-Reuters, EUA, 2015, vol. 2, ps. 249 a 259, con abundantes citas jurisprudenciales.

(54) MARTÍNEZ SANZ, Francisco — MONTEAGUDO, Monteano — PALAU RAMÍREZ, Felipe, "Comentario a la Ley sobre Contrato de Agencia", Ed. Civitas, Madrid, 2000, p. 462.

(55) Ob. cit., ps. 99-100. Niega el carácter de protección social de la indemnización por clientela la doctrina alemana en forma mayoritaria. Ver un minucioso detalle de esta en la nota 184 de la p. 100 de la obra de MARTÍNEZ SANZ citada.

que, si las teorías alemanas que entienden que la indemnización por clientela es una norma de la seguridad social, en ese caso no acordamos, pues obviamente no reviste la naturaleza jurídica de una jubilación. Ahora bien, si se quiere hacer referencia con la expresión "norma de protección social" a que es una herramienta instrumental para la protección del interés económico del agente, estamos de acuerdo con ella. Damos los fundamentos en el apartado correspondiente.

- *La indemnización por clientela y el enriquecimiento sin causa.* En Alemania, España, Francia y Portugal tuvo gran predicamento la teoría que entiende que la compensación por clientela es una expresión de la teoría del enriquecimiento sin causa **(56)**. En virtud de ella, corresponde indemnizar al agente a la finalización del contrato porque desde dicha terminación el empresario se beneficiaría —sin contraprestación— del esfuerzo y de la clientela creada por el agente, el que, a su vez, sufriría un empobrecimiento **(57)**. Nosotros entendemos que esta interpretación es equivocada. Entre otros fundamentos, porque, aunque sea cierto que el empresario continuará obteniendo ventajas luego de la finalización del contrato como consecuencia de la actividad del agente, estas ventajas no carecen de causa; todo lo contrario: justamente, la causa de este enriquecimiento posterior a la finalización del empresario se encuentra en el propio contrato de agencia, cuyo objeto era el desarrollo y creación de clientela **(58)**.

- *La compensación por clientela como indemnización de daños y perjuicios.* Esta teoría entiende que la naturaleza jurídica de la compensación por clientela es la de una indemnización por daños y perjuicios, que tiende a reparar el daño que la extinción del contrato le causó al agente, daño que estaría constituido por la pérdida de las comisiones que, en caso de haber continuado el contrato, este habría cobrado **(59)**. La principal crítica que puede hacérsele a esta postura es que al ser una indemnización necesariamente está otorgándole a la clientela el carácter de un bien que puede ser objeto de propiedad del agente o del empresario, siendo que la clientela no existe como un objeto que en la realidad pueda ser pasible de actos jurídicos de adquisición de su dominio y, mucho menos, objeto de transmisión. Otra crítica que puede efectuarse a esta doctrina es que, si la compensación por clientela fuera de naturaleza indemnizatoria, no tendría que ser otorgada al agente en las extinciones no patológicas del contrato, siendo esta teoría rechazada por la doctrina mayoritaria alemana y española.

- *La indemnización por clientela como compensación.* Esta es la posición mayoritaria en Alemania y España. Esta niega que la figura sea de naturaleza indemnizatoria, y afirma que tiene un carácter remuneratorio o retributivo (*Vergütungscharakter*). Por este motivo, como bien señala Martínez Sanz, es cuestionable que en español y otros idiomas se haya utilizado para la figura la denominación de "indemnización", pues resulta equívoca, dando la impresión de que el instituto analizado es de naturaleza indemnizatoria. Se hubieran evitado mayores confusiones si se traducía directamente el término que usa la ley alemana para la figura (*Ausgleich*), que significa literalmente "compensación". Debe señalarse que, a su vez, quienes sostienen la naturaleza compensatoria de la indemnización por clientela no acuerdan sobre qué es lo que ella está remunerando o compensando, por lo que corresponde hacer algunas consideraciones al respecto, las que efectuamos a continuación:

(56) En la Argentina es la posición mayoritaria de la doctrina. Así, por ejemplo, entienden que la naturaleza jurídica de la indemnización por clientela es la de ser expresión de la proscripción del enriquecimiento sin causa, LORENZETTI, Ricardo L., "Tratado de los contratos", ob. cit., vol. 1, p. 635, y HEREDIA, Pablo D., "El contrato de agencia en el Código Civil y Comercial de la Nación", ob. cit., apart. XXIV, sexto párrafo. También opina en este sentido Sánchez Herrero, pero nosotros disentimos con su opinión por los motivos recién explicados, cfr. su "Rescisión unilateral de los contratos", ob. cit., p. 502, apart. 5.7: "Naturaleza jurídica de la compensación por pérdida de la clientela".

(57) MARTÍNEZ SANZ, Francisco, "La indemnización por clientela...", ob. cit., ps. 100-101. Consultar la extensa bibliografía que sostiene dicha posición en los países mencionados, en la nota 185 de la p. 101 de la obra citada de MARTÍNEZ SANZ.

(58) Ob. cit., p. 102.

(59) Ídem. Ver el detalle de la doctrina que sostiene esta posición, en especial la belga y alguna minoritaria alemana en la nota 188 de la p. 103. La doctrina mayoritaria alemana se pronuncia contra esta teoría. Ver detalle de esta en la mencionada nota, que continúa en la p. 104.

- *Sobre la indemnización como pago por la clientela*. Cuando se habla de que la indemnización por clientela tendría una naturaleza remuneratoria, no se hace alusión al pago de un precio por la adquisición de la "cartera" de clientes, de forma que el agente se viera impedido de poder continuar utilizando esa clientela en su actividad. Esta posición, que implica las nociones de pertenencia o titularidad de la clientela, no puede ser entendida como titularidad de dominio. No se estaría haciendo alusión a un verdadero derecho de propiedad, ni siquiera inmaterial, sobre la clientela, pues esta, por su especial naturaleza, no resulta susceptible de apropiación, por lo que no podría transferirse algo cuya propiedad no se tiene **(60)**. Como bien explica Martínez Sanz: "[L]a clientela, como 'conjunto de personas que, de hecho, mantienen con las cosas relaciones continuas por demanda de bienes o de servicios', sería (...) una de las 'relaciones fácticas' —junto con las expectativas— que integran y caracterizan la empresa. Como tal, y pese a su indudable valor económico, no puede ser objeto aislado de venta, prenda o usufructo, y ni siquiera resultaría prácticamente posible su transmisión directa" **(61)**. Por otro lado, sin perjuicio de lo recién indicado, debe tenerse presente que la clientela constituye uno de los elementos que integran el concepto del fondo de comercio, por lo que, de alguna forma, al ser el fondo de comercio objeto de actos jurídicos de transferencia, y siendo la clientela uno de sus elementos, se podría interpretar que esta clientela entonces también puede ser objeto de transferencia jurídica. No obstante, nosotros pensamos, con Martínez Sanz, que cabe dudar razonablemente de la posibilidad de que elementos puramente fácticos como lo son la clientela o las expectativas comerciales —que, por supuesto, tienen un valor económico— puedan transferirse con independencia de la transferencia del fondo de comercio, aunque abstractamente formen parte de este **(62)**.

- *La indemnización por clientela como retribución diferida.* Otra posición entiende que el camino para determinar la naturaleza jurídica de la indemnización por clientela estaría dado por entender que aquella, durante la vigencia del contrato, constituye un activo común, que beneficia al empresario y al agente por igual. En este sentido, la tarea del agente consistiría y tendría por fin último, además de las tareas específicas de promoción y conclusión de operaciones, la creación de relaciones comerciales duraderas **(63)**. Basada en este concepto, la mayoría de la doctrina alemana y española entiende que la compensación por clientela contiene una retribución adicional a favor del agente como contraprestación por una actividad que ya realizó durante la ejecución del contrato, pero que no le fue retribuida en su totalidad durante la vigencia de este. Esta actividad no remunerada se habría dirigido a la creación y consolidación de la clientela y no tiene su suficiente contraprestación en las comisiones por promoción o conclusión de las operaciones pactadas en el contrato. Para dicha doctrina, esta compensación por clientela sería la concreción jurídico-positiva del bien jurídico protegido por el art. 1785, inc. d), del Cód. Civ. y Com. argentino, que establece que todo el que realice una gestión de negocios útil a favor de una persona puede reclamarle una remuneración. Es decir, las comisiones pactadas en el contrato retribuyen la actividad aislada de promoción o conclusión concreta de una operación específica. Sin embargo, con esto no se habrá logrado convertir al adquirente en cliente. Para lograrlo serán necesarios esfuerzos adicionales del agente dirigidos a que dicho tercero vuelva a realizar otra nueva operación con el empresario, creando así relaciones jurídicas con vocación de permanencia que constituirán, para el empresario, una fuente de ingresos también en el futuro. Lo que se remuneraría, entonces, es algo que no se retribuye al agente durante la vigencia del contrato, y esta sería la perspectiva que tiene el empresario principal de seguir extrayendo en el futuro ventajas de relaciones comerciales a las que contribuyó a formar el agente.

- *Constitución de un activo común.* Martínez Sanz, entre otros, entiende que entre el empresario y el agente se desarrolló durante la vigencia del contrato un "activo común" que está formado por las relaciones comerciales duraderas que ambos establecieron con la clientela. Estas relaciones comerciales tienen la potencialidad

(60) Cfr. ob. cit., ps. 105-106.

(61) Ob. cit., p. 107.

(62) Ob. cit., ps. 108-109.

(63) Ob. cit., p. 109.

de generar ventajas futuras, y por eso son evaluables en dinero. En tal sentido, la extinción del contrato importaría, además de la disolución de la vinculación entre las partes, una ruptura de ese "activo común", estando el empresario en situación de continuar disfrutando de esas relaciones comerciales estables. La compensación por clientela retribuiría esa actividad desarrollada por el agente durante la vigencia del contrato, correspondiente a la actividad tendiente a la creación y consolidación de relaciones comerciales duraderas, labor que no habría sido remunerada durante el contrato **(64)**.

- *La indemnización por clientela como instrumento de protección al agente como parte débil del contrato.* Sin pretender agotar el detalle de las teorías existentes en la doctrina y jurisprudencia europeas sobre la naturaleza jurídica de la indemnización por clientela, corresponde señalar la posición de Moralejo Menéndez al respecto. En este sentido, debe tenerse en cuenta el carácter imperativo de la norma que establece la indemnización por clientela, con la consiguiente consecuencia de que es derecho indisponible para las partes. En este sentido, la norma viene a constatar un dato estructural de la relación contractual: la existencia de una situación estructural de dependencia económica del agente respecto del empresario. Esta dependencia económica tiene la potencialidad de dar lugar a la generación de asimetrías de negociación y de desenvolvimiento durante la relación contractual, razón por la cual existe la posibilidad de que se presenten situaciones de abuso por parte del empresario contra los intereses del agente. Es que, justamente, la integración vertical del agente con el productor es lo que permite la constitución de una clientela, que persistirá a la terminación del contrato de agencia. Por este motivo, la indemnización por clientela viene a proteger al agente del necesario disfrute del empresario de una clientela a la que el agente contribuyó a crear o incrementar, lo que, de permitirse, daría lugar a situaciones de abuso, que justifican plenamente la intervención estatal en defensa del agente como parte débil en dependencia económica **(65)**. Por estos fundamentos, corresponde sostener que la naturaleza jurídica de la indemnización por clientela es la de ser un mecanismo jurídico creado para la protección del agente como parte débil con poder asimétrico de negociación verticalmente integrado con el empresario. Esta es la posición de Moralejo Menéndez, que, por sus fundamentos, compartimos plenamente. En apoyo de esta posición, cabe observar que la normativa podría haberse inclinado por un mecanismo de remuneración fija, que compense al agente al extinguirse el contrato. En lugar de ello ha instrumentado un mecanismo vinculado al éxito del agente en su tarea de promoción, con lo que tiende a preservar el sistema de incentivos propio de los contratos aquí analizados.

IV.3. La indemnización o compensación por clientela en el contrato de concesión comercial y en el de distribución en sentido estricto **(66)**

En virtud de lo dispuesto por el art. 1511, inc. b), del Cód. Civ. y Com., antes de proceder a estudiar si corresponde extender la indemnización por clientela al contrato de distribución en sentido estricto, debe analizarse si procede dicha

(64) Ob. cit., p. 215. También entiende esto ECHEBARRÍA SÁENZ, Joseba, "El contrato de franquicia", Ed. McGraw Hill, Madrid, 1995, ps. 539 y ss., con una muy detallada fundamentación de su posición.

(65) Cfr. la que entendemos la más importante obra sobre la concesión comercial en idioma castellano: MORALEJO MENÉNDEZ, Ignacio, "El contrato mercantil de concesión", ob. cit., ps. 324-325. Parecería que Moralejo Menéndez sostiene una naturaleza jurídica bifronte de la indemnización por clientela, pues podría interpretarse que también entiende que, además de su naturaleza jurídica instrumental protectoria del agente, la indemnización bajo estudio tiene un carácter retributivo y compensatorio de la actividad de captación de clientela desarrollada por el agente durante el contrato y que, una vez extinguido este, redundará en beneficio exclusivo del empresario (si bien allí se refiere a los concedentes y concesionarios, en el marco general de la explicación de Moralejo Menéndez se entiende que también extiende esta naturaleza cuando se trata del contrato de agencia), por lo que indica en la p. 314.

(66) Tratamos el tema de la indemnización o compensación por clientela en el apartado sobre indemnización a favor del agente, no porque nos pronunciemos sobre su carácter indemnizatorio, sino al solo efecto metodológico, porque generalmente se pide y se pedirá en las demandas en el capítulo de rubros. Por lo tanto, como se dirá en el texto, téngase especialmente en cuenta que la indemnización o compensación por clientela es susceptible de ser debida por el empresario al agente al momento de la extinción del contrato, por cualquier causa que esta finalización tenga, incluso, por supuesto, por el mero vencimiento de su plazo.

extensión en el contrato de concesión. Por lo que primero analizaremos este tópico, para luego pasar al de si corresponde aplicar dicha compensación al contrato de distribución en sentido estricto.

IV.3.a. La indemnización por clientela en el contrato de concesión

El tema que estudiaremos en el presente apartado es de enorme complejidad **(67)**. Si el instituto de la indemnización por clientela fue y es considerado por la doctrina y jurisprudencia europeas como el tema más importante del derecho de la distribución, a su vez, el tópico consistente en si corresponde o no la extensión analógica a la concesión de dicha indemnización legislada expresamente para el contrato de agencia ha sido extraordinariamente debatido en Alemania, España y otros países europeos. Se ha dicho a su respecto que es una de las cuestiones más polémicas y que mayor trascendencia económica encierra de todo el derecho de la distribución comercial **(68)**, siendo el debate existente en virtud de este solo igualable al desatado con relación a la discusión de la naturaleza jurídica de la indemnización por clientela **(69)**.

Como primera aproximación general intuitiva, no cabe duda alguna de que el concesionario experimentará al momento de extinción del contrato, y respecto a la utilización de la clientela, necesidades de protección similares a las del agente **(70)**. Como bien lo describe Martínez Sanz: "El problema, expresado en términos muy simples, surgiría de una realidad objetiva difícilmente rebatible: el concesionario, a lo largo de la vigencia del contrato, a través de esa labor de promoción, habrá generado sin duda una clientela que, si desde un punto de vista jurídico puede considerarse suya —en definitiva, revende en nombre propio—, económicamente beneficia también al concedente. En consecuencia, podría afirmarse que durante la vigencia del contrato existe una suerte de 'activo común' que se ve roto al producirse la extinción del vínculo contractual Se trataría, por tanto, de averiguar si en aquellos casos —que constituyen mayoría— en que los clientes siguen al fabricante-concedente, es posible aplicar analógicamente al concesionario las normas que reconocen al agente una compensación por clientela" **(71)**.

En los contratos de agencia y concesión se lleva a cabo una actuación de las partes para la realización de un interés común que puede llegar a la constitución de un activo de titularidad compartida cuya liquidación procede una vez extinguido el contrato. Este activo común que es la clientela asociada a la marca del concedente —cuando el concesionario coadyuvó a su creación o aumento o mantenimiento— queda para el goce exclusivo del concedente una vez extinguido el contrato **(72)**.

Las respuestas a este problema han sido diversas en la jurisprudencia y doctrina europeas. Los países donde el problema ha sido más estudiado son Alemania y España. Considerando la impronta que ha tenido el derecho alemán en España con relación al problema de la extensión analógica de la compensación por clientela al contrato de concesión, corresponde dar un breve panorama sobre él **(73)**.

En Alemania, el problema de la extensión de la indemnización por clientela a los concesionarios es tan antiguo como el mismo art. 89b del Código de Comercio alemán (HGB). Si bien la discusión fue grande, y llevada a cabo por importantes nombres del derecho comercial alemán, en la actualidad la doctrina mayoritaria —con algunas matizaciones entre ellas— es la de que corresponde aplicar a los concesionarios el

(67) Así lo adjetiva Martínez Sanz, autor de la monografía más importante escrita en castellano hasta el momento sobre la indemnización por clientela, en la introducción al capítulo del tema bajo estudio. MARTÍNEZ SANZ, Francisco, "La indemnización por clientela...", ob. cit., p. 301.

(68) FOTH, Dietmar, "Der Ausgleichsanspruch des Vertragshändlers", Ed. Dunker & Humblot, Berlín, 1985, p. 15, cit. por MARTÍNEZ SANZ, Francisco, "La indemnización por clientela...", ob. cit., p. 310, nota 691.

(69) MARTÍNEZ SANZ, Francisco, "La indemnización por clientela...", ob. cit., p. 310.

(70) Ob. cit., p. 301.

(71) Ob. cit., ps. 301-302.

(72) MORALEJO MENÉNDEZ, Ignacio, "El contrato mercantil de concesión", ob. cit., p. 311.

(73) MARTÍNEZ SANZ, Francisco, "La indemnización por clientela...", ob. cit., p. 309.

art. 89b, HGB, por analogía **(74)**. Así, sostienen que corresponde la extensión analógica de la indemnización por clientela a los concesionarios G. Schröder **(75)**, Buchwald, H. Maier, W. Klein, M. Budczies, G. Renz, P. Finger, M. Kreifels y H. Lang, K. Schmidt, A. Baumbach, K. Duden y K. J. Hopt, O. Sandrock, entre otros **(76)**. Una minoría autoral se pronunció en contra, entre los que se encuentran H. Mücke, H. Glaser, Schuler, P. Ulmer, L. Nies, R. Kunz, H. C. Nipperdey, Evans y Von Krbek, H. D. Brügemann, entre otros **(77)**.

Si bien la doctrina alemana estudió con profundidad el problema, fue la jurisprudencia la que jugó un papel central mediante el cual progresivamente se fue construyendo un importante y sólido cuerpo de doctrina para aplicar por analogía la indemnización por clientela a los concesionarios. En tal sentido, el Tribunal Federal alemán (BGH) fue relajando su postura gradualmente **(78)**. En este camino pretoriano, se citan tres fallos que se consideran hitos en la evolución del tratamiento del problema por parte del Tribunal Federal, que al ser disímiles se explican por el cambio en su composición. La primera sentencia del BGH que se ocupó del tema de la aplicación analógica de la indemnización por clientela a los concesionaros fue dictada en el año 1958 **(79)**, y sometió la extensión analógica a tres condiciones: la primera, que la vinculación concesionario-concedente debía superar la mera relación comprador-vendedor para alcanzar un grado de integración de aquel en la red de este; segundo, que el concesionario debía encontrarse necesitado de amparo o protección en el caso concreto, entendiendo el Tribunal que esta condición se cumplía cuando el contrato de concesión se hubiera instrumentado por medio de un contrato de adhesión; y tercero, que existiera sobre el concesionario una obligación contractual de transmitirle la clientela al concedente, de forma que este pudiera disfrutarla una vez que se extinguiera el contrato **(80)**.

En el año 1961 se dicta el segundo hito en esta evolución jurisprudencial **(81)**. En líneas generales se mantienen las tres condiciones mencionadas, cambiando la interpretación del concepto "necesidad de tutela" del concesionario. Se sostuvo que el solo hecho de que el contrato se celebre por un instrumento de adhesión a cláusulas predispuestas no suponía por sí mismo que el concesionario necesitare amparo. Para ello, se exigía que el concesionario actuare en el tráfico sin utilización o inversión de capital propio. Solo este concesionario, se sostuvo, puede realmente equipararse al agente. De esta forma, el BGH introdujo una fuerte restricción al número de concesionarios que podían obtener la indemnización por clientela por extensión analógica del art. 89b, HGB **(82)**.

El tercer hito en la evolución jurisprudencial alemana lo tuvo la sentencia de la sala I del BGH de 1977 **(83)** que estableció las bases de la que hasta el momento es la postura definitiva del BGH alemán en este problema **(84)**. En ella se elimina como condición de la extensión analógica la "concreta necesidad de tutela" del concesionario, siendo entonces indiferente que este utilice o no capital propio en su empresa. Por lo tanto, los requisitos para que un concesionario pueda tener derecho a la extensión analógica de la indemnización por clientela del art. 89b, HGB, son: i) la necesidad de que la vinculación concesionario-concedente rebase la mera relación comprador-vendedor para alcanzar un

(74) Ídem.

(75) SCHRÖDER, G., "Steht ein Ausgleichsanspruch auch einem Eigenhändler (Vertragshändler) zu?", en *Betriebs-Berater*, 1958-217 y ss.

(76) Tomamos esta enumeración de la completísima y extensa lista de autores que se pronuncian a favor de la extensión analógica que realiza Martínez Sanz, en su fundamental nota 695, que se extiende desde la p. 311 a la 313 de su obra citada. Allí se encontrarán las obras de los autores citados en el texto al que accede esta nota, así como muchos otros más que están a favor de la extensión analógica.

(77) También tomamos esta enumeración de la ya citada nota 695 de Martínez Sanz, donde se pueden encontrar las citas específicas de los autores enlistados en el texto al que accede esta nota, que se oponen a la extensión analógica, así como otros más.

(78) MARTÍNEZ SANZ, Francisco, "La indemnización por clientela...", ob. cit., ps. 312-313.

(79) NJW 1959-144 y ss.

(80) MARTÍNEZ SANZ, Francisco, "La indemnización por clientela...", ob. cit., ps. 313-314.

(81) En NJW 1961-662 y ss.

(82) MARTÍNEZ SANZ, Francisco, "La indemnización por clientela...", ob. cit., p. 314.

(83) En NJW 1977-896 y ss.

(84) Martínez Sanz adjetiva esta sentencia como de excepcional importancia, en MARTÍNEZ SANZ, Francisco, "La indemnización por clientela...", ob. cit., p. 314.

grado de integración del primero en la red del segundo similar a la que se aprecia en el caso del agente; ii) que sobre el concesionario pese una "obligación contractual" de ceder o transmitir la clientela al concedente, de forma que este se encuentre en condiciones de disfrutarla una vez extinguido el contrato, deber que se puede alcanzar de diversas formas. No obstante, en la actualidad puede sostenerse que este requisito ya no es exigido **(85)** en cuanto a una concreta obligación escrita en el contrato, sino que la jurisprudencia lo tiene por satisfecho si ya durante la vigencia del contrato el concedente tuvo acceso a los datos de la clientela del concesionario, de modo que el concedente está en situación de continuar disfrutando de la clientela a la extinción del contrato (p. ej., tuvo acceso a informes periódicos, copia de listado de los clientes, etc.) **(86)**.

En Alemania y España, tanto jurisprudencial como doctrinariamente, hoy día la mayoría se inclina por aceptar la aplicación analógica de la compensación por clientela al concesionario, sea que el contrato termine por su mero vencimiento o por cualquier otra causa. En ese sentido, se entiende allí que existe homogeneidad funcional entre ambos contratos, por lo que se verifica la identidad de razón que admite la extensión analógica de la regulación de una figura a la otra. En general, se encuentra en esos países que la identidad de razón reside en que, al tener carácter remuneratorio dicha compensación, se verifica también en la concesión el mismo problema que en la agencia, en el sentido de que corresponde que a la terminación el concesionario sea remunerado por el disfrute por el concedente de la clientela futura. Otros encuentran la identidad de razón con fundamento en la naturaleza compensatoria que para ellos tiene la compensación por clientela, por lo que se daría en ambos contratos el mismo fenómeno a la terminación de la relación: que el concedente se enriquecería sin causa al poder disfrutar de dicha clientela. Otra corriente suma, a la concepción compensatoria, el hecho de que tanto el agente como el concesionario deben ser protegidos ante los posibles abusos de la contraparte, por ser aquellas las partes débiles del contrato y estar subordinados económicamente a ella.

Nosotros coincidimos con Moralejo Menéndez, quien encuentra que existe identidad de razón entre los contratos de concesión y agencia, en que ambos contienen en su centro gravitatorio ser una gestión de intereses ajenos, pues si bien el concesionario actúa por cuenta y en nombre propio, y el agente lo hace por cuenta y en nombre ajeno, recuérdese que las reventas que hace el concesionario son un medio para cumplir su principal obligación, que es la de promover ventas para el concedente **(87)**. En tal sentido, la causa de ambos negocios es la misma: la comercialización integrada del producto mediante la gestión de un interés ajeno, el del concedente-preponente, que siempre estará interesado en la forma en que se lleva a cabo la distribución de su producto, y ello con independencia de que la faceta representativa en la concesión solo se manifieste internamente en las relaciones concedente-concesionario **(88)**. Adicionalmente, tanto el agente como el concesionario están en situación de dependencia económica respecto de su contraparte. Esto es un elemento más para evaluar la procedencia de la aplicación analógica.

En cuanto a la aplicación de este debate en la Argentina, corresponde hacer una aclaración. En Alemania y España, el contrato de agencia está regulado positivamente, mientras el contrato de concesión continúa siendo atípico, pese a los varios proyectos de regulación, que aún no han sido elevados a ley. En cambio, en la Argentina, tanto el contrato de agencia como el contrato de concesión comercial han sido regulados. En este sentido, y siguiendo los precedentes alemanes y españoles, el Código Civil y Comer-

(85) Ob. cit., p. 314.

(86) Ob. cit., p. 350.

(87) Explicamos detalladamente que la obligación principal del concesionario no consiste en comprar los productos del fabricante para luego revenderlos, sino que su obligación principal consiste en la promoción de ventas de los productos del agente, en CABANELLAS, Guillermo — SEREBRINSKY, Diego, "Derecho de la distribución comercial", ob. cit., apart. 1.18, que estudia las obligaciones del concesionario, específicamente en el apart. 1.18.1: "Obligación de promoción de la contratación de los productos objetos del contrato", ps. 618 a 620, a donde remitimos para las fundamentaciones correspondientes.

(88) MORALEJO MENÉNDEZ, Ignacio, "El contrato mercantil de concesión", ob. cit., ps. 318-319.

cial ha legislado expresamente, para el contrato de agencia, la procedencia de la compensación por clientela en los arts. 1497 y 1498. No obstante, ha guardado silencio respecto de dicha compensación en la regulación de la concesión comercial. Por eso, antes de extrapolar el debate europeo al derecho privado argentino, se debe tomar posición sobre las consecuencias del silencio del legislador en el contrato de concesión respecto de la compensación por clientela.

Al respecto, Sánchez Herrero entiende que la regla solo está prevista para el contrato de agencia, y que si el legislador hubiese querido que se aplicase a otros contratos —en el caso estudiado en el presente apartado, la concesión—, así lo habría dispuesto. Por lo tanto, razona, no hay ningún elemento que permita sostener que estamos frente a una laguna que dé pie para acudir a la analogía. Para el autor no se trata de un silencio contrario al plan del legislador. Como fundamento adicional, entre otros, precisa Sánchez Herrero que debe considerarse también que en el capítulo del contrato de concesión se declaran expresamente aplicables a dicho contrato varias normas del contrato de agencia, pero no se hace referencia al art. 1497, por lo que el autor concluye que la compensación por clientela no puede ser extendida por analogía al contrato de concesión ni al de distribución **(89)**.

Si bien es cierto que los textos legales no recogen esta analogía ni incluyen en materia de concesión normas similares a los arts. 1497 y 1498, ni tampoco tienen una remisión a estos, a diferencia de lo que sucede en otras materias del régimen de concesión, nosotros disentimos con Sánchez Herrero al respecto. En cuanto al silencio de la ley sobre la aplicabilidad o no al contrato de concesión, también cabría sostener que, al no disponer la ley expresamente que no se aplica dicha compensación al contrato de concesión, entonces sí resultaría aplicable.

Adicionalmente, por lo que antes indicamos, en la concesión concurren los mismos motivos por los cuales el legislador ha dispuesto que la indemnización por clientela es de orden público, y no puede ser renunciada por el agente contractualmente, teniéndose por nulo todo acuerdo al respecto. En tal sentido, el concesionario también —al igual que el agente— ha coadyuvado a la creación o aumento de clientela que será aprovechada por el concedente a la extinción del contrato. A mayor abundamiento, el concesionario también es una parte débil en una relación contractual de distribución, en situación de dependencia económica respecto de su principal, que viene a insertarse en una organización vertical preexistente dirigida y controlada por el concedente **(90)**.

Por su parte, Marzorati rechaza terminantemente que pueda extenderse la compensación por clientela al concesionario. Al introducirse en el tema, indica que este es el punto más conflictivo, pues en su opinión el concesionario no tiene derecho a reclamar indemnización por pérdida de esta, pues entiende el autor que la clientela no le pertenece. Se pronuncia además contra la aplicación de la analogía en este caso específico, por ser diferentes las formas en que opera la resolución en ambos contratos, incluso para el caso de los contratos de plazo indeterminado. Agrega que siempre ha sostenido que al concesionario no le corresponde una indemnización por clientela, ya que la clientela de marca sigue a la marca, y no a su revendedor. Sigue indicando que el concesionario no tiene una clientela, que la clientela de la marca le compra solo por ser concesionario de dicha enseña, y que, cuando pierde ese carácter, el concedente no le debe indemnización alguna por tal rubro, ya que los clientes no le son propios. Entiende que lo mismo es aplicable a los contratos de concesión de venta de combustible al por menor **(91)**.

Por las razones que hemos dado en otra obra —a la cual remitimos por razones de espacio— al estudiar el fenómeno de la creación de clien-

(89) Cfr. SÁNCHEZ HERRERO, Andrés, "Rescisión unilateral de los contratos", ob. cit., p. 479.

(90) A favor de la imperatividad de la compensación por clientela en la concesión, MORALEJO MENÉNDEZ, Ignacio, "El contrato mercantil de concesión", ob. cit., ps. 321 a 325. En contra de dicha imperatividad, MARTÍNEZ SANZ, Francisco, "La indemnización por clientela...", ob. cit., ps. 329-335.

(91) MARZORATI, Osvaldo J., "Contrato de concesión en el Proyecto de Código Civil y Comercial", ps. 145-146.

tela en los contratos de distribución **(92)**, es que no acordamos con Marzorati. Adicionamos que es innegable la *vis attractiva*, o efecto "succión" de la marca, denominado *Sogwirkung der Marke* por los alemanes. No obstante, ni en la agencia ni en la concesión, la captación de clientes puede ser imputada en forma lo suficientemente precisa a acciones del concedente o a actos del concesionario. Ello así, porque no es posible determinar las causas concretas por las cuales el cliente concretó su decisión de adquisición. Lo que es seguro es que en ella tienen implicancia tanto el poder de atracción de la marca como las acciones de convencimiento comercial del concesionario. Por lo tanto, al igual que en la agencia, se trata en el caso de un fenómeno concausal, al que contribuyen tanto el concedente como el concesionario. Es decir que a la fuerza atractiva de la marca se adicionan las acciones comerciales y de cierre de operaciones que realiza el concesionario, por lo que basta con que su actividad sea concausa de la adquisición del cliente **(93)**.

J. Botteri (h.) entiende que extender la compensación por clientela al contrato de concesión es "una misión difícil de sostener antes y después de la vigencia del nuevo Código Civil y Comercial" **(94)**. Fundamenta su posición en que, en la concesión, el concesionario comercializa productos a nombre propio que le son provistos por el concedente, en que ambas figuras tendrían profundas diferencias en su objeto, así como también en que las dos tendrían muy diferentes derechos y obligaciones. Adiciona para explicar dicha diferenciación que a la concesión se le aplican ciertas reglas del derecho de defensa de la competencia, como las restricciones en materia de fijación vertical de precios, que, dice el autor, nunca se aplican a la agencia, trayendo en soporte de dicha proposición la cita de la obra colectiva dirigida por J. Viera González y J. Echebarría Sáenz, "Distribución comercial y derecho de la competencia".

No acordamos con el autor citado, por los fundamentos dados precedentemente. Ya precisamos que el hecho de que el concesionario comercialice los bienes a nombre propio no conmueve la naturaleza de su obligación fundamental, que consiste en la promoción de la reventa de los productos del concedente, lo que ocasiona que exista identidad de razón con la agencia. Entendemos que no influye en el tema la diversidad de objeto y de derechos y obligaciones —que en cuanto a derechos y obligaciones tienen gran parte en común—. En cuanto a la opinión sobre que no le son aplicables al agente las restricciones de la ley 27.442 de Defensa de la Competencia, en especial las restricciones verticales, entendemos que no procede, ya que no existe en la mencionada ley una norma que exima al contrato de agencia de tal obligación. En Europa hay ciertas especialidades respecto del contrato de agencia y su vinculación con el derecho de defensa de la competencia, pero no pueden ser trasplantadas directamente al régimen argentino, por no corresponder **(95)**. Ello, porque si bien bajo el derecho de la competencia europeo los agentes no se consideran operadores económicos, ello es en tanto y en cuanto carezcan de libertad para organizar su actividad de promoción de los negocios del principal por cuya cuenta o interés actúan, y, por ello, los contratos de agencia en que ello no es así no caen bajo la prohibición de acuerdos restrictivos. Pero si el agente, en el desarrollo de su actividad de promoción de la venta de los productos del principal, asume algún riesgo relevante, entonces el acuerdo de agencia queda sujeto a la normativa de defensa de la competencia. Este análisis se centra sobre el criterio de la asunción del riesgo financiero o comercial relativo a las actividades para las cuales fue designado. La asunción o no de este riesgo por el agente permite distinguir, a los fines del derecho de la competencia, dos categorías de acuerdos de agencia: los acuerdos genuinos de agencia (excluidos de la prohibición de

(92) CABANELLAS, Guillermo — SEREBRINSKY, Diego, "Derecho de la distribución comercial", ob. cit., ps. 171 a 180, apart. 5.6: "La clientela".

(93) Sobre la vinculación e interacción del concepto de poder de atracción de la marca y la acción concausal del concesionario y el agente, ver —en extenso— MARTÍNEZ SANZ, Francisco, "La indemnización por clientela...", ob. cit., ps. 155 y ss.

(94) BOTTERI, José (h.), "La compensación por clientela", RCCyC 2018 (octubre), 153; LL AR/DOC/1768/2018.

(95) Un estudio detallado del régimen de defensa de la competencia en el contrato de agencia en Europa puede consultarse en TUYTSCHAEVER, Filip — WIJKMANS, Frank, "Vertical agreements in EU competition law", Ed. OUP, Oxford, 2018, ps. 298-307.

colusión) y los acuerdos no genuinos de agencia **(96)**. Al no existir en la legislación argentina esa diferenciación, se les aplica a los contratos de agencia las figuras que proscriben las restricciones verticales en la legislación de defensa de la competencia.

Por su parte, Ribas **(97)** se pronuncia afirmativamente sobre la extensión de la compensación por clientela a todos los contratos de distribución.

Di Chiazza **(98)** se pronuncia a favor de la aplicación analógica al concesionario de la compensación por clientela establecida en el art. 1497. Cuando estudia los presupuestos de procedencia de la compensación respecto a la concesión, indica que será un "desafío para el concesionario (...) acreditar la relación de causalidad entre su actuación y aquel incremento, ya que bien podría estar el mismo asociado a otros factores directamente vinculados con el concedente o distribuido, como, por ejemplo, la calidad o variedad de sus productos, estrategias de *marketing*, expansión de mercado, etc.". Tal como veremos más arriba, la creación y captación de clientela es un fenómeno concausal, con lo que nada agrega ni quita el hecho de que la decisión de adquisición del cliente haya sido exclusivamente debida a causa del concedente o exclusivamente a causa del concesionario, prueba además de imposible producción, motivo por el cual en Alemania y España se presume que fue por concausa del concesionario. Nosotros entendemos que esto es trasladable a la Argentina, y que el concesionario no debe probar el nexo causal de cada adquisición, sino que basta con que pueda inferirse la concausalidad, cosa que debe presumirse.

En cuanto a la jurisprudencia argentina, todavía no se han presentado precedentes luego del dictado del Código Civil y Comercial que permitan conocer el rumbo que tomará la jurisprudencia respecto del tema de la extensión por analogía a la concesión de la compensación por clientela.

IV.3.b. La compensación por clientela en el contrato de distribución en sentido estricto

En una primera aproximación general intuitiva, no cabe duda alguna de que el distribuidor en sentido estricto experimentará al momento de extinción del contrato, y respecto a la utilización de la clientela, necesidades de protección similares a las del agente y a las del concesionario. Como bien lo describe Martínez Sanz en palabras —que ya citamos— para el concesionario pero trasladables sin violencia conceptual al distribuidor: "El problema, expresado en términos muy simples, surgiría de una realidad objetiva difícilmente rebatible: el concesionario, a lo largo de la vigencia del contrato, a través de esa labor de promoción, habrá generado sin duda una clientela que, si desde un punto de vista jurídico puede considerarse suya —en definitiva, revende en nombre propio—, económicamente beneficia también al concedente. En consecuencia, podría afirmarse que durante la vigencia del contrato existe una suerte de 'activo común' que se ve roto al producirse la extinción del vínculo contractual. Se trataría, por tanto, de averiguar si en aquellos casos —que constituyen mayoría— en que los clientes siguen al fabricante-concedente, es posible aplicar analógicamente al concesionario las normas que reconocen al agente una compensación por clientela" **(99)**.

En los contratos de agencia, concesión y distribución en sentido estricto, se lleva a cabo una actuación de las partes para la realización de un interés común que puede llegar a la cons-

(96) Cfr. BERENGUER FUSTER, L. — COSTAS COMESAÑA, J., "Derecho de la competencia y contratos de distribución", en ALONSO UREBA, Alberto — VELASCO SAN PEDRO, Luis — ALONSO LEDESMA, Carmen — ECHEBARRÍA SÁENZ, Joseba A. — VIERA GONZÁLEZ, Arístides J. (dirs.), *Los contratos de distribución*, Madrid, 2010, ps. 662-663, con una explicación detallada de la clase de riesgos que tornan al contrato en no genuino.

(97) RIBAS, Armando (h.), "La indemnización por clientela en los contratos de agencia y distribución", *Derecho Comercial, del Consumidor y de la Empresa*, 2013 (junio), p. 147; LL AR/DOC/1290/2013.

(98) DI CHIAZZA, Iván, "Contratos de concesión y distribución en el Proyecto de Código Civil y Comercial unificado", ob. cit., p. 279.

(99) MARTÍNEZ SANZ, Francisco, "La indemnización por clientela en los distribuidores", en ALONSO UREBA, Alberto — VELASCO SAN PEDRO, Luis — ALONSO LEDESMA, Carmen — ECHEBARRÍA SÁENZ, Joseba A. — VIERA GONZÁLEZ, Arístides J. (dirs.), *Los contratos de distribución*, ob. cit., ps. 301-302.

titución de un activo de titularidad compartida cuya liquidación procede una vez extinguido el contrato. Este activo común que es la clientela asociada a la marca del proveedor —cuando el distribuidor coadyuvó a su creación o aumento o mantenimiento— queda para el goce exclusivo del fabricante una vez extinguido el contrato. En cuanto al contrato de franquicia, si bien la doctrina alemana y la española también extienden la compensación por clientela a aquel, en la Argentina, por la forma en que está redactada una norma en la regulación de la franquicia, *de lege lata* entendemos que no procede dicha extensión, si bien *de lege ferenda* hemos hecho ya un llamamiento a que ello sea modificado **(100)**.

En la jurisprudencia y doctrina alemana **(101)** y española **(102)**, la posición mayoritaria es que procede la aplicación de la compensación por clientela legislada para el agente en el contrato de distribución en sentido estricto. En general, el fundamento radica en la extensión por analogía.

En Alemania y España, tanto jurisprudencial como doctrinariamente, hoy día la mayoría se inclina por aceptar la aplicación analógica de la compensación por clientela al distribuidor en sentido estricto, sea que el contrato termine por su mero vencimiento o por cualquier otra causa. En ese sentido, se entiende allí que existe unidad funcional entre ambos contratos, por lo que se verifica la identidad de razón que admite la extensión analógica de la regulación de una figura a la otra. En general, se encuentra en esos países que la identidad de razón reside en que, al tener carácter remuneratorio dicha compensación, se verifica también en la distribución el mismo problema que en la agencia y la concesión, en el sentido de que corresponde que a la terminación el distribuidor sea remunerado por el disfrute por el fabricante de la clientela futura. Otros encuentran la identidad de razón con fundamento en la naturaleza compensatoria que para ellos tiene la compensación por clientela, por lo que se daría en ambos contratos el mismo fenómeno a la terminación de la relación: que el fabricante se enriquecería sin causa al poder disfrutar de dicha clientela. Otra corriente suma a la concepción compensatoria el hecho de que tanto el agente como el distribuidor deben ser protegidos ante los posibles abusos de la contraparte, por ser aquellas las partes débiles del contrato y estar subordinados económicamente a ella.

Para Fontcuberta Llanes, quizás el autor que mejor ha intentado defender la posición minoritaria de la no aplicación al contrato de distribución de la compensación por clientela, con argumentos serios —pero con los que no estamos de acuerdo—, en la discusión específica sobre la extensión a la distribución, la cuestión de su procedencia o no es la punta del iceberg de un debate de mayor profundidad que radica, para este autor, en si procede o no la protección legal del distribuidor en atención a: i) su posición débil (cuando la haya en el caso concreto); ii) lo incompleto que resulta su régimen retributivo para compensar su labor comercial, y iii) la ausencia de causa para disfrutar la clientela generada por el distribuidor que como consecuencia de la extinción del contrato puede experimentar el proveedor **(103)**.

Siguiendo los precedentes alemanes y españoles, el Código Civil y Comercial ha legislado expresamente, para el contrato de agencia, la procedencia de la indemnización por clientela en los arts. 1497 y 1498. No obstante, ha guar-

(100) La especialidad que bajo el derecho argentino tiene el tópico de la extensión de la compensación por clientela del art. 1497 al contrato de franquicia, a diferencia de su tratamiento en Europa, fue tratada en CABANELLAS, Guillermo — SEREBRINSKY, Diego, "Derecho de la distribución comercial", ob. cit., ps. 326 a 329, en el apart. 1.24.5: "La extensión analógica al contrato de franquicia de la indemnización por clientela establecida a favor del agente. Derecho a la clientela".

(101) El detalle de la doctrina que está de acuerdo con la extensión a la distribución es inabarcable; por citar dos fuentes, entre otros, SONNENSCHEN, Jürgen, en HEYMANN, Ernst — EMMERICH, Volker y otros, *Handelsgesetzbuch Kommentar*, Ed. De Gruyter, Berlín — Nueva York, 1989, t. 1: "Eintleitung; 1-104", apart. 81b, Rn. 8 y Rn. 9; BAUMBACH, Adolf — DUDEN, K. — HOPT, Klaus J., *Handelsgesetzbuch. Kommentar*, 28ª ed., Múnich, 1989, apart. 84, sub 2-A; apart. 89b, sub 1.

(102) Están de acuerdo con la extensión a la distribución, por citar dos entre muchos otros, MARTÍNEZ SANZ, Francisco, "La indemnización por clientela en los distribuidores", ob. cit., ps. 589 y ss.; VÁZQUEZ ALBERT, Daniel, "Las indemnizaciones derivadas de la extinción de los contratos...", ob. cit.

(103) Cfr. FONTCUBERTA LLANES, Javier, "El contrato de distribución de bienes de consumo... ", ob. cit., p. 227.

dado silencio respecto de dicha compensación en la regulación de la concesión comercial, silencio que, por el reenvío del art. 1511, inc. b), se extiende al contrato de distribución propiamente dicho. Se reproduce en este tema la necesidad de tomar posición sobre las consecuencias del silencio del legislador en el contrato de distribución —por extensión del silencio en la concesión— respecto de la compensación por clientela, por lo que damos por reproducidas aquí las fundamentaciones allí realizadas.

Un elemento importante para determinar en cada caso si procede la extensión de la indemnización por clientela al distribuidor en sentido estricto es que tanto el agente como el distribuidor y el concesionario están generalmente en situación de dependencia económica respecto de su contraparte. Esto es un elemento más para evaluar la procedencia de la aplicación analógica.

A nuestro entender, el distribuidor también —al igual que el agente— ha coadyuvado a la creación o aumento de clientela que será aprovechada por el fabricante a la extinción del contrato. Adicionalmente, en muchos casos el distribuidor también es una parte débil en una relación contractual de distribución, como por ejemplo cuando solo distribuye productos de ese fabricante. Por lo tanto, entendemos que, en la distribución en sentido estricto, al igual que en la agencia, el derecho del distribuidor a percibir la compensación por clientela a la terminación del contrato, por cualquier causa que sea —salvo las que expresamente se establecen como causas de exclusión—, debería ser de orden público, no siendo derecho disponible entre las partes, y nula su renuncia por parte del distribuidor **(104)**.

En este marco es que adquiere fundamental importancia el fallo anotado, pues, en cuanto a la jurisprudencia argentina, todavía no se habían presentado precedentes luego del dictado del Código Civil y Comercial que permitieran conocer el rumbo que tomaría respecto del tema de la extensión por analogía a la concesión y a la distribución de la compensación por clientela bajo la nueva normativa. Esa es una de las mayores contribuciones de este fallo, haber venido a sentar la sana doctrina en dos temas tan fundamentales del derecho de la distribución, en cuanto al tema de este apartado, la correcta extensión de la compensación por clientela dispuesta para el agente al contrato de distribución en sentido estricto **(105)**.

No obstante, en el ámbito de esa jurisprudencia, cabe destacar un correcto y reciente fallo de la Cámara Comercial que otorgó a un distribuidor en sentido estricto la compensación por clientela, pero bajo el anterior régimen. En "Sola, Andrés Valentín c. Diageo Argentina SA s/ ordinario" **(106)**, la Cámara admitió una compensación por clientela en un caso de rescisión unilateral de un contrato de distribución, de acuerdo con lo dispuesto por los arts. 1497 y 1498 del Cód. Civ. y Com., si bien consideró que no le era aplicable el Código Civil y Comercial por razones temporales. En aquel se dispuso: "[E]xtinguido el contrato de distribución, sea por tiempo determinado o indeterminado, el distribuidor tiene derecho a una indemnización por clientela si mediante su labor incrementó significativamente el giro de las operaciones del distribuido y su actividad anterior a la extinción puede seguir produciendo ventajas sustanciales a este último, ello con fundamento en la doctrina del enriquecimiento sin causa".

En este fallo, en un gesto de honestidad intelectual que la enaltece, la sala D reconoce que, si bien su jurisprudencia se venía pronunciando en contra de admitir la indemnización por clientela en los contratos de distribución, un nuevo examen de la cuestión la hace abandonar esa postura y seguir la de la jurisprudencia que la admite. Los fundamentos de la Cámara Comercial son los siguientes: "El distribuidor actúa en nombre propio, comprando al productor

(104) A favor de la imperatividad de la compensación por clientela en la concesión, MORALEJO MENÉNDEZ, Ignacio, "El contrato mercantil de concesión", ob. cit., ps. 321-325. En contra de dicha imperatividad, MARTÍNEZ SANZ, Francisco, "La indemnización por clientela en los distribuidores", ob. cit., ps. 329-335.

(105) El otro gran tema que vino a dejar absolutamente claro este fallo es la forma de calcular el plazo del preaviso.

(106) CNCom., sala D, 01/03/2016, "Sola, Andrés Valentín c. Diageo Argentina SA s/ ordinario", LL AR/JUR/12070/2016.

o distribuido y vendiendo a otros comerciantes o directamente al consumidor las mercaderías adquiridas (...). En esa actividad gana una clientela que pierde cuando el contrato se extingue, pues aquella pasa al productor o distribuido debido a que sigue a la marca que no es del distribuidor. En otras palabras, en los productos de marca la clientela compra la marca y desde el momento en que el distribuidor deja de comercializarla, lógicamente pierde la que ha ganado con su actividad y que, no obstante, sigue siendo aprovechada por el productor o distribuido. De tal suerte, extinguido el contrato, sea por tiempo determinado o indeterminado, el distribuidor que mediante su labor ha incrementado significativamente el giro de las operaciones del distribuido tiene derecho a una compensación si su anterior actividad puede seguir rindiendo frutos o continuar produciendo ventajas sustanciales a este último en razón de la clientela con la que seguirá vinculado. Así, la indemnización por clientela se debe por el solo hecho de la terminación del contrato. No es necesaria, pues, la existencia de una causa para que sea procedente la compensación, tal como lo sería el incumplimiento del contrato, la carencia de preaviso, etc. Dicho de otro modo, la compensación por clientela es adeudada en todo supuesto de extinción contractual (con solo algunas excepciones, que no son necesarias identificar aquí pues no se dan con relación al caso de autos) y no como un resarcimiento a título de culpa o dolo en el cumplimiento del contrato (que, por hipótesis, puede no haberse incumplido), y ello es así con fundamento en la doctrina del enriquecimiento sin causa (...). Puede decirse que la clientela debe ser compensada cuando pueda ser considerada un 'activo común' creado o acrecentado gracias al esfuerzo del distribuidor y no exista previsión contractual sobre su liquidación (conf. Trib. Sup. España, sala Civil, 08/10/2013, 'Comercial Dimac SL c. Sera GmbH'). Y reunidos los presupuestos propios que habilitan tal compensación, no puede ella quedar neutralizada por el prestigio de las marcas del fabricante o aun del distribuido, ya que aquella se centra exclusivamente en la idea del aprovechamiento de una clientela ganada por el distribuidor (conf. Trib. Sup. España, 12/03/2012, 'D. Leonardo c. Cadbury Schweppes Bebidas de España SA')".

Tal como mencionamos en otra obra, nosotros creemos que el caso precedentemente citado será un caso de gran importancia para la jurisprudencia futura. Y tan es así, que el fallo que ahora anotamos lo cita expresamente.

Por todo lo explicado y fundamentado precedentemente, en nuestra opinión, el fallo que hemos anotado será un *leading case* para la distribución propiamente dicha y su vinculación con la procedencia de la extensión a aquella de la indemnización por clientela, en el sentido de haberla admitido.

V. Rechazo del rubro de gastos por indemnizaciones laborales

La Cámara también confirmó lo decidido en primera instancia en el sentido de rechazar la solicitud de las actoras de que les sean reconocidas las indemnizaciones que tuvieron que pagar a sus empleados por haberlos despedido debido a la rescisión del contrato de distribución. En este sentido, nosotros no coincidimos con la posición seguida respecto a este rubro.

La jurisprudencia ha reconocido en algunos casos la indemnización de los costos laborales de la indemnización al personal ocasionados por el redimensionamiento empresarial vinculado con la rescisión unilateral **(107)**. Farina sostiene que "es verdad —como expresan Gerscovich y Fiezzoni— que tanto el distribuidor como el distribuido son comerciantes que asumen un riesgo propio en el ejercicio de la actividad, pero si el despido del personal es consecuencia inmediata y necesaria de haber dado el distribuido por extinguida intempestivamente la relación comercial, deberá responder conforme el art. 520 y

(107) Se decidió a favor de indemnizar los pasivos laborales originados en la rescisión unilateral en los fallos "Giorgetti, Ricardo y otros c. Georgalos Hnos. SA" (CNCom., sala C, 30/06/1993, LA LEY 1994-D, 113) y "Guimasol SA c. Lever y Asociados" (CNCom., sala C, 06/06/1994, LA LEY 1995-B, 168). También reconocieron dicha indemnización, por ejemplo, los fallos CNCom., sala B, 26/02/1992, "Distribuidora Aguapey SRL c. Agip Argentina SA", JA 1993-I-387; ídem, sala C, 13/02/1998, "Tercal SA c. IBM Argentina", AP 11.1089; CNCom., sala B, "Marquínez y Perotta c. Esso SAPA"; CNCom., sala D, 03/10/2001, "R. Martín y Cía. c. Autolatina Argentina SA y otros", LA LEY 2002-B, 442. También entiende que procede este rubro indemnizatorio la mayoría de la doctrina; ver, por todos, CIFUENTES, Santos, "Contrato de agencia a plazo renovado y ejercicio abusivo del derecho por la rescisión unilateral del productor. Indemnización de los daños. El daño moral", ED 181-261.

ss. del Cód. Civil" **(108)**. Nosotros concordamos con Farina, por lo que entendemos equivocada la jurisprudencia que rechaza este rubro, así como tampoco acordamos con su fundamento en negarlo, que reside en que el distribuidor corre con el riesgo de su negocio. Por lo tanto, en caso de que el distribuidor pruebe que la extinción culpable del contrato fue la causante de que deba despedir a su personal, entendemos que el empresario deberá indemnizar todas las sumas que el agente tuvo que pagar por tales conceptos. Es lo que nosotros entendemos ocurrió en este caso. La distribuidora tuvo que despedir a sus empleados por la terminación *ante tempus* ilícita decidida por la fabricante. Por lo tanto, corresponde que dichos gastos le sean reconocidos.

Por su parte, Heredia entiende —en el marco del contrato de agencia— que no corresponde al empresario reembolsar al agente las indemnizaciones laborales por despido a causa de la rescisión ilícita del contrato por aquel, pues se trataría de un débito propio del agente, por ser empresario autónomo, agregando además que ese pasivo laboral se hubiese generado tanto al concluir normal y legítimamente el contrato de agencia, cuanto al concluir por la rescisión ilícita; es decir, el agente debería indemnizar a sus dependientes a la terminación del contrato de agencia, sea esta finalización por causa lícita o a causa del actuar ilegal del empresario **(109)**. Disentimos con los fundamentos de Heredia, pues el hecho de que, en algún momento, fatalmente, el agente —o el empresario, agregamos nosotros—, efectivamente, podría despedir a sus empleados, no justifica la antijuridicidad de la conducta ilegal del empresario, antijuridicidad que lo hace responsable por los daños causados —con nexo causal— al agente o distribuidor; por lo tanto, si existe nexo causal entre la terminación ilegal y los despidos de personal que hizo el agente, el daño debe ser reparado por el empresario.

También es correcto el fundamento adicional que da Rubín al criticar la jurisprudencia que suele rechazar este rubro, fundada en que el agente debía prever la contingencia por indemnizaciones por despido de su personal toda vez que su independencia le imponía correr los riesgos de su explotación. Como bien dice Rubín, no hay norma que obligue al agente, ni a ningún comerciante, a prever la contingencia por despido, previsión que, como cualquier otra, es optativa (art. 63 de la ley 19.550 General de Sociedades) **(110)**. Por otra parte, no debe confundirse la existencia de un riesgo —el de deber hacer frente a responsabilidades laborales— con el hecho de que el riesgo se concrete debido a la conducta ilícita de otra parte —en este caso, el empresario—. En este segundo caso, existe una relación de causalidad que hace imputable al empresario el daño sufrido por el agente o distribuidor, y responsable a tal empresario por su indemnización debido a la ilicitud de su conducta.

VI. Falta de tratamiento del tema de la omisión en el preaviso de la oferta de renegociar de buena fe sin incurrir en abuso del derecho impuesta por el art. 1011, Cód. Civ. y Com.

Para finalizar esta nota a fallo, entendemos que corresponde señalar un tema del que la primera instancia y la Cámara no se ocuparon —cuando deberían haberlo hecho, pues se trata de un instituto de orden público, y lo podrían haber hecho sin que las partes lo hubieran solicitado—. Nos referimos al hecho según el cual el preaviso que otorgó la demandada también resultó ilegal: la rescindente omitió en dicha comunicación darle a la contraparte la oportunidad razonable de renegociar de buena fe, sin incurrir en ejercicio abusivo de los derechos. Realizar esta oferta resulta obligatorio para aquellas partes que desean ejercer el derecho de rescindir en forma unilateral sin causa un contrato de larga duración, por aplicación del art. 1011 del Cód. Civ. y Com. En virtud de las disposiciones del art. 962 del mismo cuerpo legal, no cabe duda alguna de que el art. 1011 es de orden público; por lo tanto, hubiera correspondido que, aunque la demandada no lo haya solicitado en su demanda, tanto la primera instancia como la Cámara se pronunciaran sobre esta falta por omisión del preaviso, así como

(108) FARINA, Juan, "Resolución del contrato en los sistemas de distribución", Ed. Astrea, Buenos Aires, 2004, p. 194.

(109) HEREDIA, Pablo D., "El contrato de agencia en el Código Civil y Comercial de la Nación", ob. cit., apart. XXVII: "Indemnizaciones improcedentes", punto 1.

(110) RUBÍN, Miguel E., "Contratos de comercialización en el nuevo Código Civil y Comercial argentino y en el derecho comparado", La Ley, Buenos Aires, 2014, t. 1, ps. 352-356.

para tenerla en cuenta a los efectos de merituar la responsabilidad de la demandada y los montos indemnizatorios. Autores de la talla de Sánchez Herrero **(111)** entienden que el principio de razonabilidad de las leyes impide interpretar el tercer párrafo del art. 1011 en el sentido de que se aplique a la rescisión incausada, explayándose en varias fundamentaciones. No es posible rebatirlas todas aquí; no obstante, indicamos que disentimos en este tema con este gran jurista, y que entendemos que el art. 1011 no hace ninguna distinción entre rescisiones causadas o incausadas, por lo que allí donde la ley no distingue, no corresponde al intérprete distinguir, y no puede utilizarse el principio de razonabilidad de forma tan amplia como para hacerle decir a la ley lo que la ley no dice.

(111) Cfr. SÁNCHEZ HERRERO, Andrés, "Rescisión unilateral de los contratos", ob. cit., p. 524. Sánchez Herrero estudia con seriedad y profundidad el tema de la obligación de realizar la oferta de renegociación de la parte rescindente —forma en la que, en nuestra opinión, estudia todos los temas que aborda en sus obras— en un capítulo entero que dedica al tema, el cap. 16, titulado "El deber de renegociar", que va desde la p. 503 a la 532, dando argumentos muy serios e interesantes, sin perjuicio de que no acordamos con ellos ni con sus conclusiones, como veremos y fundamentaremos en un futuro artículo en el que daremos nuestra visión sobre la aplicación del art. 1011 a los contratos de distribución comercial en sentido amplio, pues explayarnos sobre este tópico no es posible aquí por razones de espacio.

CONCURSOS Y QUIEBRAS

Doctrina

Acciones de responsabilidad contra administradores societarios en la quiebra

Pedro Sánchez Herrero (*)

Sumario: I. Introducción.— II. La acción concursal.— III. La acción social en la quiebra.— IV. Medidas cautelares.— V. La acción individual y la quiebra.

I. Introducción

Uno de los ámbitos de nuestro derecho en el que más encontraremos acciones de responsabilidad contra administradores de personas jurídicas es en la quiebra. Fundamentalmente, por cuestiones prácticas de legitimación, costos y riesgos.

Lo que haré en este trabajo es analizar tres acciones posibles contra los administradores en la quiebra: concursal, social e individual. Cada una tiene sus particularidades y es bueno comprenderlas para lograr un resultado exitoso.

Haré el análisis con referencia a los administradores societarios, aunque mucho es aplicable a los administradores de otras personas jurídicas. Opté por limitar el alcance del estudio porque hacerlo con relación a otras normativas especiales haría muy extenso y complejo el trabajo.

Incluyo en algunos temas un desarrollo sintético de fallos, lo cual entiendo que hará más comprensibles las normas e ideas.

II. La acción concursal

II.1. Noción. Distinción con otras acciones

El art. 173, párr. 1º, de la ley 24.522 establece que deben indemnizar los perjuicios causados los representantes, administradores, mandatarios o gestores de negocios de la fallida que dolosamente produjeron, facilitaron, permitieron o agravaron la situación patrimonial del deudor o su insolvencia. Con respecto a los administradores de personas jurídicas, esta es la llamada "acción concursal" de responsabilidad, expresión utilizada para distinguirla de las acciones sociales e individuales (o particulares).

La diferencia de la acción concursal con la individual es relativamente sencilla. Si la conducta del administrador daña a un sujeto en particular, no hay relación ni con el patrimonio de la fallida ni con la generalidad de los acreedores. Solo en el supuesto de las acciones de los socios por "daños indirectos" habría un vínculo con aquellos (claro que esto implica admitir que los socios pueden instar la acción individual por los "daños indirectos" —esto es, el perjuicio producido por el administrador al patrimonio social que, a su vez, afecta el patrimonio del socio en cuanto tal porque, por ejemplo, sus participaciones tienen un menor valor—, lo cual es discutido —la mayor parte de la jurisprudencia lo rechaza, pero la doctrina actual está dividida—).

Es más complejo trazar límites con la acción social de responsabilidad. Si un administrador *insolventa* una empresa, daña primero el patrimonio social y esto perjudica, a su vez, a los acreedores. Una comprensión sistemática de las leyes 19.550 y 24.522 permite concluir que la diferencia esencial está en el interés protegido. Sabemos que la acción social está prevista para reparar daños producidos por los administradores en el patrimonio social. En su lugar, la acción

(*) Profesor en materia de personas jurídicas (Universidad Nacional de Rosario y Universidad Austral). Magíster en Asesoramiento Jurídico de Empresas (Universidad Austral).

concursal tiene como fin la protección de los intereses de los acreedores en virtud de la insuficiencia patrimonial de la sociedad **(1)**. Por consiguiente, una consecuencia (no explicitada) es que el *tope* del resarcimiento sea el pasivo insoluto del proceso (en esencia, la sumatoria de los créditos verificados y los gastos del proceso no *cubiertos* por los bienes de la sociedad fallida). En su lugar, como la acción social procura la reparación del perjuicio producido a la sociedad, no habrá otro límite más que el de las normas generales **(2)**. O sea que el resarcimiento puede ser suficiente para pagar el pasivo insoluto y que quede un remanente para el patrimonio social.

La acción concursal tiene, al menos, dos diferencias fundamentales con la acción social de responsabilidad. La primera, el factor subjetivo, puesto que la norma concursal requiere que haya dolo. En cambio, la acción social, solo culpa. La segunda, los tipos de conductas indebidas que hacen procedente las acciones. Como vimos, en la concursal, deben ser conductas que produzcan, faciliten, permitan o agraven la situación patrimonial del deudor o su insolvencia. No hay estas limitaciones en la acción social. Toda conducta indebida puede dar lugar a que proceda. Luego también está la cuestión de la prescripción, y otros aspectos que pueden ser fundamentales para que proceda una u otra acción.

En la práctica, es usual confundir la acción concursal con la social. En varias causas judiciales el tribunal debió aplicar el principio *iura novit curia* para encauzar las pretensiones en función de las conductas antijurídicas comprobadas. Las sindicaturas acostumbran acumular ambas acciones. Incluso, suele referirse que la acción concursal "absorbe" la social, puesto que, comprobados los requisitos de la primera, se entienden implícitos los de la segunda. Con todo, desconocer sus diferencias puede llevar al fracaso de la acción en cuestión, así como comprender la esencia y finalidad de cada una puede ayudar a resolver varios de los aspectos controvertidos que veremos que presentan estas acciones en un proceso falencial (como lo analizaremos en los puntos que siguen).

II.2. Conductas tipificadas. Factor de atribución

La ley concursal *tipifica* las conductas que generan responsabilidad para que proceda la acción concursal. Consisten en producir, facilitar, permitir o agravar la situación patrimonial del deudor o su insolvencia. En apariencia, es una limitación, pero sus términos son amplios, por lo que difícilmente dejen fuera una conducta indebida del administrador.

Una breve descripción de cada una de aquellas conductas censuradas sería la siguiente:

a) El administrador produce la insolvencia cuando actúa directamente y es quien genera la condición esencial para su existencia.

b) El administrador facilita la insolvencia cuando coadyuva para que se produzca.

c) El administrador permite la insolvencia con conductas omisivas respecto de los deberes y tareas que debía cumplir por el ejercicio de su cargo (en particular, en defensa del patrimonio a su cuidado), que podrían haber evitado el daño.

d) Por último, agrava el administrador que, por vía directa o como *facilitador*, hace más intenso o extenso el resultado dañoso. Supone un estado de insolvencia y conductas dañosas que lo empeoran, con el pretexto de salvar la situación.

Cuando vemos los ejemplos de estas conductas, es difícil en ocasiones distinguir una de otra. Como dije, son suficientemente amplias como para abarcar todos los actos (comisivos u omisivos) de los administradores.

Estas conductas tienen que ser vinculadas con el factor de atribución. La norma demanda dolo, lo cual es criticable. Contradice la norma general sobre los deberes de conducta (art. 59 de la ley 19.550) y no hay razones particulares que lo justifiquen. Lo más extraño es que esas conductas antijurídicas de los administradores fueron tan graves, en algunos casos, que generaron la insolvencia. Mayor razón habría para que respondan por su negligencia.

La normativa vigente antes del Código Civil y Comercial hacía que esta exigencia del dolo fue-

(1) V. BORETTO, Mauricio, "Notas sobre la responsabilidad de los administradores en la quiebra", AP 0003/010551.

(2) V. JUNYENT BAS, Francisco — FERRERO, Luis F., "La acumulación y presupuestos de procedencia de las acciones social y concursal de responsabilidad de los administradores", LL AR/DOC/1643/2014.

se un obstáculo muchas veces insalvable. Entendido como una manifiesta intencionalidad de dañar, ese factor subjetivo era difícil de probar. Luego de la reforma, la cuestión tuvo un cambio sustancial. Recordemos que hay dolo si el daño es hecho de manera intencional, pero también cuando lo es con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos (art. 1724 del Cód. Civ. y Com.). Este último es, cuanto menos, el dolo eventual y, según la interpretación, podría ser la culpa grave **(3)**. En cualquier caso, está claro que cabe aplicarlo al art. 173 de la ley 24.522, dado que este no hace ninguna distinción.

El administrador de una sociedad debe obrar con la diligencia de un buen hombre de negocios. En tal sentido, es elemental que conozca la situación patrimonial del ente. Dado ese conocimiento, será difícil que se excuse por no haber previsto y admitido las consecuencias dañosas que tendrían ciertas conductas, sean comisivas u omisivas. Particularmente con la inclusión expresa en el Código Civil y Comercial de la responsabilidad preventiva **(4)**.

A continuación, cito algunos ejemplos dados en la doctrina de conductas que pueden quedar contenidas en el art. 173 de la ley 24.522:

1. Enajenación simulada, ocultamiento o destrucción de bienes.

2. Apropiación de bienes del fallido.

3. Constitución de garantías incausadas a favor del administrador o de terceros.

4. Abandono del giro del negocio.

5. Celebración de contratos que disminuyen el valor de los bienes.

6. Simulación de deudas o contracción de estas sin causa.

7. Otorgamiento de prelación a algún acreedor después de que haya conocido o debido conocer su cesación de pagos.

8. Distribución de dividendos ficticios.

9. Utilización de medios ruinosos para procurar recursos **(5)**.

10. "Trasvasamiento" de la empresa **(6)** (esto es, la transferencia de prácticamente todos los bienes de valor del patrimonio de la sociedad a otra sociedad —normalmente, de reciente constitución, con los mismos socios o prestanombres—).

11. Actuación en competencia.

12. Contratación a sabiendas de la imposibilidad de pago **(7)**.

13. Continuidad del giro del negocio, pese al estado de insolvencia **(8)**.

14. Falta de presentación en concurso preventivo o quiebra **(9)**.

II.3. Fallos que admitieron la acción concursal. Causas

Los que siguen son fallos de nuestra jurisprudencia en los que fue admitida la responsabilidad de administradores de sociedades a través de la acción concursal. Creo que es importante hacer una muy sintética mención de las causas o hechos que fundaron las sentencias para to-

(3) En el sentido de que la noción de dolo del art. 1724 del Cód. Civ. y Com. comprende a la culpa grave: AZAR, Aldo M. — OSSOLA, Federico, en SÁNCHEZ HERRERO, Andrés (dir.) — SÁNCHEZ HERRERO, Pedro (coord.), *Tratado de derecho civil y comercial*, 2ª ed., Ed. La Ley, Buenos Aires, 2018, t. 3, p. 395; VENEGAS, Patricia P., "Derecho de daños en el Código Civil y Comercial", Ed. Astrea, Buenos Aires, 2018, p. 50.

(4) V. DI LELLA, Nicolás J., "Influencias de la legislación civil y comercial en las acciones típicas de resarcimiento concursal", LL AR/DOC/5/2018.

(5) Los puntos 6 a 9, v. JUNYENT BAS, Francisco, "Reflexiones sobre la responsabilidad de los administradores societarios y terceros en la quiebra", en RICHARD, Efraín H. (dir.), *Sociedad de responsabilidad limitada*, Ed. Advocatus, Córdoba, 2003, p. 320.

(6) V. MOLINA SANDOVAL, Carlos A., "Extensión de la quiebra, el trasvasamiento societario y la prueba de los hechos", LL AR/DOC/2258/2009.

(7) RICHARD, Efraín H., "Los administradores societarios y la insolvencia", AP 0021/000263.

(8) V. BOQUIN, Gabriela F., "Las acciones de responsabilidad de los administradores frente a la insolvencia y la normativa del Código Civil y Comercial", LL AR/DOC/2480/2015; USANDIZAGA, Manuel, "La responsabilidad de los administradores por la actuación de la sociedad en estado de insolvencia", AP AP/DOC/834/2016.

(9) V. DI LELLA, Nicolás J., "Influencias...", ob. cit.

mar una dimensión más concreta y precisa de la aplicación de la norma.

Caben dos aclaraciones con respecto al factor subjetivo necesario para que proceda la acción concursal. El vigente art. 173 de la ley 24.522 prevé que debe haber dolo. Como vimos, el Código Civil y Comercial contiene en ese concepto al dolo eventual (y, según la interpretación, la culpa grave). No sucedía así antes de su vigencia, por lo que lo normal en los fallos era encontrar la necesidad de una inequívoca intencionalidad de producir el daño en cuestión. Por otra parte, el derogado art. 166 de la ley 19.551 (lo que sería el actual art. 173, en tanto preveía la acción concursal) permitía interpretar que bastaba con el factor subjetivo culpa. Como dije, pretendo mostrar qué hechos permitieron que proceda la acción concursal. En caso de afinidad con la causa que analiza el lector, es recomendable profundizar en la lectura de cada fallo para verificar qué criterio fue seguido sobre el factor de imputación. Por un lado, porque el art. 166 era más amplio para imputar responsabilidad a los administradores, de seguir la interpretación que incluía la culpa. Por otro, porque la indubitable incorporación del dolo eventual (o culpa grave, según la interpretación) puede incluir ciertas inconductas que no calificaban como dolosas con el art. 173 de la ley 24.522.

Por último, en un inicio pretendí clasificar los fallos de acuerdo con la conducta generadora de responsabilidad. Opté por un criterio cronológico, porque las particularidades de cada causa judicial hacen casi imposible distinguir en puridad los hechos que podrían dar lugar a aquella diferenciación. No obstante, en cada caso, apuntaré en su título alguna expresión que aluda a la conducta reprochada, si es que es posible circunscribirla (en algunos fallos, los administradores ejecutaron un amplio repertorio de conductas antijurídicas en perjuicio de la sociedad y los acreedores que no pueden ser sintetizados en pocas palabras).

II.3.a. Fallo "Phonotone" **(10)** (inexistencia de ciertos bienes en el activo)

El síndico designado por la quiebra de una sociedad de responsabilidad limitada inició una acción concursal contra los gerentes de la fallida, conforme con lo previsto por el art. 166 de la ley 19.551. La demanda fue admitida en cuanto a la infracción al deber de conservar ciertos activos de la sociedad. En tal sentido, los créditos verificados en la quiebra daban cuenta de que los administradores recibieron ciertos bienes de esos acreedores. Bienes que, por supuesto, debían ser incorporados al patrimonio social. Sin embargo, en el proceso no pudo establecerse qué había sucedido con ellos: ni su inclusión en el patrimonio ni mucho menos si fueron aplicados para beneficio de la sociedad (p. ej., a través de su comercialización). Esto supuso un incumplimiento de los deberes previstos en el art. 59 de la ley 19.550, que produjo o agravó la disminución de la responsabilidad patrimonial de la fallida. La condena fue a pagar el "... valor de los bienes no habidos y de ignoto destino, valor que debe ser establecido en el monto de los precios de sus adquisiciones..." **(11)**.

II.3.b. Fallo "Estructuras Elcora" **(12)** (continuación del giro habitual en insolvencia)

En esta causa judicial la sindicatura instó tanto la acción concursal como la social contra los directores del ente fallido. Ambas fueron admitidas sobre la base de la actuación antijurídica de los administradores. Esa inconducta consistió en no solicitar el concurso en tiempo oportuno, demorar en cesar su actividad, no presentar estados contables ni documentación, no cancelar obligaciones previsionales y otros créditos verificados y abandonar sus funciones. Todo ello tuvo un "efecto deletéreo" sobre la solvencia de la sociedad. La condena fue al pago del "saldo insoluto de la quiebra".

II.3.c. Fallo "International Express" **(13)** (enajenación del fondo de comercio)

Aquí, una sociedad anónima quebró y el síndico del proceso instó diversas acciones de recomposición de su patrimonio. Una de ellas fue la acción concursal contra los dos directores del ente. En esencia, el reproche contra su conducta

(10) CNCom., sala D, 10/09/1992, "Phonotone Co. SRL, quiebra", LL AR/JUR/430/1992.

(11) Ídem.

(12) CNCom., sala B, 26/11/1998, "Estructuras Elcora SA c. Yurcovich, Rosa y otro", AP 993462.

(13) CNCom., sala A, 19/09/2002, "International Express SA c. Obstein, Luis y otros", LL AR/JUR/2185/2002.

era que habían enajenado el fondo de comercio del establecimiento sede de la actividad social por un precio que, de acuerdo con las constancias de autos, o no existió o fue retenido por el presidente. La operación fue hecha "en curso de un estado de insolvencia". Poco después, la fallida solicitó su concurso preventivo. Cabe mencionar que no se había hecho el trámite registral del procedimiento de la transferencia del fondo de comercio. Esta fue considerada una conducta dolosa que, cuanto menos, facilitó o agravó la insolvencia (si no la produjo, puesto que había indicios de que se habría hecho para la cancelación de deudas personales del presidente del directorio respecto del adquirente), por lo que la pretensión fue admitida (así como la revocatoria concursal del acto de enajenación del fondo de comercio, conforme con lo previsto en el art. 119 de la ley 24.522).

II.3.d. Fallo "Fontanet" **(14)** (inexistencia de ciertos bienes en el activo)

En este proceso, la quiebra de una sociedad anónima fue clausurada por falta de activo. La sindicatura instó la acción concursal contra sus directores y fue admitida. La conducta antijurídica consistió en no justificar qué sucedió con ciertos bienes del patrimonio, pese a que había constancia de que ciertas operaciones comerciales habían generado créditos a favor de la sociedad (p. ej., la venta de un inmueble). A tal efecto, fue decisiva la cuestión de la documentación social. La total carencia de esta fue usada contra los administradores, puesto que esa era la forma que tenían los administradores de justificar la incorporación de los bienes al patrimonio social. Y son los administradores los responsables de esos libros sociales. Conforme a la carga dinámica de la prueba, debieron exhibirlos en la causa, pero nunca lo hicieron. De acuerdo con el tribunal, si esa conducta no produjo la insolvencia, cuanto menos la facilitó o la agravó. Por consiguiente, los directores fueron condenados a pagar el total de los créditos verificados.

(14) CNCom., sala B, 03/04/2002, "Carlos A. Fontanet y Cía. SA s/ quiebra s/ acción de responsabilidad", LL 30002780.

II.3.e. Fallo "FIPSA" **(15)** (retención de sumas de dinero)

El síndico designado en la quiebra de una sociedad instó una acción concursal y social contra su director. La demanda fue admitida sobre la base de que este retuvo una parte del precio de la enajenación de un inmueble de la sociedad. Por un lado, porque admitió que retuvo una suma de dinero para cancelar un crédito que tenía contra la sociedad. No obstante, esto nunca fue probado. Por otro, porque de las constancias contables surgía una diferencia entre la suma ingresada por la compraventa y el precio de la operación que no pudo ser explicada. Así, el director fue condenado a resarcir el monto que retuvo.

II.3.f. Fallo "Transportes Perpen" **(16)** (vaciamiento)

En esta causa judicial, la sindicatura instó acciones de responsabilidad concursal y social contra los directores de la sociedad fallida. En primera instancia fueron rechazadas. No así en segunda, donde los directores fueron considerados responsables y condenados a afrontar el total del pasivo admitido en la quiebra. Algunos hechos que sustentaron la resolución de responsabilidad fueron los siguientes: a) retrasar el pedido de concurso o quiebra; b) liquidar extrajudicialmente la empresa quintuplicando el pasivo del ente; c) contraer obligaciones con garantía hipotecaria; d) descontar —antes del vencimiento y con importantes quitas— una importarle cantidad de facturas; e) enajenar inmuebles, y f) pasar a retiro una gran cantidad de rodados, lo que disminuyó el activo fijo. Fue señalado como un hecho relevante la irregularidad en los libros de la sociedad. También, la desaparición de bienes muebles de sus establecimientos, sin que los administradores diesen explicaciones razonables ni que hiciesen algo al respecto oportunamente. La conclusión fue que hubo un "vaciamiento" del patrimonio de la sociedad, hecho por el cual los administradores son responsables tanto por acción como por

(15) CNCom., sala B, 09/03/2004, "FIPSA Fibras Industriales Poliolefínicas SA c. López, Juan C.", LL AR/JUR/637/2004.

(16) CNCom., sala C, 20/12/2006, "Transportes Perpen SA s/ quiebra c. Ernesto Perpen y otros", LL AR/JUR/10868/2006.

omisión, conforme con el estándar de actuación del art. 59 de la ley 19.550.

II.3.g. Fallo "Eddicom" **(17)** (inexistencia de ciertos bienes en el activo)

En esta causa judicial, la sindicatura instó una acción concursal de responsabilidad (art. 173 de la ley 24.522) contra dos directores de la fallida. La demanda fue admitida solo contra uno de ellos. Los hechos considerados a tal efecto fueron la desaparición de ciertos bienes de la empresa (de cuantía menor) y la recepción de pagos de terceros luego de dictada la quiebra. La condena fue a resarcir el daño producido por estos hechos y no el pasivo falencial (como lo requería la sindicatura). La razón de esto último fue que esos actos ilícitos no habían producido la insolvencia, sino un agravamiento de la disminución patrimonial.

II.3.h. Fallo "Bratar" **(18)** (inexistencia de ciertos bienes en el activo)

La sindicatura de la sociedad fallida instó una acción concursal de responsabilidad contra directores y un síndico del ente. Dos hechos puntuales fundaron su pretensión:

1. Desaparición de importantes sumas de dinero obtenidas por la sociedad a través de créditos bancarios.

2. Desaparición de maquinarias de la sociedad.

La acción fue admitida porque esos hechos produjeron la insolvencia del ente, según el tribunal. Un hecho relevante para este fue la falta de presentación de los libros sociales. La condena fue a responder por la totalidad del pasivo concursal verificado.

II.3.i. Fallo "Compañía Financiera del Plata" **(19)** (préstamos a sociedades *amigas*)

La sindicatura en la quiebra de una entidad financiera instó tanto la acción concursal como la social contra directores y síndicos de la sociedad. La demanda fue admitida sobre la base de una operatoria que produjo la insolvencia del ente. Esa operatoria consistía en otorgar préstamos a sociedades vinculadas con la fallida. Una de ellas era la titular del 99,9% de las acciones de la fallida. Esta controlante controlaba, a su vez, a las restantes sociedades a las que se hicieron los préstamos. Todas las sociedades (incluida la fallida) tenían el mismo presidente de directorio. Algunas de las beneficiarias de los préstamos se encontraban, incluso, en estado de insolvencia. Y ninguna de ellas realizaba actividad más que la de ser titular de un inmueble rural. Este fue utilizado como "garantía" (hipotecaria) de esos préstamos, pero notoriamente sobrevaluado. Para peor, todas las sociedades entregaron en préstamo las sumas percibidas a la controlante.

La conducta de los directores fue juzgada ilícita porque uno de sus deberes fundamentales era el de comprobar la capacidad crediticia del cliente. En estos casos, participaron de la entrega de sumas de dinero a personas que carecían de suficiente capacidad de repago, puesto que no tenían actividad productiva, no poseían patrimonio o eran insolventes. En suma, lo que hizo la fallida a través de sus administradores fue desviar los fondos captados en el mercado para beneficio de la controlante. Esta operatoria le quitó a la fallida capacidad para operar en el mercado y para responder ante los titulares de los créditos tomados por su parte, lo que produjo la insolvencia de la entidad financiera.

II.3.j. Fallo "Vanguardia Seguridad" **(20)** (inexistencia de ciertos bienes en el activo)

En esta causa judicial, la sindicatura de una sociedad fallida instó una acción concursal contra su presidente. De la prueba surgía que la sociedad contaba con diversos activos (p. ej., créditos y rodados) que no fueron encontrados cuando fue dictada la quiebra. Dada la desaparición de los libros contables ("presuntamente sustraídos"), fue imposible determinar qué había sucedido con esos activos. El administrador fue considerado responsable porque sobre él recaía el deber de custodia de los bienes de la

(17) V. C3ªCiv. y Com. Córdoba, 10/06/2008, "Sindicatura en Eddicom c. Rosetto, Eduardo José y otro", LL AR/JUR/5845/2008.

(18) CNCom., sala A, 20/08/2009, "Bratar SA c. Rocca, Bernardo Enrique s/ ordinario", LL AR/JUR/36491/2009.

(19) CNCom., sala A, 14/05/2009, "Compañía Financiera del Plata SA s/ quiebra c. Carlino, Reynaldo F. y otro", LL AR/JUR/19172/2009.

(20) CNCom., sala E, 16/03/2010, "Vanguardia Seguridad Integral Empresaria y Privada SA s/ quiebra c. Fusaro, Teodoro Pablo", LL AR/JUR/12941/2010.

sociedad. Y la mejor forma que tenía de demostrar lo que había sucedido era la presentación de los libros sociales, cosa que no hizo y operó como presunción en su contra. Fue condenado a resarcir el valor de los activos faltantes.

II.3.k. Fallo "Cresaltex" **(21)** (inexistencia de ciertos bienes en el activo)

La sindicatura de una sociedad de responsabilidad en quiebra instó una acción concursal de responsabilidad contra sus gerentes. Las conductas reprochadas fueron las siguientes: a) demorar la presentación de la sociedad en concurso preventivo, agravando su situación patrimonial; b) no haber presentado documentación contable que permitiese la reconstrucción de la situación económico-financiera de la sociedad, y c) no haber justificado el destino dado a ciertos bienes cuya existencia surgía de un balance previo a la quiebra. Cabe mencionar que el tribunal aplicó la culpa como factor subjetivo, dado que adoptó la interpretación de que así lo permitía el art. 166 de la ley 19.551 (no así el actual art. 173 de la ley 24.522, que exige dolo).

La demanda fue rechazada en primera instancia y admitida parcialmente en segunda. Con respecto a la conducta reseñada en a), fue rechazada porque

"[L]a posibilidad de responsabilizar a administradores societarios por una presentación tardía en concurso preventivo está atada a la necesaria prueba de que durante el lapso en que se produjo la invocada demora, aquellos no encararon un plan de liquidación o saneamiento, provocándose un daño en el patrimonio a liquidar causalmente relacionado..." **(22)**.

De acuerdo con el tribunal, la prueba de la relación de causalidad entre la no presentación y el daño no había sido producida.

También fue rechazada la acción en función de la no presentación de los libros sociales. Aunque es una falta y estaba comprobada, debe haber una relación de causalidad entre este incumplimiento y el daño. De nuevo, no pasó tal cosa.

Por último, sí fue admitida la pretensión sobre la base del faltante de bienes del activo. En este sentido, el tribunal sostuvo que los administradores tienen la obligación de conservarlos o de explicar su destino. El último balance exponía la existencia de un activo corriente y no corriente equivalente a determinada suma de dinero (integrada por disponibilidades de caja, créditos por venta y otros, materias primas y bienes de uso). Ante la falta de presentación de la documentación contable de la sociedad, fue imposible determinar qué sucedió con ese activo. Y los administradores tampoco lo pudieron justificar de otro modo. Por consiguiente, fueron condenados a resarcir una suma equivalente a esos activos.

II.3.l. Fallo "Banco Extrader" **(23)** (operaciones financieras ilícitas)

En este proceso la sindicatura instó una acción concursal de responsabilidad contra dos de sus directores. Los hechos más relevantes que fundaron la sentencia que admitió la pretensión de responsabilidad fueron los siguientes:

1. Transferencia de títulos valores públicos y privados a cuentas de otro banco sin contraprestación alguna.

2. Prestación de garantías de créditos a favor de terceros en sobrado exceso de la operatoria ordinaria de la institución, que importaron asumir obligaciones excesivas en relación con su situación patrimonial o sin garantías suficientes.

3. Adquisiciones de créditos en exceso de las normas de fraccionamiento de riesgo del Banco Central de la República Argentina que afectaron la liquidez de la institución y que provocaron la imposición de importantes multas.

Uno de los directores alegó que no se había demostrado el dolo en su actuación, pero el tribunal remitió a lo resuelto en diversas causas penales por el delito de defraudación por administración fraudulenta (incluso en concurso real con otros tipos penales, en algunos supuestos), en el que fue condenado (incluso, los hechos fueron admitidos por el director al consentir el

(21) CNCom., sala D, 21/04/2010, "Cresaltex SRL s/ quiebra - acción de responsabilidad", LL 70061643.

(22) Ídem.

(23) CNCom., sala D, 22/10/2013, "Banco Extrader SA (s/ quiebra) c. Terrado, Jorge A. y otros s/ ordinario", LL AR/JUR/84233/2013.

acuerdo de juicio abreviado). Concluyó que la sentencia penal hace cosa juzgada respecto de la existencia del hecho principal que constituye el delito y la culpa del condenado.

II.3.m. Fallo "Puente Salguero" **(24)** (abandono de las funciones)

La sindicatura de la quiebra de una sociedad anónima inició tanto la acción concursal como la social contra dos directores del ente. La demanda fue admitida en primera instancia. Aunque los hechos no fueron explicitados con extensión, surge de la sentencia de segunda instancia que la primera concluyó que los administradores habrían producido, agravado, facilitado o permitido la insolvencia de la sociedad por el abandono de sus obligaciones. En particular, señaló que la carencia de documentación social sin dar ninguna razón de su destino era una prueba de la negligencia de los directores, así como el pasivo concursal lo era del daño producido por esa falta. Los demandados fueron condenados al pago del pasivo insoluto de la quiebra. En segunda instancia, la sentencia contra uno de los directores fue revocada. A tal efecto, tuvo en cuenta que ese administrador fue designado hasta una fecha determinada y que la quiebra fue decretada casi 8 años después. Pese a que el administrador continuaba inscripto como tal, el tribunal estimó que no hubo ninguna prueba que indicase que había participado de alguna forma en la conducta tipificada en el art. 173 de la ley 24.522, carencia de pruebas que consideró decisiva, atento al dolo requerido por esta norma. Pero tampoco consideró que se hubiese probado una conducta antijurídica en función de lo previsto en los arts. 59 y 274 de la ley 19.550.

II.3.n. Fallo "San Justo" **(25)** (anticipos de honorarios de exdirector no reclamados)

En esta causa, la sindicatura de una sociedad fallida instó la acción concursal contra los directores del ente. El hecho que dio lugar a la acción fue una cuantiosa suma de dinero retirada por un exdirector de la sociedad en concepto de "anticipo de honorarios de directores". Tal suma nunca fue reintegrada por el director y constituyó un pasivo muy importante que en buena medida llevó a la quiebra del ente. En muy apretada síntesis, el fundamento de la responsabilidad de los directores estuvo en que no realizaron las gestiones necesarias para lograr recuperar tal suma de dinero con acciones o gestiones concretas. Esto fue considerado un accionar doloso que perjudicó a la sociedad y a los acreedores. La demanda fue admitida y los directores condenados a resarcir el monto del "anticipo de honorarios". Es conveniente la lectura íntegra del fallo, en su caso, puesto que hubo muchos avatares referidos a la conducta de los directores con relación a ese pasivo (p. ej., que no se lo mencionó como causa relevante de la insolvencia en el pedido de concurso, que la sindicatura sí lo hizo en el informe general y que fueron pedidas explicaciones y conductas en pos del cobro a los directores que no fueron satisfechas por estos).

II.3.o. Fallo "Devoreal" **(26)** (negligente política de crédito)

Para finalizar, menciono una acción de responsabilidad que tramitó durante muchísimos años. Se trataba de una compañía financiera fallida. La sindicatura instó una acción concursal conforme con lo previsto en el art. 166 de la ley 19.551. En esencia, la falta consistía en una negligente e imprudente política de otorgamiento de créditos. Esto hizo que su mayoría resultara incobrable y provocó una seria disminución del activo de la sociedad. Más específicamente, quedaron demostradas algunas de las siguientes inconductas: a) fueron otorgados créditos sin requerir los antecedentes patrimoniales de los solicitantes —en algunos casos, confiando únicamente en el previo "conocimiento y bonhomía" de los requirentes—; b) dieron créditos a quienes declararon domiciliarse en un lugar en el que, intimados a remover el estado de mora, no fueron hallados; c) gran cantidad de créditos prendarios sobre automotores no fueron inscriptos en el registro correspondiente o

(24) CNCom., sala A, 27/11/2013, "Puente Salguero SA s/ quiebra c. Martínez Núñez, Hernán y otros s/ ordinario", LL AR/JUR/95460/2013.

(25) CNCom., sala B, 05/12/2013, "San Justo SA s/ Quiebra c. Garavano, Alfredo J. y otra s/ ordinario", Centro de Información Judicial (*www.cij.gov.ar*).

(26) CNCom., sala D, 01/11/2016, "Devoreal SA s/ quiebra c. Moreno y otros s/ ordinario", Centro de Información Judicial (*www.cij.gov.ar*).

lo fueron tardíamente, y d) concedieron créditos a empresas cuyos balances no respondían a la ecuación patrimonial tradicional, o no acompañaron el cuadro de resultados o no generaban ingresos. La demanda fue admitida y se ordenó el pago de todo el pasivo generado a la sociedad (esto es, el pasivo verificado).

II.4. Plazo y prescripción

Una particularidad de la acción concursal es la temporalidad prevista por el art. 174 de la ley 24.522. Según este, la acción concursal puede ejercerse respecto de los actos practicados hasta un año antes de la fecha inicial de la cesación de pagos. Es dudosa la relación con el art. 116 de la ley 24.522, que establece que la fijación de la fecha de iniciación de la cesación de pagos no puede retrotraerse más allá de los dos años de la fecha del auto de quiebra o de presentación en concurso preventivo.

Entiendo que la acción concursal debe tomar en consideración la verdadera situación de quiebra económica de la sociedad y no la retroacción al período de sospecha prevista por el citado art. 116. Es que el art. 174 no prevé límites temporales para *captar* los aptos que generan responsabilidad. Sumado a ello, aquella norma expresamente dispone que la fijación de la fecha de iniciación de la cesación de pagos no puede retrotraerse más allá de dos años del auto de quiebra o concurso preventivo "a los efectos previstos por esta sección". De forma tal que dicha fecha solo se aplica a la sección de la ley en la que se encuentra y no a otras. Tal lo que sucede con la que analizamos.

Con respecto a la prescripción de la acción, tiene un plazo especial: dos años "contados desde la fecha de sentencia de quiebra" (art. 174 de la ley 24.522). Una tesis aplica literalmente la norma **(27)**. Otra, en cambio, considera que lo determinante para la acción concursal es la fecha de cesación de pagos. Para ello, la sentencia debe estar firme. Hasta tanto, entonces, no empieza el cómputo del plazo. Un argumento utilizado es que la falta de firmeza de la fecha implica una dificultad de hecho que impide el ejercicio de la acción **(28)**. Esto permite aplicar la dispensa de la prescripción, lo que, conforme con el art. 2550 del Cód. Civ. y Com., faculta al titular de la acción para hacer "valer sus derechos dentro de los seis meses siguientes a la cesación de los obstáculos". Entretanto, podrían presentarse medidas cautelares conforme con lo previsto en el art. 176 de la ley 24.522 y mantener en suspenso la indicación de la demanda hasta que quede ejecutoriada la resolución **(29)(30)**.

Una tercera distingue entre los administradores inscriptos al momento de la quiebra y los que no. Respecto de los primeros, el plazo comienza desde la declaración de la quiebra, porque es innecesaria la determinación de la fecha de cesación de pagos. En cambio, la acción contra el administrador no inscripto no puede comenzar hasta que no esté firme la fecha de cesación de pagos, porque antes de ese momento no hay forma de saber si podía ser demandado **(31)**.

(27) V. ARAYA, Miguel C., "Responsabilidad de administradores de sociedades comerciales", LL AR/DOC/3851/2008.

(28) V. BORETTO, Mauricio, "Responsabilidad concursal de los administradores de la persona fallida", LL AR/DOC/404/2007.

(29) V. GRAZIABILE, Darío J., "Acciones de responsabilidad en la quiebra. Una conjunción del derecho civil, el societario y el concursal", *Revista de las Sociedades y Concursos*, 41 (2006), p. 22; MOLINA SANDOVAL, Carlos A., "Tratado del directorio y de la administración societaria", Ed. AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2013, t. II, p. 1244. En el mismo sentido: VÍTOLO, Daniel R., "Algunas cuestiones sobre el plazo de prescripción en las acciones de responsabilidad contra los directores de sociedades anónimas", en *Cuestiones mercantiles en el Código Civil y Comercial de la Nación*, Ed. FIDAS, Buenos Aires, 2016, p. 232.

(30) En cuanto a la interrupción del plazo de prescripción, Boquin señala lo siguiente: "Además y con relación a este tema y las acciones de responsabilidad debemos apreciar el cambio en la redacción del artículo que considera la interrupción del plazo de prescripción pues el art. 2546 determina que cualquier petición judicial ante autoridad judicial formulada por el titular del derecho que traduce la intención de no abandonarlo (aunque sea defectuosa) sirve a los efectos interruptivos. Es decir el pedido de la fijación de fecha de inicio del estado de cesación de pagos, la consideración del inicio de las acciones de responsabilidad expresado en el informe general, la búsqueda de las autorizaciones de los acreedores, el incidente de investigación iniciado a esos fines sirven para interrumpir el plazo prescriptivo de las acciones que en el derecho concursal será de dos años para las típicamente falenciales y de tres para las societarias" (BOQUIN, Gabriela F., "Las acciones...", ob. cit.).

(31) Al respecto, en un fallo de nuestra jurisprudencia, una acción concursal de responsabilidad contra un di-

Por último, señalo que la suspensión de la prescripción prevista en el art. 2543, inc. d), del Cód. Civ. y Com. no aplica a la acción concursal **(32)**. Literalmente, esa suspensión está prevista "entre las personas jurídicas y sus administradores". Por consiguiente, la norma se refiere a la acción social de responsabilidad

II.5. Daño y relación causal

Muchas veces la insolvencia no tiene ninguna vinculación con conductas de los administradores. Mejor dicho, con conductas *indebidas* de estos, sea porque son hechos de fuerza mayor, sea porque son decisiones de negocio que tienen un resultado negativo por el riesgo propio de toda decisión de ese tipo. O una combinación de ambas. En otras ocasiones, la causa generadora del daño sí está en la conducta indebida del administrador.

Como en toda acción de responsabilidad, hay que establecer la relación de causalidad de la conducta con el daño para ordenar su reparación. En este sentido, no es explícito qué daño debe reparar el administrador en virtud de la acción concursal. Solo está indicado que debe "indemnizar los perjuicios causados" (art. 173 de la ley 24.522). Es razonable que así sea, puesto que hay múltiples variables y circunstancias contenidas por esa acción concursal. Es correcto establecer como límite los créditos insatisfechos y todos los otros gastos generados por la insolvencia (p. ej., los honorarios de la sindicatura) en virtud del interés objeto de la acción. Como dije, este no es el límite cuando se trata de una acción social. De todos modos, esto puede deducirse de la normativa y así lo aplica la jurisprudencia cuando ordena pagar, como máximo, el "pasivo insoluto", esto es, todo el pasivo falencial no extinguido por los bienes de "la quiebra".

Para determinarlo, hay que considerar especialmente dos elementos propios de la acción concursal de responsabilidad:

a) Las conductas antijurídicas específicamente sancionadas son las de producir, facilitar, permitir o agravar la situación patrimonial del deudor o su insolvencia.

b) El factor subjetivo es el dolo.

Por aplicación de las normas generales, esto último implica, de mínima, el deber de reparar las consecuencias inmediatas y las mediatas previsibles. De acuerdo con la tesis adoptada, el que actúe con dolo puede tener que responder también por las consecuencias casuales (lo cual tiene bastante asidero cuando la responsabilidad es contractual).

No es posible fijar la extensión de la reparación de antemano. Habrá que analizar cada caso en concreto. Trataré de plantear y resolver ciertas situaciones. No pretendo abarcar todos los supuestos posibles. Solo exponer algunos con el objetivo de una mejor comprensión de lo explicado en los párrafos previos.

a) La más grave de las conductas antijurídicas es la de producir la insolvencia. Cuando esto sucede, como el autor debe responder, como mínimo, por las consecuencias mediatas previsibles, es razonable que el daño resarcible sea estimado en la diferencia entre el activo y el pasivo verificado [con el cómputo de intereses y gastos, naturalmente **(33)**]. Cabe añadirle los gastos del concurso, porque también son consecuencias previsibles de producir la insolvencia.

¿Cómo puede producirse la insolvencia y tener que responder hasta este punto? Cito algunos supuestos:

1. La insolvencia puede suceder por un acto del administrador. Así resultaría si el administrador de una sociedad superavitaria enajena a precio vil un bien esencial para la actividad social (p. ej., el inmueble donde es desarrolla-

rector no inscripto a la fecha de la quiebra fue rechazada por prescripción. A tal efecto, se tomó en consideración que la accionante (la sindicatura de la quiebra) tenía documentación en la que constaba que aquel sujeto había sido director a la fecha de los hechos que relata en la demanda para imputar responsabilidad (SC Mendoza, sala I, 22/12/2006, "John A. Walker SA", LL 70035931).

(32) V. BARREIRO, Marcelo, "Algunos apuntes sobre la responsabilidad de los administradores de la persona jurídica a la luz del Código Civil y Comercial de la Nación", ponencia presentada en el XIII Congreso Argentino de Derecho Societario y IX Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Mendoza, 2016, *Libro de ponencias*, t. 2, p. 1335.

(33) V. BORETTO, Mauricio, "Responsabilidad...", ob. cit.; JUNYENT BAS, Francisco — FERRERO, Luis F., "La acumulación...", ob. cit.

da). Señalo el precio vil, pero eso no siempre es relevante. Supongamos la enajenación de una determinada máquina fundamental para la actividad social. Es posible que la venta haya sido hecha en un valor de mercado. Aun así, puede haber un daño. Es posible que la empresa empiece un declive irreversible que la lleve a la insolvencia por carecer de esa máquina (que no es reemplazada, claro está).

2. Otras veces la insolvencia no se produce por un solo acto, sino por una *conducta* del administrador que requiere una sumatoria de actos a tal efecto. Así pasaría si un administrador de una sociedad que opera con superávit *desvía* toda la clientela en beneficio de otra sociedad de la que es socio.

3. Hay situaciones en las que no es sencillo identificar la causa productora de la insolvencia, porque no es un acto o una conducta uniforme. Un emprendimiento es productivo por distintos factores. Muchos son intangibles e incuantificables, y su importancia radica en la vinculación entre unos y otros. El administrador tiene a su cargo esa *maquinaria* productiva. Los resultados de esta *máquina* se deben a la armónica composición de sus partes. Quien la dirige es el administrador. En ocasiones, es posible detectar actos precisos que destruyeron el funcionamiento, pero esto no siempre es así. Por reiterativo que sea, insisto con que los administradores no son responsables por los malos resultados de la sociedad. Sí por actuar incorrectamente. Incluyo aquí el análisis de sus decisiones de negocios cuando no son conformes con el estándar de la diligencia del buen hombre de negocios. Lo que quiero señalar es que un administrador puede ser responsabilizado por producir la insolvencia con la comprobación de una serie de actos desacertados que, por sí, puede que no expliquen esa insolvencia. Sin embargo, considerados en su conjunto, quizá sean la conducta antijurídica que tiene una relación de causalidad adecuada con el daño producido por la insolvencia.

b) En el otro extremo (del art. 173) de producir la insolvencia está el sujeto que la agrava. Si la agrava, no la causa. Por lo tanto, los acreedores se habrían perjudicado por la insolvencia, aunque el administrador no hubiese realizado el acto antijurídico o la conducta antijurídica agravantes. Por consiguiente, también es razonable establecer como principio que ese administrador deba responder por el daño específico causado por el acto agravante de la insolvencia **(34)**. Me refiero, por ejemplo, a enajenar un bien por un menor valor al debido. Por otra parte, es relativamente frecuente que haya prueba de la existencia de ciertos activos en la sociedad en determinada época y que, ante su inexistencia actual, el administrador deba responder. Así sucede con bienes que formaban parte del patrimonio y no pueden ser hallados (p. ej., bienes que estaban en el activo de los balances aprobados) o con sumas de dinero u otros bienes de los que haya constancia fehaciente de su percepción por el administrador, pero que no la haya respecto de su incorporación formal al patrimonio social (p. ej., la entrega de una máquina por un acreedor o el pago de una suma de dinero a cambio de un bien de la sociedad). En estas circunstancias, la falta de documentación social actúa en contra de los administradores, puesto que es la forma por excelencia de demostrar qué sucedió con esos bienes. Como sea, lo común es que todos estos son daños específicos y circunscriptos a una determinada suma de dinero.

c) Entiendo que las conductas de facilitar y permitir la insolvencia forman parte de la maniobra ilícita que lleva a la insolvencia. Por lo tanto, al igual que el que la produce, tienen una relación de causalidad con todo el pasivo insoluto. De haber obrado como era debido, posiblemente podría haber evitado esa insolvencia provocada ilícitamente. En particular, conforme a sus rigurosos deberes como un diligente buen hombre de negocios.

d) Otro supuesto es el del administrador que sigue adelante con la actividad social en situación de "infrapatrimonialización" o insolvencia. Supongamos que su conducta es antijurídica (sea porque el solo hecho de hacerlo la califica como tal, sea porque, dadas ciertas circunstancias, concluimos que su conducta no responde a la de un buen hombre de negocios). Como dije, el daño resarcible estará con seguridad en las deudas generadas durante esa continuación. En principio, no con las previas. Puede calificar como una agravación de

(34) V. ARAYA, Miguel C., "Responsabilidad...", ob. cit.

la insolvencia, conforme con lo previsto en el art. 173 de la ley 24.522 **(35)**.

e) Al reconstruir la historia en los concursos, una situación no infrecuente es la de sociedades con una operatoria normal que luego caen en la insolvencia y sus administradores *desaparecen* al igual que toda la documentación social. Esto no es un buen comienzo para ellos en un concurso, indudablemente. Es razonable indagar por qué una empresa funcionaba con normalidad y luego entró en cesación de pagos. En definitiva, quien gestiona el patrimonio es el administrador. No quiero con esto establecer una relación directa entre la insolvencia y la desaparición de la documentación. Incluso, hay que tener presente que la acción concursal procede con el factor subjetivo dolo. No obstante, si opera una inversión de la carga probatoria (dado que los administradores son, evidentemente, los que mejor posicionados están para brindar información, así sea que carezcan de documentación social y deban valerse de otras pruebas), no es imposible que les sea achacada la producción de la insolvencia de la sociedad, y, por consiguiente, el pago del pasivo insoluto.

Como dije, no pretendo agotar todas las hipótesis posibles. Además, los supuestos precedentes fueron presentados en "estado puro". En la realidad, hay muchos otros elementos (hechos, argumentaciones y normas) a considerar.

II.6. Solidaridad

Si la autoría de la conducta antijurídica con conexidad causal con el daño es plural, la responsabilidad será solidaria. No solo por aplicación de las normas especiales de los administradores al respecto (art. 59 de la ley 19.550), sino también por la regla general establecida para los autores de actos ilícitos (art. 1751 del Cód. Civ. y Com.). La determinación de la autoría debe ser analizada en cada caso, conforme con sus hechos, pero también de acuerdo con la organización de la administración (así, p. ej., la responsabilidad puede variar según si el órgano puede actuar indistintamente o si debe hacerlo en forma colegiada). Por supuesto, en caso de responsabilidad solidaria, la conducta de cada administrador puede tener incidencia en las acciones de contribución.

II.7. Legitimación activa

En relación con la legitimación activa, el art. 174 de la ley 24.522 es claro al prever que le corresponde al síndico del concurso. Sin embargo, esta norma remite al art. 119, último párrafo, de la misma ley. Por consiguiente, el síndico requiere la autorización previa de la mayoría de los acreedores verificados y declarados admisibles.

La exigencia en sí es discutible. El argumento es que los acreedores deben decidirlo porque, en su caso, puede implicar una disminución de los bienes del fallido por el pago de las costas del juicio perdido. Más allá de esto, la forma de obtener esta autorización es materia conflictiva. Es obvio que exigir una manifestación expresa es inviable en muchos procesos de quiebra. O sumamente gravoso. Como no está prevista la forma o procedimiento, ha sido permitido en algunos procesos interpretar que el silencio es una manifestación afirmativa **(36)**.

En su caso, para que el silencio opere como una manifestación de voluntad positiva, la resolución debe establecer explícitamente que, intimado a manifestarse, su silencio será considerado un voto afirmativo para instar la acción de responsabilidad. La notificación debe realizarse por cédula (o por otro mecanismo análogo en cuanto a su seguridad y certeza) y contener el apercibimiento expreso sobre cómo se interpretará el silencio **(37)**. De acuerdo con las circunstancias, también se ha habilitado la notificación mediante edictos **(38)**.

Asimismo, por aplicación del art. 120 de la ley 24.522 (conforme con la remisión hecha en el art. 176, último párr., de la misma ley), también

(35) V. JUNYENT BAS, Francisco — FERRERO, Luis F., "La acumulación...", ob. cit.

(36) V. ARAYA, Miguel C., "Responsabilidad...", ob. cit.

(37) A favor de que el silencio de los acreedores sea considerado como un voto positivo: CNCom., sala A, 22/11/2007, "Tower Records SA s/ quiebra", LL AR/JUR/10404/2007; BORETTO, Mauricio, "Responsabilidad...", ob. cit.; BOQUIN, Gabriela F., "Las acciones...", ob. cit.; DI LELLA, Nicolás J., "Influencias...", ob. cit.

(38) Así fue permitido en un proceso que contaba con 189 acreedores [CNCom., sala D, 04/10/2006, "Indumentaria SRL s/ quiebra c. Fábregas, Ernesto Emilio y otro s/ ordinario", *Revista de las Sociedades y Concursos*, 41 (2006), p. 280].

los acreedores están legitimados para iniciar la acción, si el síndico no la inicia en el término de treinta días desde que fue intimado a hacerlo.

Esta última acción está severamente condicionada porque el acreedor no puede solicitar el beneficio de litigar sin gastos y, a pedido de parte y en cualquier estado del juicio, debe afianzar las eventuales costas del proceso. De no hacer esto último, se tiene por desistida la acción. Naturalmente, estos condicionamientos hacen casi estéril la previsión normativa. No sucede lo mismo con el síndico, que sí puede litigar sin gastos y no queda sujeto a una posible excepción de arraigo. Adhiero a la idea de la inconstitucionalidad de aquellos requisitos de procedencia para las acciones iniciadas por los acreedores. Afectan derechos constitucionales (arts. 16 y 18 de la CN, fundamentalmente) que procuran garantizar el acceso igualitario a la justicia. Y sin ningún motivo razonable aparente **(39)**.

II.8. Cuestiones de procedimiento. Extinción

De la lectura del art. 176, último párrafo, de la ley 24.522, se extrae que las acciones concursales de responsabilidad tramitan ante el juez del concurso. El trámite es el del juicio ordinario y la perención de instancia se produce a los seis meses.

Dado que el pago total (arts. 228 y 229 de la ley 24.522) y el avenimiento (art. 225 de la ley 24.522) son modos de conclusión que finiquitan los efectos de la quiebra, hacen cesar, a su vez, las acciones de responsabilidad. No así cuando hay clausura por distribución final (art. 230 de la ley 24.522) y por falta de activo (art. 232 de la ley 24.522), ya que la resolución que lo dispone no impide que se produzcan todos los efectos de la quiebra.

III. La acción social en la quiebra

III.1. Introducción. Objeto de la acción

La acción social de responsabilidad es la que tiene como objeto reparar un daño producido al patrimonio social. De allí que, aunque, por ejemplo, la inste un socio, lo obtenido por la sentencia irá al patrimonio del ente. Esto no cambia por el hecho de que la sociedad quiebre, pero es conveniente hacer algunas aclaraciones porque, ante esa circunstancia, *aparece* otra acción de responsabilidad que tiene puntos en común (me refiero a la acción concursal): toman otra participación los acreedores, hay un síndico con funciones amplias y otras cuestiones que pueden generar alguna confusión (a la ya de por sí confusa regulación de la acción social de responsabilidad).

El régimen general sobre las acciones sociales de responsabilidad es muy deficiente, tanto en la regulación general de las personas jurídicas (arts. 141 y ss. del Cód. Civ. y Com.) como en cada una de las especiales (incluidas las sociedades). El único régimen relativamente completo sobre la materia está previsto para la sociedad anónima. Sería engorroso aclarar las particularidades de las acciones sociales en la quiebra según cada tipo societario. Incluso, muchas aristas de la cuestión son debatidas. Por eso, opto por tratar la relación o inserción de las acciones sociales con el régimen de la sociedad anónima. En muchos supuestos, puede ser aplicado por analogía a las otras sociedades. Incluso, hay una íntima relación entre las normas de los gerentes de sociedades de responsabilidad limitada y los directores, conforme con el art. 157 de la ley 19.550. A su vez, la normativa sobre órganos de la sociedad de responsabilidad limitada es aplicable supletoriamente a los de la sociedad por acciones simplificada. En suma, ese régimen (que, insisto, también tiene deficiencias) es el modelo para las otras sociedades, aunque habrá que hacer los ajustes o adecuaciones según las particularidades de la acción en cada especie.

III.2. Regulación. Normas societarias y concursales

Son dos las normas fundamentales a tener en cuenta para comprender el ejercicio de las acciones sociales en la quiebra. Por un lado, el art. 278 de la ley 19.550, que prevé su ejercicio por el representante del concurso (esto es, el síndico) o, en su defecto, por los acreedores individualmente. Por otro lado, el art. 175 de la ley 24.522 establece lo siguiente:

"*Socios y otros responsables.* El ejercicio de las acciones de responsabilidad contra socios

(39) Para un desarrollo completo de la argumentación de la inconstitucionalidad de la prohibición de que el acreedor litigue sin gastos, v. MOLINA SANDOVAL, Carlos A., *Tratado del directorio*..., cit., ps. 1248 y ss. También por la inconstitucionalidad, v. CRISTOFARO, Giovanna E. del C., "El comportamiento de la acción social de responsabilidad en el proceso de quiebra. Dispositivo inconstitucional", LL AR/DOC/4526/2012.

limitadamente responsables, administradores, síndicos y liquidadores, corresponde al síndico. *Acciones en trámite.* Si existen acciones de responsabilidad iniciadas con anterioridad, continúan por ante el Juzgado del concurso. El síndico puede optar entre hacerse parte coadyuvante en los procesos en el estado en que se encuentren o bien mantenerse fuera de ellos y deducir las acciones que corresponden al concurso por separado".

Cabe agregar que el art. 176, último párrafo, de la ley 24.522, ordena la aplicación de los arts. 119 y 120 de la misma ley a las acciones reguladas en esa sección (esto es, la que contiene a los arts. 173 a 176, que prevén las acciones concursales y sociales de responsabilidad en la quiebra). Ya veremos su incidencia en el tema, puesto que los artículos a los que remite establecen requisitos para la legitimación del síndico y de los acreedores, así como otras cuestiones de procedimiento.

Por último, para completar las normas específicas relevantes para comprender la acción social en la quiebra, la normativa societaria dispone que la extinción de la responsabilidad aprobada por el órgano de gobierno de la sociedad es ineficaz en caso de liquidación concursal (art. 275 de la ley 19.550).

III.3. Relación con la acción concursal. Daño resarcible

Aunque normativa y conceptualmente podamos distinguir a la acción social de la concursal de responsabilidad de los administradores, lo cierto es que muchas veces están vinculadas al punto de la confusión. Es por algo evidente: los acreedores son perjudicados por un administrador porque este, en primera instancia, dañó el patrimonio de la sociedad. Es debido a que produjo, facilitó, permitió o agravó la situación patrimonial del deudor o su insolvencia que procede la acción concursal (art. 173 de la ley 24.522).

Dada esa vinculación, es usual instar ambas acciones simultáneamente en un mismo proceso. En términos generales, es lo razonable y prudente. Muchas veces, algunos requisitos de cualquiera de ellas no están cumplidos o son inciertos y discutibles, y puede que proceda solo la otra. Cuando proceden ambas, en general, la acción social queda *absorbida* explícita o implícitamente por la concursal. ¿Por qué? Porque la concursal puede tener como consecuencia que el responsable deba hacerse cargo del pasivo insoluto y no hay pruebas de un mayor daño. O porque los actos antijurídicos supusieron un agravamiento de la insolvencia que, como vimos, suele derivar en la orden de reparar ciertos daños en particular (p. ej., cuando no logra hallarse un bien de la sociedad). Daños que coinciden con los que podrían reclamarse mediante la acción social. En ocasiones, el fenómeno es inverso: a través de la acción social se reclama lo que típicamente uno imagina que es objeto de la acción concursal. No es que esté mal, puesto que, como dije, puede haber una relación al punto de la confusión por la homogeneidad de la conducta y el daño producido **(40)**.

(40) En este sentido, en un fallo de nuestra jurisprudencia, la sindicatura instó una acción social de responsabilidad contra los directores y síndicos de la sociedad fallida. Por un lado, quedó acreditado que los directores llevaron a cabo una "gestión promiscua e indistinta" del patrimonio social y el de otra sociedad, con la cual conformaron un grupo económico. Esto fue considerado como una conducta antijurídica que facilitó o contribuyó a disponer bienes sin los registros y transferencias pertinentes. Así, desaparecieron del activo maquinarias, bienes registrables y sumas de dinero. Esto podría haber producido la extensión de la quiebra por confusión patrimonial inescindible, pero no fue solicitada. No obstante, era responsabilidad de los administradores justificar esos activos faltantes y no lo hicieron. Esta disminución fraudulenta del activo implicaba un daño que debía ser valuado por un perito. Sin embargo, quedó subsumido por el producido por la otra conducta antijurídica imputada a los administradores: simular una solvencia inexistente de la sociedad y no recurrir a algún mecanismo para evitar la insolvencia. En este sentido, durante varios ejercicios, los estados contables estaban "abultados" por una cuenta denominada "valuación de extracciones futuras" de un yacimiento explotado por la sociedad. Sin embargo, esa previsión no tenía ningún respaldo documental o técnico. Además, el contrato para explotar el yacimiento estaba vencido y en proceso de desalojo. Para peor, en una memoria realizada varios años antes de la quiebra, los administradores habían indicado que los resultados de la extracción eran casi nulos. Esto produjo una apariencia de solvencia que no era real. Llegado el punto de la insolvencia, los administradores continuaron con esa simulación y no recurrieron a ninguna medida judicial o de otro tipo (p. ej., la capitalización de la sociedad) al respecto, por lo que fueron responsabilizados civilmente (CNCom., sala E, 22/12/2009, "El Peregrino SA", LL AR/JUR/64087/2009). No puedo aquí citar todos los extractos del fallo en los que el tribunal orienta decididamente la acción social en función del interés de los acreedores. Basta con mencionar que, al menos del contenido al que tuve

Planteo a continuación tres situaciones más concretas para tratar de precisar un poco la relación entre ambas acciones:

a) Por su causa y objeto, la acción social no está limitada por el interés de los acreedores de la quiebra. El administrador puede haber generado un perjuicio que supere el total del pasivo insoluto **(41)**. Así, por ejemplo, un administrador puede haber llevado a la insolvencia a una sociedad por enajenar a un valor irrisorio un inmueble. Naturalmente, esto hace procedente la acción concursal. Puede pasar que el valor de ese inmueble sea la medida del resarcimiento del administrador (con sus intereses y gastos, naturalmente) y que el pasivo no lo supere. Si la única instada es la acción concursal, el límite del resarcimiento será el pasivo insoluto. En cambio, si se inició la acción social, el administrador debe reparar todo el perjuicio. Por lo tanto, de haber un remanente porque el resarcimiento *cubre* el pasivo insoluto, quedará para el patrimonio social. La situación no es imaginaria. Por ejemplo, luego de la crisis del año 2001 en nuestro país, los créditos verificados no siguieron el *ritmo* de aumento de los bienes inmuebles, por lo que una acción de responsabilidad ejecutada varios años después puede haber dado el resultado mencionado. Con todo, no es necesaria ninguna situación excepcional, aunque sí lo es que un resarcimiento llegue a cubrir el total del pasivo insoluto.

b) La acción social puede no tener ninguna vinculación con la quiebra. En tal sentido, es posible que la sociedad haya decidido en cierto momento instar la acción social contra un administrador por determinado hecho. Y que esa sociedad incurra en cesación de pagos varios años después. En ese supuesto, la acción social continuará durante la quiebra y, en su caso, la beneficiará, puesto que el producido servirá para cancelar el pasivo falencial.

c) Por obvio que sea decirlo, la insolvencia de la sociedad afecta también a los socios. Aunque esto es evidente, no es común que las acciones de responsabilidad sean *motorizadas* por los socios de la sociedad fallida. En particular, para reclamar el perjuicio sufrido por la insolvencia misma. Me refiero a que *estrellar* el negocio no produce como daño solo el pasivo verificado, aunque este muchas veces es el límite establecido en la sentencia porque es el comprobado con certeza. La sociedad (y sus socios) son perjudicados cuando un administrador lleva a la quiebra a una sociedad valiosa y lucrativa. Pensemos en un administrador *sobornado* por la competencia o que responda al interés de un grupo de socios en perjuicio de otros. Por supuesto, es complejo predecir qué hubiese sucedido si el administrador hubiese obrado correctamente. El pasivo verificado insoluto parece incuestionable. No así ese daño a la sociedad. La actividad social es riesgosa y, por consiguiente, no hay valores *seguros* en este ámbito. Una opción es reclamar la reparación de la pérdida de chance **(42)**. No obstante, no descarto otro tipo

acceso, la relación establecida entre la conducta antijurídica de los administradores y el daño siempre lo fue con respecto a los créditos de los acreedores. De hecho, los administradores fueron condenados por el pasivo concursal insoluto luego de la realización de los bienes. No digo que la solución haya sido equivocada, sino que no hay referencias al daño producido a la sociedad (que es el objeto de la acción social) y su relación con los créditos verificados. Quizá lo sea por su obviedad, pero creo que esto último debe ser tomado como referencia solo ante la imposibilidad de cuantificar el daño producido a la sociedad por el obrar antijurídico de los administradores. Es decir, el pasivo verificado es un piso mínimo en ciertos supuestos porque es incontrovertible como consecuencia mediata de la conducta antijurídica del administrador. Lo es cuando hay nexo de causalidad adecuado, por supuesto.

(41) En este sentido, en un fallo de nuestra jurisprudencia, la sindicatura designada en la quiebra de una sociedad fallida instó la acción social de responsabilidad contra sus dos directores. La demanda fue admitida porque el último balance de la sociedad cubría "holgadamente" el pasivo. Sin embargo, no se pudo establecer qué sucedió con el activo porque los administradores no llevaron en debida forma la contabilidad. Entonces, la producción del daño a los acreedores de la quiebra fue una consecuencia mediata que los directores debieron y pudieron prever, de acuerdo con el tribunal. Se ordenó que sea valuado por trámite incidental, una vez firme la sentencia. El tribunal aclaró que el límite de la reparación en la causa no eran los créditos verificados. Los acreedores cuentan con la acción del art. 173 de la ley 24.522. En cambio, en una acción social, si la indemnización debida por el administrador es mayor que el pasivo social, el remanente debe ser entregado al deudor (CCiv. y Com. Rosario, sala II, 14/08/2015, "Explotación Forestal La Merced s/ quiebra c. Cardinale, Pablo Antonio A. y o. s/ acción social de responsabilidad", LL AR/JUR/85318/2015).

(42) Así lo sostiene Ferrer cuando el daño a la sociedad se produce por la falta de un planeamiento estratégico adecuado: FERRER, Germán L., "Responsabilidad de los

de daño. Una referencia en este sentido puede ser el valor del patrimonio social previo al ejercicio del cargo del administrador en cuestión (o, cuanto menos, antes de que ejecute los actos que determinaron la insolvencia de la sociedad), sea para determinar el daño emergente o el lucro cesante **(43)**. Deberá ser resuelto en función de los hechos del caso y conforme a las reglas generales de la responsabilidad civil sobre la valuación del daño resarcible.

III.4. Legitimación

El art. 175 de la ley 24.522 alude a una acción, pero no la define. Presupone su existencia. La ley societaria la establece y caracteriza para las sociedades anónimas. Como dije, se trata de la acción social de responsabilidad prevista en el art. 276 de la ley 19.550, que puede ser instada por la sociedad o los socios.

Ya en la quiebra, la acción social puede ser iniciada por el síndico o los acreedores. El primero, por la sustitución procesal autorizada por los arts. 278 de la ley 19.550 y 175 de la ley 24.522 **(44)**. Los acreedores, además, por la remisión del art. 176, último párrafo, de la ley 24.522 a los arts. 119 y 120 de la misma ley. En consecuencia, para los acreedores es un requisito emplazar previamente a la sindicatura para que la ejerza. Por supuesto, no es necesario contar con una resolución favorable del órgano de gobierno de la sociedad, cualquiera sea la persona que inste la acción.

El síndico puede optar entre hacerse parte coadyuvante en los procesos en el estado en que se encuentren o bien mantenerse fuera de ellos (art. 175, párr. 2º, de la ley 24.522). Esto requiere una aclaración. Supongamos que la acción fue iniciada por la sociedad. Literalmente, de querer participar en el pleito, el síndico lo podría hacer como coadyuvante. Sin embargo, en la quiebra el órgano de representación de la sociedad pierde su legitimación para que la continúe el síndi-

administradores societarios", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2009, p. 329.

(43) En este sentido, en una causa de nuestra jurisprudencia, una accionista instó (entre otras) una acción social contra los administradores de la sociedad fallida. La demanda fue admitida en primera instancia, con la condena a que los administradores resarzan el total del pasivo verificado. Esto fue apelado por la parte actora, puesto que la acción social, aunque continuada durante el proceso falencial, no queda limitada por los créditos de los acreedores. El recurso fue admitido. El tribunal estimó que la acción social no pierde su naturaleza por la quiebra. Por consiguiente, deben repararse todos los daños producidos por los administradores. Esta suma debe ser utilizada para pagar el pasivo, pero, de haber un remanente, irá al deudor fallido. Dado que la prueba indicaba que las utilidades por ventas que podría haber percibido la sociedad ascendían a determinada suma, esta fue tomada en consideración para establecer la reparación de los administradores. Los directores fueron condenados de forma solidaria, pero en relación con el período temporal por el que ejercieron sus cargos —así, uno fue condenado por el total, otro por 2/3, y otro por poco menos de la mitad— (CNCom., sala D, 06/04/2017, "Havanatur SA c. Guama SA y otros s/ ordinario", LL AR/JUR/34793/2017).

(44) Al respecto, menciono dos causas de nuestra jurisprudencia. En una quiebra, la sindicatura instó tanto la acción concursal como la social contra dos directores de la sociedad anónima fallida. La primera fue rechazada porque los directores fueron sobreseídos en sede penal. De acuerdo con el tribunal, esto descartó el factor subjetivo dolo, imprescindible para que proceda la acción concursal. Sin embargo, admitió la acción social, conforme con lo previsto en el art. 175 de la ley 24.522, puesto que la responsabilidad de los arts. 59 y 274 de la ley 19.550 proceden con culpa. Los incumplimientos de los directores consistieron, fundamentalmente, en utilizar el activo social en beneficio propio. Más puntualmente, una entidad bancaria canceló un saldo deudor en cuentas personales de los directores con cargo a la cuenta de la sociedad luego fallida. Además, esa misma entidad bancaria otorgó un mutuo a esta última y la suma de dinero fue dispuesta por la presidenta del directorio, pero no se pudo establecer su uso en beneficio del ente. Los directores presentaron algunas razones que justificarían esos actos (p. ej., la refinanciación de deudas previas). Fue decisivo en este sentido que la documentación social no era llevada en debida forma, por lo que no probaron que esas razones fuesen ciertas (CNCom., sala C, 06/11/2012, "By Network Argentina SA c. Luchetti, María M. y otro s/ ordinario", Errepar Online). En otra quiebra, la sindicatura también instó una acción social de responsabilidad contra el gerente de la sociedad de responsabilidad limitada fallida. Quedó comprobado que la sociedad emitió 4 cheques que no fueron pagados y fueron causa de la quiebra. También, que esos cheques tenían firmas falsificadas y que fueron emitidos luego de cerrada la cuenta bancaria. La acción fue admitida y el gerente fue condenado a pagar los montos de los cheques. Para el tribunal, el cuidado de la chequera era una obligación del gerente, y la falta de denuncia de robo o extravío de los cheques fue considerada una falta grave al estándar del buen hombre de negocios por omisión [CNCom., sala A, 11/12/2014, "Granisem SRL s/ quiebra c. Nisembaunn, Néstor R. s/ ordinario", Centro de Información Judicial (*www.cij.gov.ar*)].

co (art. 110 de la ley 24.522). Por lo tanto, no será coadyuvante, sino quien continuará la acción como representante de la sociedad **(45)**. En su lugar, si la acción fue promovida por un socio, el síndico puede sumarse como parte coadyuvante en el proceso ya iniciado **(46)**. Además, el síndico puede iniciar las acciones que corresponden al concurso (art. 175 de la ley 24.522).

¿Los socios están legitimados para instar la acción social en la quiebra? No hay ninguna norma que lo aclare explícitamente. Empiezo por la cuestión de base, que es si tiene algún interés atendible. Entiendo que sí. Los bienes que ingresen por la eventual indemnización podrían recomponer el patrimonio social. En el mejor de los casos, al punto que permita la conclusión de la quiebra. Si no tanto, puede que *colabore* para lograrlo.

Desde el punto de vista normativo, la cuestión no escapa a la incertidumbre reinante en materia de legitimación para instar acciones sociales. Naturalmente, quien sostiene una tesis restrictiva (con esta expresión aludo a quienes sostienen que los socios únicamente pueden instar acciones sociales cuando está explícitamente previsto en una norma —como en el art. 276 de la ley 19.550 respecto del accionista que se opuso a la extinción de la responsabilidad conforme con el art. 275 de la misma ley—) difícilmente apruebe otorgarle esa posibilidad de iniciar una acción en favor de la sociedad, si no está establecido en forma explícita en la normativa falencial (o cualquier otra, por supuesto). En particular, porque el art. 278 de la ley 19.550 solo prevé el inicio de la acción en cabeza del síndico o, "en su defecto", por los acreedores.

Por mi parte, sostengo una tesis amplia, conforme con la cual los socios cuentan con una legitimación sustituta, aunque no se den algunos de los supuestos explícitamente previstos en una ley. De ser así, no veo por qué tendría que ser limitado este derecho en la quiebra. En términos generales, la sociedad decide si inicia la acción en el órgano de gobierno. Si este lo rechaza, la puede instar el socio. Y no solo cuando está explícitamente habilitado (p. ej., cuando hace oposición a la aprobación de la gestión —art. 276, párr. 2º, de la ley 19.550—). Cuando hay quiebra, el síndico representa al ente. Por eso es que el mentado art. 278 lo menciona. Y de allí que no necesite la aprobación del órgano de gobierno para instar la acción social. No obstante, si el síndico (o sea, la sociedad) se niega a iniciar la demanda de responsabilidad, el socio tiene un interés legítimo en esa acción y nada impide (explícitamente, al menos) que inicie la acción.

No encuentro una razón lógica para que pueda iniciar esa acción antes de la quiebra y esté impedido luego. En el primer caso, según vimos, el síndico puede hacerse parte coadyuvante o no participar. O sea que no es intolerable que un socio lleve adelante una acción social durante la quiebra. Incluso sin la participación del síndico, que puede optar por esta posibilidad. Reconozco que el art. 278 de la ley 19.550 lo hace dudoso. No obstante, ante la falta de una negativa expresa y por ser una solución coherente, me inclino porque el socio sí podría instar la acción social en la quiebra. Por supuesto, con la intimación previa de rigor al síndico para que lo haga.

Agrego que una tesis sostiene que esto es posible porque, aunque subordinados, los socios no dejan de ser acreedores **(47)**. Efectivamente, en su caso, les deben ser reintegrados sus aportes y pagada la cuota de liquidación. Siempre, por supuesto, que todo el pasivo falencial sea cancelado. Como vimos, el art. 278 de la ley 19.550 legitima a los acreedores, sin practicar distinción según si ello es así en virtud de ser socios o no.

III.5. Autorización de los acreedores

Es discutido si el síndico debe obtener la autorización de los acreedores para instar la acción social de responsabilidad. La incertidumbre la produce lo previsto en el art. 176, último párrafo, de la ley 24.522, que es lo siguiente:

(45) V. CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo, "Derecho societario. Parte general. Los órganos societarios", Ed. Heliasta, Buenos Aires, 1996, t. 4, p. 390. Así sucedió en CNCom., sala D, 10/05/2004, "Establecimientos Metalúrgicos Crespo SA c. Carlisi, Ángel", LL AR/JUR/1825/2004.

(46) En este sentido, en una causa judicial, una accionista instó una acción social contra los administradores de la sociedad. Esta quebró. La accionista continuó con la acción, sin participación de la sindicatura (CNCom., sala D, 06/04/2017, "Havanatur SA c. Guama SA y otros s/ ordinario", LL AR/JUR/34793/2017).

(47) V. VILLANUEVA, Julia, "La responsabilidad de los administradores frente a la insolvencia social", LL AR/DOC/2586/2019.

"Las acciones reguladas en esta sección se tramitan por ante el juez del concurso y son aplicables los arts. 119 y 120, en lo pertinente".

En cuanto al tema analizado, el párr. 3º de la primera norma remitida establece que el ejercicio de la acción está sujeta a autorización previa de la mayoría simple del capital quirografario verificado y declarado admisible.

Una postura entiende que no es necesaria esta autorización previa, dado que solo está expresamente prevista por el art. 174 de la ley 24.522 con relación a la acción concursal de responsabilidad (art. 173 de la misma ley). Sin embargo, no lo está respecto de las acciones reguladas por el art. 175 de esa ley (esto es, las acciones sociales). Ciertamente, la remisión del art. 176 (que trata, en rigor, sobre las medidas precautorias) a los arts. 119 y 120 de la ley 24.522 puede generar dudas al respecto. No obstante, hay que tener presente que la remisión es hecha con la expresa mención de la frase "en lo pertinente". Es un reenvío amplio que produce controversia, a pesar de lo cual no se podría extender por analogía, puesto que es un sistema de autorización excepcional que modifica el principio general. Por ende, hay que interpretarlo estrictamente **(48)**.

Desde otro punto de vista, literalmente, el art. 176, último párrafo, de la ley 24.522 prevé la aplicación del art. 119 para las "acciones reguladas en esta sección". Y las acciones sociales de responsabilidad forman parte de esta fórmula. Por consiguiente, no se trataría de una aplicación por analogía de un sistema de excepción, sino de una remisión expresa de la ley, aunque de desafortunada factura. Además, la exigencia de autorización para iniciar esta acción sería coherente con la idea de que los acreedores decidan si hay que iniciar acciones que pueden tener una repercusión negativa si no son exitosas **(49)**. Así está previsto expresamente para la acción concursal. Aunque sea otra acción, el rechazo de la acción social tendría el mismo efecto negativo que el de la acción concursal sobre los bienes del activo falencial. Al igual que en la acción social, *de lege ferenda*, me inclino por no exigir este requisito de autorización previa. En particular, si implica una manifestación de voluntad expresa en sentido afirmativo, requisito difícil de lograr en los concursos.

III.6. Cuestiones de procedimiento y prescripción

La acción social tramita ante el juez concursal, aunque ya estuviese iniciada. El trámite es el ordinario, salvo que haya acuerdo entre las partes para canalizarlo por vía incidental. El hecho de que sea una quiebra no altera los plazos ordinarios de prescripción de la acción **(50)**. La acción

(48) V. JUNYENT BAS, Francisco, "Reflexiones...", ob. cit., p. 343; BORETTO, Mauricio, "Responsabilidad civil y concursal de los administradores de las sociedades comerciales", Ed. LexisNexis, Buenos Aires, 2006, p. 255. En este sentido, en un fallo de nuestra jurisprudencia fue admitido el recurso de apelación presentado por la sindicatura de una quiebra. Se trataba de una acción social de responsabilidad contra los directores de una sociedad fallida. En primera instancia, fue rechazada por dos razones: falta de dolo y de autorización de los acreedores. La primera fue desechada porque no era una acción concursal de responsabilidad (art. 173 de la ley 24.522). Por consiguiente, no requería dolo. En cuanto a la segunda, dos integrantes del tribunal sostuvieron la tesis conforme con la cual la acción social no requiere autorización previa de los acreedores. Con todo, lo decisivo fue que el juez de primera instancia no lo exigió en el inicio (pese a que la sindicatura así lo había requerido, para el caso de que no estuviese de acuerdo con la tesis de la no exigencia de esa autorización previa) y, fundamentalmente, que los demandados no opusieron una defensa o excepción al respecto (CNCom., sala D, 11/06/2007, "Confortar Hogar SA s/ quiebra c. Serrano, Ernesto Lorenzo y otros", LL AR/JUR/7392/2007). En otro fallo, se adhirió a la tesis de que no es necesaria la autorización de los acreedores y, en función de ello, procedió la acción social (CCiv. y Com. Rosario, sala II, 14/08/2015, "Explotación Forestal La Merced s/ quiebra c. Cardinale, Pablo Antonio A. y o. s/ acción social de responsabilidad", LL AR/JUR/85318/2015).

(49) V. FERRER, Germán L., "Responsabilidad...", ob. cit., p. 179. En la siguiente causa judicial se exigió la conformidad de los acreedores para instar la acción social de responsabilidad: CNCom., sala E, 22/12/2009, "El Peregrino SA", LL AR/JUR/64087/2009.

(50) En sentido contrario, en una causa judicial en la que la sindicatura instó una acción social de responsabilidad, el plazo de prescripción de la acción fue computado desde la sentencia de quiebra (CCiv. y Com. Rosario, sala II, 14/08/2015, "Explotación Forestal La Merced s/ quiebra c. Cardinale, Pablo Antonio A. y o. s/ acción social de responsabilidad", LL AR/JUR/85318/2015). Por su parte, Junyent Bas y Ferrero entienden que el plazo de prescripción comienza desde la asamblea que declara la responsabilidad. De no haberla y de existir quiebra, el plazo empieza desde la sentencia de quiebra. Los cito textualmente: "Desde esta atalaya, en estos supuestos donde ha habido aprobación de la gestión empresarial o no ha existido asamblea, la acción del ejercicio de responsabilidad societaria nace recién con la sentencia de

perime a los seis meses (art. 119 de la ley 24.522, por remisión del art. 176 de la ley 24.522), lo que es un supuesto especial frente a la aplicación del término general de perención de tres meses del art. 277 de la ley 24.522. Reitero que las acciones sociales pueden ser acumuladas a las acciones concursales **(51)**.

IV. Medidas cautelares

El juez del concurso puede disponer medidas cautelares por el monto que estime, a pedido del síndico, aun antes de iniciar la acción correspondiente (art. 176 de la ley 24.522). Es un dispositivo que se aplica tanto a la acción concursal como a la social, ya que se refiere a los casos de los "artículos precedentes".

Si la acción es ejercida por el síndico, la caución corre bajo la responsabilidad del concurso (es decir, es un gasto del concurso, según lo dispuesto por el art. 240 de la ley 24.522). De modo que la medida solo procede si el concurso posee bienes suficientes para reparar los eventuales perjuicios que produzca. Si no cuenta con ese activo, entonces debe prestarse otra contracautela. De no ser así, se estaría concediendo una medida cautelar carente de uno de sus requisitos típicos, amén de que la expresión "bajo la responsabilidad del concurso" del art. 176 de la ley 24.522 quedaría vacía de contenido. Cuando lo hagan los socios o acreedores, deben prestar contracautela, además de caucionar las costas y perjuicios por el eventual rechazo de la acción.

V. La acción individual y la quiebra

En principio, las acciones individuales o particulares de responsabilidad contra los administradores no son afectadas en ningún sentido por la quiebra. Ni son absorbidas por el fuero de atracción ni el síndico o los acreedores pueden involucrarse. Me refiero a las iniciadas tanto antes como después de la sentencia de quiebra. Con todo, el proceso de quiebra muchas veces está relacionado de una u otra forma **(52)**. Puede ser el punto de partida de la acción de responsabilidad. Su contenido puede ser demostrativo de la conducta antijurídica de los administradores que llevaron a la insolvencia de la sociedad por el incumplimiento de sus deberes legales **(53)**.

---

quiebra, art. 142 de la LCQ. Es más, aun en caso de aprobación, la sentencia de quiebra es fundamental pues, como señalamos en los párrafos precedentes, la extinción de la responsabilidad es ineficaz en caso de liquidación concursal, y el citado art. 142 de la LCQ, constituye una directriz central que legitima al síndico para iniciar todas las acciones emergentes de las relaciones patrimoniales preexistentes, lo que se articula con la norma del art. 175 de la LCQ y 278 de la LS. En una palabra, el propio plexo societario en una hermenéutica integral permite afirmar que la quiebra sí altera el régimen de prescripción de la acción societaria, pues la declaración de la falencia implica la extinción de toda aprobación de gestión y hace nacer en cabeza de los legitimados por el art. 278 de la LS, es decir, el síndico y los acreedores, la acción de responsabilidad (...). Dicho derechamente, la 'apropiación' por el concurso de la acción societaria hace nacer la acción a partir de la declaración de la quiebra, y en algunos casos, cuando el síndico conoce la conducta dañosa en el informe general del art. 39 de la LCQ" (JUNYENT BAS, Francisco — FERRERO, Luis F., "La acumulación...", ob. cit.).

(51) V. JUNYENT BAS, Francisco — FERRERO, Luis F., "La acumulación...", ob. cit.

(52) Al respecto, una causa judicial trató sobre una persona que había celebrado un contrato de mutuo con una sociedad representada por un administrador. El contrato nunca fue cumplido y tanto la sociedad como el administrador quebraron. La mutuante inició una demanda contra ambos. Respecto del administrador, más precisamente, una acción individual de responsabilidad (art. 279 de la ley 19.550). La demanda fue admitida. Resultaba del expediente que aquel administrador había celebrado una serie de mutuos (cientos) a nombre de la sociedad, pese a que estaba ya en estado de insolvencia. Incluso, poco después de ellos cerró la oficina y desapareció de los lugares que solía frecuentar. Al no haber documentación social, se entendió probado que el administrador había conservado las sumas de dinero para sí. También, que el administrador sabía fehacientemente que esos mutuos nunca serían cumplidos. Incluso, hubo causas penales al respecto por el delito de estafa. El tribunal de primera instancia consideró que esa conducta era contraria a lo previsto por los arts. 59 y 274 de la ley 19.550 y condenó al administrador a pagar el monto del contrato, con más sus intereses. En cambio, no fueron condenados los otros integrantes del directorio, puesto que no participaron de las operaciones cuestionadas (CNCom., sala E, 16/05/1995, "Peacan Nazar, R. c. Torres Astigueta SA", LL AR/JUR/539/1995).

(53) Cito un ejemplo al respecto. En una causa de nuestra jurisprudencia, un empleado había obtenido una sentencia favorable contra una sociedad. Luego solicitó la quiebra de esta y la fecha de cesación de pagos fue fijada en la de la liquidación de la sentencia a favor del empleado en cuestión. Posteriormente, inició una acción de responsabilidad contra los directores de la sociedad. La sentencia fue admitida por las graves inconductas de estos que llevaron al "vaciamiento" del patrimonio social, al punto de que la quiebra fue clausurada por falta de activo. La resolución fundó ese "vaciamiento" en diversos hechos, de los cuales cito tres: a) la sociedad enajenó el inmueble donde se encontraba la sede social, pero no constaba el ingreso

Con respecto a la acción social de responsabilidad, la individual también tiene su independencia. No opera en subsidio, no está subordinada de ninguna forma a aquella, ni es necesario un inicio concurrente de ambas. Es posible que ambas acciones sean procedentes por un mismo hecho, ya que los administradores pueden ocasionar perjuicios en el patrimonio social y en el de los socios. La falsedad de los balances es un ejemplo de conducta compleja que puede dar lugar a ambas acciones. Puede causar daños a la sociedad y a los socios que, sobre la base de esta información falsa, suscriben un capital emitido. En tal supuesto, lo razonable es que un mismo juez entienda en la causa por acumulación procesal **(54)**, si pueden darse sentencias contradictoras sobre los mismos hechos.

La cuestión puede ser más complicada en la acción individual del socio por el denominado "daño indirecto". Ya vimos que la jurisprudencia mayoritaria no lo acepta **(55)**. Por mi parte, creo que es viable. La quiebra expone con toda evidencia el daño que puede haber sufrido un socio. A tal punto la conducta antijurídica del administrador dañó el valor de la participación del socio que es nulo debido a la insolvencia. De todos modos, la quiebra en sí no es un argumento ni a favor ni en contra de la admisión de la acción individual para reclamar el daño indirecto.

De adoptar la tesis favorable a su admisión, habría una relación entre el daño de la sociedad y el del socio, amén de la identidad de hechos. Si son instadas ambas acciones, habrá que vincular los procedimientos a través de la acumulación **(56)**, ya que habría un litisconsorcio entre el socio y la sociedad **(57)**. También, hay que analizar cada caso en particular y aplicar las herramientas procesales para garantizar un debido proceso, que no haya sentencias contradictorias y, naturalmente, que, en su caso, el administrador no afronte una reparación superior al daño que produjo (o que haya un enriquecimiento sin causa del socio). Si en la quiebra no hay ninguna acción de responsabilidad contra los administradores, evidentemente, el "concurso" no tiene ningún interés en esa reparación. Por lo tanto, la acción individual no tendría ninguna vinculación con el proceso. No sucedería lo mismo si hay acción de responsabilidad, en la medida en que haya identidad de hechos generadores de la reparación. Por consiguiente, aquí sí habría que tramitar la acción individual ante el juez del concurso.

---

de la contraprestación; b) se vendieron repuestos a un pariente del presidente del directorio, sin contraprestación aparente, y c) se desconocía el destino de sumas de dinero depositadas en cuentas bancarias de la sociedad. Sumado a ello, los administradores ni siquiera acompañaron los libros sociales al proceso de quiebra. Este "vaciamiento" impidió efectivizar la condena en la sentencia laboral, lo que hace responsables a los administradores que, por acción u omisión, lo hicieron posible (CCiv. y Com. Lomas de Zamora, sala I, 15/05/2008, "Gerez de Martino, María c. Amoros de Ledo, Aurora", LL 35030422).

(54) V. RODRÍGUEZ, Leonardo G., "Aprobación de la gestión del directorio y posibles acciones de responsabilidad contra los directores", LL 0003/008256; GAGLIARDO, Mariano, "Responsabilidad de los directores de sociedades anónimas", 4ª ed., Ed. LexisNexis — AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2004, t. II, p. 1039.

(55) Cito dos ejemplos. Por un lado, el caso de una acción individual por daño indirecto en el contexto de una quiebra. Un accionista instó una acción individual de responsabilidad contra directores de la sociedad. Lo hizo fundado en diversas inconductas de estos que aumentaron su pasivo al punto de llevar a la quiebra a la sociedad. Como consecuencia de ello, y conforme con los datos del informe general del síndico, la participación del accionista pasó de tener un valor determinado a uno nulo. Entre las acciones indebidas imputadas al directorio se encontraban las siguientes: a) demora en la presentación en concurso preventivo, que agravó y prolongó la insolvencia con el consiguiente aumento del pasivo; b) incumplimiento del acuerdo homologado; c) omisión de efectuar las retenciones previsionales, y d) falta de capitalización de sus créditos para conformar un capital de trabajo. La demanda fue rechazada debido a que, en su caso, estos daños afectaban el patrimonio de la sociedad. Por consiguiente, eran objeto de la acción social y no podían ser reclamados por los accionistas por acción individual —en tanto solo indirectamente afectaban al socio— (CNCom., sala A, 10/06/1997, "Saunier, Gastón c. Peña de Prendes, Marta A. y otros", LL AR/JUR/2933/1997). En otra causa judicial, una accionista instó (entre otras) una acción individual de responsabilidad contra un director por la pérdida de valor del paquete accionario que tenía dentro de la sociedad por la quiebra de esta. La acción fue rechazada por la aplicación de la tesis que rechaza la reparación del daño indirecto de los socios a través de una acción individual de responsabilidad (CNCom., sala D, 06/04/2017, "Havanatur SA c. Guama SA y otros s/ ordinario", LL AR/JUR/34793/2017).

(56) V. ALLENDE, Lisandro A., "Poniéndose del lado equivocado", LL AR/DOC/2161/2019.

(57) V. CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo, "Derecho societario...", ob. cit., p. 406.

Segunda oportunidad, liberación o descarga de deudas: el imperativo de la hora en la superación de la insolvencia o crisis de la persona natural

Silvana Mabel García

Sumario: I. Una solución conveniente, humanitaria y justa.— II. Las recomendaciones de los documentos internacionales. Su reflejo en las legislaciones. El sistema argentino.— III. Algunos cuestionamientos: la adecuada protección del crédito y la multiplicación de los procesos de tratamiento de las crisis de personas humanas.— IV. A modo de cierre.

I. Una solución conveniente, humanitaria y justa

Los documentos internacionales que abordan la problemática del tratamiento de la insolvencia o crisis económica de personas naturales (el consumidor sobreendeudado, cuentapropistas, artesanos, microemprendedores, personas en relación de dependencia pública o privada, jubilados, productores primarios, profesionales, etc.) exhortan a establecer como norte u objetivo de los procedimientos de saneamiento el de reintegrar o restablecer rápidamente al deudor en la vida económica y social **(1)**.

E impulsan, como medida más importante para crear las condiciones tendientes al logro de ese propósito, la extinción, exoneración, liberación o descarga de las deudas residuales, de aquello que no pudo ser afrontado dentro del proceso, sea por satisfacción voluntaria del deudor o por reparto de lo obtenido en la liquidación de sus bienes, de modo de brindarle una "segunda oportunidad".

Se entiende que la solución es conveniente, humanitaria y justa, y protege intereses en juego que son dignos de tutela.

Es justa, o más bien equitativa, porque viene a igualar de algún modo la situación con respecto a una persona jurídica, que, si no tiene bienes para hacer frente a sus obligaciones, y en definitiva resulta liquidada, desaparece (se extingue como sujeto), no saldando nunca más sus obligaciones pendientes. Aunque no resulte un efecto de "derecho", de "hecho" sucede así.

La persona humana no puede ser liquidada o extinguida, pero no exonerarla equivale a ese resultado: la exclusión del sistema, confinar al individuo y al grupo familiar directo a la marginación.

Es también una solución conveniente, desde varios puntos de vista.

Desde la *perspectiva de la persona que se libera*:

¿Qué incentivos podría hallar un sujeto para "reemprender" y tomar nuevos riesgos si sabe que todo bien que incorpore a su patrimonio seguirá "bajo el ojo de la agresión" de sus acreedores no satisfechos?

(1) Entre otros: Dictamen del Comité Económico Social Europeo (CESE) del 29/04/2014, sobre "Protección de los consumidores y tratamiento adecuado del sobreendeudamiento para evitar la exclusión social". También Recomendación de la Comisión Europea de 12/03/2014 sobre "Un nuevo enfoque frente a la insolvencia y el fracaso empresarial", 2014/135/UE.

Sin duda alguna perdería todo estímulo, y sometería a sus acreedores a una larga e infructuosa persecución, al hallarse apartado de una vida económica normal.

Para recuperar su autoestima y mirar el futuro con confianza necesita del "perdón y del olvido" **(2)**.

Desde la *perspectiva del Estado:*

Si al sujeto no se le permite "comenzar de nuevo" sin el peso de sus antiguas deudas, si no se le confiere una segunda oportunidad, se transforma en una energía perdida para el trabajo y muy probablemente en drenaje de recursos sociales (que, en economías como la nuestra, son de por sí magros).

Desde la *perspectiva de la sociedad toda:*

La sociedad, la economía, necesitan emprendedores, gente que "arriesgue", porque es lo que permite girar las ruedas de todo el engranaje.

La liberación posibilita al sujeto convertirse en un miembro productivo de la comunidad. En caso contrario, se lo obliga a operar tras las sombras para no poner bienes a la vista de sus acreedores.

La liberación de deudas inherente al beneficio constituye pues un incentivo al trabajo, al emprendimiento y a la no ocultación de ingresos por el deudor.

Decíamos que es también una solución humanitaria.

Desde hace un tiempo considerable ya, y a raíz de las profundas crisis económicas que han estado afectando al mundo, se habla de la necesidad de "la humanización" de las consecuencias de un procedimiento de insolvencia o de tratamiento de las crisis de personas naturales. La liberación de deudas y la reducción de impedimentos y restricciones para el ejercicio de las capacidades del deudor responde a ese reclamo, evitando su estigmatización.

La necesidad y oportunidad de introducir un tratamiento más humano de los deudores es un mensaje implícito de los documentos e informes elaborados a nivel internacional.

Encuestas realizadas entre deudores revelan sentimientos generalizados y profundos de culpa, de vergüenza y de estigma, que actúan como poderosos desincentivos para quienes están considerando acudir al auxilio que presta el sistema de insolvencia que los comprende.

Estudios empíricos han comprobado también que la carga de una deuda inmanejable causa una serie importante de graves problemas psíquicos (depresión, aislamiento social) y hasta físicos (problemas cardiovasculares, digestivos, neurológicos) a los deudores, que sufren el miedo y la ansiedad producidos por la constante preocupación que les causa la incapacidad de pagar sus deudas, así como el sentimiento persistente de fracaso. La carga abrumadora de la deuda sume a los deudores en una espiral "descendente" de desesperanza, que termina minando la motivación del deudor para desarrollar un trabajo productivo **(3)**.

Y se recomienda incluso desarrollar "compasión hacia los deudores individuales" o, cuanto menos, hacia sus cónyuges e hijos, que sufren los efectos perjudiciales al habitar y crecer en un hogar constantemente acosado por las llamadas de los acreedores y por la tensión financiera.

Significa, asimismo, una solución que atiende a otros intereses dignos de tutela.

Hoy por hoy ya no se discute que en el derecho de la insolvencia o de las crisis son múltiples los intereses que tienden a protegerse. El de los acreedores es uno, pero también el de los trabajadores, los proveedores, los clientes, etcétera. Y el interés del deudor es asimismo uno de los que resulta digno de tutela.

Hace a la protección de ese interés garantizar al deudor que, tras el proceso, luego de comprobarse determinados presupuestos, pueda volver a empezar, poniendo su pasado definitivamente atrás sin el peso de las antiguas deudas.

(2) En nuestro sistema jurídico, el "derecho al olvido" está reconocido normativamente (ley 25.536 de Protección de Datos Personales, información crediticia).

(3) Reporte o Informe del Banco Mundial sobre el tratamiento de la insolvencia de las personas naturales, 2014. La versión en inglés puede consultarse en *https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/17606*, a diciembre de 2020.

Protege la dignidad del deudor garantizarle su plena reincorporación en la actividad productiva sin quedar sujeto a la agresión *sine die* de sus acreedores.

El reconocimiento en cada hombre y mujer de un valor en sí mismo, de una dignidad, constituye hoy un principio del derecho contemporáneo, con reconocimiento expreso en nuestro Código Civil y Comercial (art. 51), que se expande a todo el ordenamiento como principio general del derecho con jerarquía constitucional.

La mejor doctrina no duda en calificar al derecho a una vida digna como una prerrogativa de jerarquía superior y de mayor significación axiológica entre los derechos humanos, incorporados en el caso de la Argentina a la Constitución Nacional a través de pactos internacionales como la Declaración Universal de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Ambos instrumentos reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, a una mejora continua de las condiciones de existencia.

Si bien la temática no resulta nueva, se ha instalado con fuerza a partir de la crisis generada por la pandemia que afecta a la humanidad desde 2020.

Las investigaciones, los reportes y la normativa de organismos multilaterales (INSOL Internacional, Banco Mundial, Naciones Unidas y Comisión Europea) vienen sosteniendo la necesidad de prever esta herramienta como esencial en el tratamiento de las crisis de las personas naturales.

Y tras la crisis *subprime* (2008), que puso en evidencia la importancia sistémica del endeudamiento personal, esa recomendación fue plasmándose en los ordenamientos. Dentro de los más recientes: España, Italia.

La "descarga" vino también a corregir, a actuar como contrapeso frente a la concesión abusiva del crédito que llevó a muchos deudores al sobreendeudamiento, distribuyendo ese resultado entre los acreedores, en mejor posición para monitorear el comportamiento de un deudor y predecir los incumplimientos. Los acreedores que saben que sus deudores pueden liberarse de sus obligaciones no pagadas tienen incentivos para adoptar prácticas más cuidadosas y responsables de concesión de crédito, equilibrando el objetivo de alcanzar la máxima rentabilidad **(4)**.

II. Las recomendaciones de los documentos internacionales. Su reflejo en las legislaciones. El sistema argentino

II.1. Recomendaciones

Esos documentos han sido elaborados a partir de relevamientos que se fueron realizando en las legislaciones relacionadas con la insolvencia de personas naturales **(5)**.

Parten de la premisa de que no es posible una línea divisoria clara que pueda clasificar a las personas humanas o naturales en función del grado de sofisticación y complejidad de sus actividades económicas. Por tanto, no es fácil una distinción significativa entre los deudores personas naturales que son consumidores puros y los que son empresarios o no empresarios.

Señalan que lo que diferencia un sistema de regulación de insolvencia personal de los sistemas de insolvencia empresarial es la posición central que el elemento personal ocupa, por lo que el objetivo se ubica, más que en la tutela del crédito, en la rehabilitación y recuperación del deudor, en las connotaciones humanas de los problemas de endeudamiento, en cómo "aliviar" las dificultades de los deudores en su propio beneficio y de la sociedad en su conjunto **(6)**.

Nos referimos brevemente a dos de esos documentos, uno de ellos en preparación.

---

(4) Reporte o Informe del Banco Mundial sobre el tratamiento de la insolvencia de las personas naturales, 2014.

(5) A los citados en notas 1 y 3 agregamos: Directiva UE 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo del 20 de junio de 2019, sobre "Marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas". Asimismo, el Proyecto de Guía Legislativa de UNCITRAL 2020 sobre un Régimen Simplificado de la Insolvencia, al que haremos referencia.

(6) Reporte o Informe del Banco Mundial sobre el tratamiento de la insolvencia de las personas naturales, 2014.

II.1.a. Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019 **(7)**

Esta Directiva prevé su transposición a los derechos nacionales de los países miembros en el transcurso de dos años.

Si bien su ámbito de aplicación específico es la persona natural o física que ejerza actividad comercial, industrial, artesanal o profesional (es decir, se aplica a personas naturales o humanas que tienen condición de empresarios), recomienda adoptar las disposiciones sobre "exoneración" también a consumidores **(8)**.

Recomendaciones:

- Que el plazo de obtención de la plena exoneración no sea superior a tres años (desde el inicio del procedimiento o desde la confirmación del plan).

- Si se condiciona a un plan de pagos, que sea proporcionado a los activos y renta embargable del deudor.

- Si hay recaudos para la obtención, una vez cumplidos, que no se imponga un procedimiento adicional para obtener el beneficio (es decir, que resulte automático).

- Que vaya acompañada de la eliminación de todo tipo de inhabilitaciones para el ejercicio de actividades.

- Si existen procedimientos diferentes para el tratamiento de deudas personales y profesionales, que se tramite todo en un único proceso, acumulándose, en su caso.

- Permitir modificar las exigencias o plazos, o hasta revocar el beneficio si el deudor no actuó honestamente o lo hizo de mala fe.

I.2.b. Proyecto de Guía Legislativa de UNCITRAL 2020 sobre un Régimen Simplificado de la Insolvencia

Se trata de un trabajo en elaboración, que intenta mejorar aspectos de la anterior Guía Legislativa de 2006 **(9)**.

También apunta fundamentalmente a empresarios individuales **(10)**: personas físicas que ejercen comercio, actividad comercial, arte o profesión como empresa unipersonal o actividad autónoma. Asimismo, a microempresas y pequeñas empresas, fundamentalmente cuando la responsabilidad de los propietarios o miembros es ilimitada.

Con la misma tesitura explicitada de la conveniencia de abordar de modo integral las deudas entremezcladas del negocio, las personales y de consumo, recomienda consolidar o coordinar los procedimientos conexos que pudieran iniciarse.

En punto a las previsiones normativas sobre exoneración, recomienda:

- De exigirse condiciones para exonerar, que sean las mínimas posibles.

- Si hay deudas no exonerables, que sean la menor cantidad posible (pues de otro modo se reducen las posibilidades de lograr la verdadera rehabilitación económica del deudor).

- Si se prevé la posibilidad de denegar o revocar la exoneración, que las causas sean mínimas, salvo en caso de exoneración obtenida por medios fraudulentos.

- Que se confiera tanto cuando hubo liquidación y distribución como cuando no existe un producto distribuible.

- Si se sujeta a un plazo su obtención, que sea breve y con posibilidades de reducción por la autoridad competente para conferirla.

- Si está vinculada a un plan de reembolso durante un plazo, debe ajustarse a la situación del deudor y ser proporcional a sus ingresos y bienes disponibles.

II.2. Su reflejo en los derechos internos

Ahora bien, ¿esas recomendaciones se ven actualmente reflejadas en los derechos particu-

(7) Disponible en *https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32019L1023*, a diciembre de 2020.

(8) Consideraciones iniciales, nro. 21.

(9) El proyecto de texto elaborado a partir de 2019 por el Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia) de UNCITRAL, con diversas modificaciones que a su original fueron agregándose durante el año en curso (2020), será nuevamente tratado en los primeros días de diciembre en el 57º período de sesiones (Viena, en línea).

(10) Se excluye o intenta excluir a los trabajadores asalariados.

lares? ¿Cuáles son los rasgos que caracterizan la descarga o liberación a nivel mundial?

El estudio realizado por el Banco Mundial demuestra que las políticas legislativas varían entre los países, porque hay puntos de vista diferentes sobre las consecuencias morales, culturales y económicas del "perdón" ínsito en la exoneración de deudas. Y esas diferentes visiones tienen anclaje en los valores, tradiciones jurídicas e historia de una determinada sociedad.

De allí que no todas las recomendaciones se comprueban, por ahora, en los derechos internos de tratamiento de la insolvencia o endeudamiento de los sujetos a que nos venimos refiriendo, más allá de que varios ordenamientos están en proceso de reforma en estos días.

Veamos los rasgos salientes que emanan de algunos de ellos **(11)**:

a. Es un mecanismo de protección del deudor honesto o de buena fe.

Algunos ordenamientos describen cuáles conductas no se consideran tales.

Exigen ese estándar, sea al momento del nacimiento de la obligación y/o durante el proceso y/o hasta el cumplimiento de las cargas que impone el propio procedimiento, entre otros: Italia, España, Francia, Alemania, Canadá, Uruguay.

Debe entenderse como ausencia de mala fe o de abuso en el ejercicio del derecho a liberarse.

b. Debe pagarse un porcentaje del pasivo, durante un determinado tiempo, a través de planes acordados con los acreedores (los derechos antes mencionados, también Estados Unidos).

c. No necesariamente la insuficiencia o inexistencia de bienes impide la exoneración (porque no se considera excluyente de por sí de la buena fe), incluso en algunos casos sin sujeción a un plan de pagos (Francia, Reino Unido, Irlanda, Nueva Zelanda).

d. La tendencia es que el beneficio se obtiene automáticamente luego de cierto lapso temporal, contado desde el inicio o desde el fin del procedimiento (Reino Unido, Irlanda, Nueva Zelanda, Canadá, Uruguay).

e. En algunas legislaciones y por determinadas causas, es revocable (Italia, Estados Unidos).

f. Un objetivo compartido es la reeducación del deudor (a través de programas de formación financiera) para evitar nuevas situaciones de endeudamiento (Estados Unidos, Canadá, Francia, Escocia).

g. Se concede por única vez (Irlanda, Nueva Zelanda) o transcurrido un plazo prolongado desde su obtención (Alemania, España, Estados Unidos, Canadá, Colombia).

h. Siempre existen deudas no descargables. Por lo común, deudas alimentarias, préstamos para educación, créditos emergentes de responsabilidad penal y/o extracontractual, deudas tributarias.

i. En cuanto al efecto sobre la vida de las obligaciones exonerables, en algunos sistemas implica su extinción; en otros, solo su inexigibilidad. Pero cuando el efecto es la extinción se dejan a salvo las garantías anexas. En algunos países existen los denominados "acuerdos de reafirmación" (el deudor reafirma la deuda y esta no se exonera).

II.3. ¿Morigerar las exigencias ante las crisis por la pandemia de COVID-19?

Podríamos preguntarnos si la gravedad de la crisis económica en las que ya están sumidas las personas naturales y sus familias como consecuencia de las restricciones a las actividades económicas originadas —a nivel mundial— en las medidas sanitarias impuestas a raíz de la pandemia de COVID-19 podría implicar —para la emergencia— la necesidad de "replantear" las condiciones habitualmente exigidas.

¿Tal vez "acelerar" aún más los tiempos para la obtención del beneficio? Y, en todo caso, revocarla, si luego se comprueba mala fe del beneficiado **(12)**.

(11) Un estudio reciente muestra estos rasgos comunes: CABALLERO GERMAIN, Guillermo, "Sobre endeudamiento y exoneración legal de los saldos insolutos en el procedimiento concursal del consumidor", *Revista Ius et Praxis*, año 24, nro. 3, 2018, ps. 133-172.

(12) En ese orden de ideas se enmarca el reciente Proyecto de Ley de Reforma a la ley 24.522, al recomendar al juez del concurso adoptar las medidas conducentes para la rehabilitación de la persona humana y la protección de su dignidad y del grupo familiar que conforma.

¿Habrá que exigir un plan de pagos que comprometa sus ingresos futuros cuando ni siquiera se sabe si podrá obtenerlos? La vida misma de las personas está acechada por esta pandemia, y tal vez solo tengan su salario y su vivienda. Quizás habría que facilitar la descarga sin sujeción a un plan de pagos (denominados también "planes cero").

¿Reducir aún más el espectro de obligaciones no exonerables, de modo que ninguna quede al margen del beneficio de la descarga?¿Hacer extensivo el beneficio a quienes como miembros del grupo familiar garantizaron las deudas que se descargan? Por caso, liberar al/la esposo/a no insolvente **(13)**.

II.4. La descarga en del derecho argentino

En la Argentina, a nivel de la legislación concursal vigente (ley 24.522 y sus reformas), aplicable también a los sujetos que hemos señalado al principio, la liberación, descarga o exoneración del pasivo insoluto no es un efecto expresamente legislado, sino que resulta de una reconstrucción razonable del sistema normativo y es consecuencia de la rehabilitación del deudor, una vez que se han liquidado sus bienes. No está sujeta a condicionamiento o recaudo previo alguno, es automática y sucede con relación a la persona humana, en principio, al año de la quiebra **(14)**.

La falta de condicionamientos ha llevado a que los jueces intenten poner límites al advertir un uso disfuncional del derecho a quebrar como camino hacia la liberación. En algunos casos, directamente se negó el acceso al procedimiento falencial; en otros, la rehabilitación, y en ciertos fallos, la exclusión de determinados créditos del beneficio de la liberación **(15)**.

Recientemente se avizora una tendencia jurisprudencial a vincular el beneficio de la descarga con la comprobación de la inexistencia de abuso de derecho por parte del deudor **(16)**.

La liberación ha sido expresamente prevista en los proyectos que se habían elaborado para dar tratamiento a las crisis de los consumidores, en los años 2011 y 2015. Incluso también durante este año (2020) en ciertas iniciativas **(17)** presentadas para dar solución al nivel del endeudamiento en que se prevé quedarán atrapadas las personas humanas en general.

III. Algunos cuestionamientos: la adecuada protección del crédito y la multiplicación de los procesos de tratamiento de las crisis de personas humanas

III.1. Un equilibrio deseable

El sometimiento del beneficio de la descarga o exoneración a condicionamientos, requisitos o presupuestos intenta "equilibrar" los intereses y principios en juego:

a. La adecuada protección del crédito (en general) y del acreedor (en particular) frente a deudores que administran sus asuntos financieros de manera irresponsable, temeraria o deshonesta.

Pues, más allá de lo dicho en cuanto a que la descarga opera como contrapeso frente a la concesión abusiva de crédito, no se trata tampoco de transformar este beneficio en un subterfugio que invite a los deudores a incumplir sus obligaciones, incentivando un comportamiento financiero descuidado.

Se pone énfasis en que el incentivo de la exoneración no debe nunca desencadenar un fenómeno de riesgo moral o minar la cultura del pago. Justamente para evitar esto es que el instituto debe regular condiciones de obtención.

b. No puede soslayarse tampoco que la liberación de deudas importa restringir otro principio nodal: el del patrimonio del deudor (presente y

(13) Es la solución actual del derecho español: art. 178 bis, Cód. de Legislación Concursal, texto consolidado, 2020.

(14) Nos hemos ocupado extensamente de estos aspectos en "Liberación patrimonial por rehabilitación del fallido. Pasado, presente y futuro", *Revista de Derecho Privado y Comunitario,* 2019-3, p. 283, y en "Extinción de las obligaciones por la quiebra"; Ed. Astrea, 2010.

(15) Ver jurisprudencia citada en "Liberación patrimonial...", ob. cit.

(16) CCiv., Com., Lab. y Minería General Pico, sala B, 05/04/2019, Rubinzal Online 6403/2019, RC J 6525/19; CNCom., sala B, 07/02/2019, "Fernández, Osvaldo R. s/ quiebra", LL AR/JUR/141/2019.

(17) 0384-D-2020; 1986-D-2020. Asimismo, en el Proyecto de Código de Defensa del Consumidor (3143-D-2020 y 5156-D-2020).

futuro) como garantía común de sus acreedores (art. 743, Cód. Civ. y Com.).

Sin embargo, también se observa que la exoneración de saldos insolutos en definitiva no hace más que evitar que los acreedores persigan una ilusión: cobrar deudas que son incobrables desde el vamos por falta de adecuado análisis de solvencia. Y entonces no se les priva de un recurso real, sino que se les anima a aceptar la realidad y asumir los costes de sus propios errores.

III.2. Descarga y acceso al crédito

Quienes dudan de los beneficios de la liberación o exoneración de deudas se preguntan: ¿tendrá acceso al crédito un deudor exonerado?

La respuesta que cabría esperar del sistema crediticio sería la de rechazar a tal cliente, por presumírselo un deudor de mayor riesgo.

Pero la experiencia recogida (el informe del BM lo pone de resalto) muestra que el mercado crediticio no siempre se mueve con criterios lógicos. Los datos ponen de relieve que el "nuevo comienzo" no supone necesariamente una restricción al acceso al mercado crediticio; es más, se da la paradoja de constituir un estímulo para las entidades crediticias en la medida en que el tipo de interés para esos deudores es más alto y las ganancias de los acreedores, mayores, a pesar del riesgo eventual del impago.

La cuestión se relaciona también con las bases de datos de deudores. En los Estados Unidos, por ejemplo, según ese reporte que referimos, el hecho de que el deudor se haya beneficiado de una exoneración de deudas vía el cap. 7 "no mancha" su informe crediticio. Y se produce la paradoja de que las entidades financieras que denunciaron el abuso del beneficio por el consumidor son las primeras en ofertar crédito a esos "irresponsables consumidores".

III.3. ¿Mayor litigiosidad?

Otro cuestionamiento que suele hacerse al reconocimiento de este beneficio es: ¿podría la descarga o exoneración aumentar el número de procedimientos de consumidores o personas naturales en general?

Tal como surge de los estudios de campo que hemos estado mencionando, y a la vista de la experiencia estadounidense, el "nuevo comienzo" no necesariamente es la causa determinante de la avalancha de concursos de personas naturales, sino la propia construcción del sistema crediticio, la libertad en materia de tipos de interés y la impunidad con la que actúan las entidades financieras en la concesión abusiva de crédito.

Como se relata, cuando en 2005 se impusieron restricciones a la obtención del beneficio de la descarga para disminuir el porcentaje de riesgo de impago, las tasas de interés, lejos de disminuir, subieron, incrementando los beneficios de las entidades crediticias.

Lo real es que el aumento de casos de concursos de estos sujetos tiene como trasfondo la actuación irresponsable de los acreedores, particularmente de las entidades emisoras de tarjetas de crédito, a quienes no les interesan los costos del impago porque de todos modos lo "externalizan", distribuyéndolo entre todos los deudores (no sobreendeudados) del sistema **(18)**.

De allí que, a partir de la crisis *subprime*, las Directivas de la Unión Europea (2008/1948 y la más reciente 2014/2017) imponen a los Estados miembro la obligación de exigir a las entidades que confieren crédito que, antes de celebrar un contrato, evalúen en profundidad la solvencia del sujeto para verificar las perspectivas de cumplimiento.

IV. A modo de cierre

En todo régimen de tratamiento de la insolvencia o crisis de las personas naturales o humanas deviene imprescindible consagrar el derecho a liberarse de una vez para siempre de las obligaciones que no puedan afrontarse en el procedimiento luego de que se cumplan los presupuestos necesarios —que deben preverse expresamente en la legislación— para obtener el beneficio.

Es vital para el deudor persona natural poder poner su pasado atrás y avanzar con su vida.

(18) CUENA CASAS, Matilde, "*Fresh start* y mercado crediticio", *InDret*, 3/2011, disponible a diciembre de 2020 en *https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/842_es.pdf*.

El *cramdown* del *Chapter Eleven* del Código de Bancarrotas de Estados Unidos

Héctor J. Miguens

Sumario: I. Introducción.— II. Terminología utilizada.— III. Objeto de este trabajo — IV. Antecedentes históricos del *cramdown* norteamericano.— V. Consideraciones de política legislativa.— VI. *Impairment of classes.*— VII. El plan concursal del Chapter Eleven.— VIII. Requisitos para el *cramdown.*— IX. El plan de los acreedores.— X. Función de la valuación de la empresa.— XI. Evaluación crítica del Chapter Eleven en relación con el *cramdown.*— XII. Conclusiones finales de la ponencia.Resumen.

I. Introducción

Objetivo del artículo: Está constituido por dos elementos: el primero es una descripción orgánica y sistemática del instituto del *cramdown* en el *Chapter Eleven* del *Title Eleven* del *United States Code*, o Código de Bancarrotas de Estados Unidos, con sus características, objetivos, requisitos y finalidades. El segundo elemento es un análisis crítico de las instituciones concursales analizadas en su relación con el denominado *cramdown* del *Chapter Eleven* del *United States Code* y una breve comparación con el instituto de la misma denominación del derecho de quiebras argentino.

Métodos: Análisis orgánico y sistemático, cualitativo, sustancial y procesal, de las instituciones del derecho concursal de Estados Unidos de América involucradas con el *cramdown* mediante los razonamientos de inducción y deducción desde los principios generales de esos institutos hasta el *cramdown* y viceversa.

Resultados: Descripción orgánica y sistemática del instituto del *cramdown* del derecho de quiebras norteamericano con una valoración crítica del sistema.

Conclusiones finales: La posibilidad de confirmación judicial del *non consensual plan*, mediante el instituto del *cramdown*, permite acceder a ese paso del proceso incluso en caso de existencia de alguna categoría de acreedores disidentes, si se cumplen determinados requisitos, que constituyen pilares sobre los que se apoya el sistema del *Chapter Eleven*.

Palabras clave: Chapter Eleven del *United States Code* — *Cramdown* — Derecho de quiebras de Estados Unidos de América — Derecho de quiebras de Argentina — *Cramdown* criollo.

Title of the article: The "cramdown" of Chapter Eleven of the US Bankruptcy Code.

II. Terminología utilizada

He procurado mantener los vocablos y expresiones típicas del derecho concursal y societario estadounidense en inglés. Por ello, en muchos casos no han sido traducidos al castellano, para brindar un exacto panorama terminológico propio del derecho concursal (federal) y del derecho societario (mayoritariamente local) en los Estados Unidos. En su caso, he provisto su correspondiente explicación.

Cuando hablo de derecho "norteamericano", "americano" o "estadounidense" me refiero al derecho concursal federal de los Estados Unidos. Mientras que las normas concursales de

ese país son federales, las normas de derecho societario aplicables al caso concursal son predominantemente locales, pertenecientes a cada uno de los cincuenta Estados.

Al hablar de "reorganización", *Chapter Eleven*, "capítulo once", *Chapter 11*, etc., me estoy refiriendo al proceso de *reorganization* legislado en el *Chapter Eleven* o capítulo once del *United States Bankruptcy Code* (USC, por sus siglas en inglés), el Código de Bancarrotas norteamericano. Las normas referidas al *Chapter 11* del *US Bankruptcy Code* serán citadas directamente con el número del artículo correspondiente, con el símbolo §.

El término *statutes* ha sido traducido como "estatutos" o "normas estatutarias". Se refiere a cuerpos normativos específicos de derecho sancionados por los distintos Estados de la Unión o bien por el gobierno federal, que forman parte del plexo normativo aplicable juntamente con las sentencias judiciales, sean estatales o federales.

He seguido preponderantemente la forma norteamericana de citar la doctrina y la jurisprudencia. Esta forma de citar (abreviaturas de los títulos de las revistas, etc.) está tomada del *Bluebook* **(1)**, aceptado en todo el país, en el que se explican sus elementos.

El término *Section* se refiere a las normas contenidas en estatutos normativos específicos, lo que equivale al "artículo" de nuestros ordenamientos. En su caso, he indicado con un número seguido por un punto, como es usual en el sistema norteamericano, o bien mediante el signo de parágrafo (§).

III. Objeto de este trabajo

El presente trabajo estudia la institución del *cramdown*, perteneciente a una parte del sistema concursal de los Estados Unidos que abarca las soluciones preventivas de la quiebra en ese país, que pretende salvar a la empresa de su desaparición económica y jurídica y que es conocido por el nombre de su respectivo capítulo, el *Chapter Eleven* o capítulo once del *United States Bankruptcy Code*, (que se suele abreviar como USC), una norma concursal federal que engloba numerosas materias en sus distintos capítulos.

Este trabajo constituye un estudio orgánico y sistemático del instituto del *cramdown* legislado en el *Chapter Eleven* y, por ende, solo abarca los aspectos particulares de esta institución. El *Chapter Eleven* del sistema concursal de los Estados Unidos constituye un capítulo relevante de uno de los sistemas concursales más proficuos, eficaces y pragmáticos **(2)**.

(1) HARVARD LAW REVIEW ASSOCIATION (ed.), "The Bluebook. A uniform system of citation", 19ª ed., Cambridge, Massachusetts, 2003. Hay ediciones posteriores.

(2) Para una bibliografía general de referencia sobre el proceso concursal del *Chapter Eleven* en los Estados Unidos, pueden consultarse las siguientes, entre otros autores: KING, Lawrence P., "Chapter 11 of the 1978 Bankruptcy Code", 53 *Am. Bankr. L. J.* 107, 1979; KLEIN, Martin L., "The Bankruptcy Reform Act of 1978", 53 *Am. Bankr. L. J.* 1, 1979; TABB, Charles J., "The future of Chapter 11", 44 *S. C. L. Rev.* 791, 804, 1993; WARREN, William D. — BUSSEL, Daniel J., "Bankruptcy", 4ª ed., *University Casebook Series*, Ed. Foundation Press, New York, 2002; WARREN, Elizabeth, "Chapter 11: reorganizing American businesses", Ed. Aspen Publishers — Wolters Kluwer Law & Business, Austin — Boston — Chicago — New York — The Netherlands, 2008; WARREN, Elizabeth — WESTBROOK, Jay L., "The law of debtors and creditors. Text, cases and problems", 6ª ed., Ed. Wolters Kluwer Law and Business, Austin — Boston — Chicago — New York — The Netherlands, 2009; MORRISON, Alan B. (ed.), "Fundamentals of American law", Ed. Oxford University Press, Oxford, 1997; FERRIELL, Jeff — JANGER, Edward J., "Understanding bankruptcy", 2ª ed., Ed. LexisNexis, New York, 2007; TABB, Charles J., "Bankruptcy anthology", Ed. Anderson Publishing Co., Cincinnati, Ohio, 2002; HOWARD, Margaret, "Bankruptcy. Cases and materials", *American Casebook Series*, Ed. Thomson — West Publishing, St. Paul, Minnesota, 2004; SULLIVAN, Teresa — WARREN, Elizabeth — WESTBROOK, Jay L., "As we forgive our debtors: Bankruptcy and consumer credit in America", Ed. Oxford University Press, Oxford, 1989 (hay ed. 1991); EISENBERG, Theodore, "Bankruptcy law in perspective", 28 *UCLA L. Rev.* 953, 1981; JACKSON, Thomas H., "The logic and limits of bankruptcy law", Ed. Harvard University Press, Boston, 1986; BLUMBERG, Philip, "Problems in the bankruptcy or reorganization of parent and subsidiary corporations, including the law of corporate guaranties", Ed. Little, Brown & Co., Boston, 1985 y supl. 2000; CLARK, David S. — ANSAY, Turgul (eds.), "Introduction to the law of the United States", Ed. Kluwer Law International, The Hague — London — New York, 2002; HERBERT, Michael J., "Understanding bankruptcy", Ed. LexisNexis — Bender, New York, 1995; TABB, Charles J. — BRUBAKER, Ralph, "Bankruptcy law: principles, policies and practice", 2ª ed., Ed. LexisNexis, 2006; ROE, Mark J., "Bankruptcy and corporate reorganization. Legal and financial materials", Ed. Foundation Press, New York, 2007; SCARBERRY, Mark S. — KLEE, Kenneth N. — NEWTON, Grant W. — NICKES, Steve H.,

El *Chapter Eleven* tiene por objeto construir un proceso concursal de "reorganización" de la empresa en crisis o en estado de cesación de pagos (*reorganization procedure*) a fin de sanearla económica o financieramente, solucionar el problema económico o financiero, facilitar su continuación empresarial y así librarla de su liquidación judicial forzosa, solución última reglada en otro capítulo del USC, el *Chapter Seven* de ese Código Concursal. Excepcionalmente, el *Chapter Eleven* prevé también casos de liquidaciones de bienes parciales o totales en condiciones más ventajosas que los otros procedimientos liquidativos vigentes en los Estados Unidos, como objeto del plan ofrecido a los acreedores.

El problema tratado en este trabajo se refiere a la situación en la que el deudor no puede obtener la confirmación judicial del plan de reorganización propuesto por no haber logrado la votación afirmativa de una o más categorías de acreedores en las mayorías requeridas para esa confirmación por la norma del § 1129(a) (que legisla sobre la denominada *consensual confirmation*). Si ocurre esto, se plantean cuatro opciones posibles en lugar de la *consensual confirmation* de un plan, a saber: 1) la confirmación no consensual del plan propuesto por el deudor conforme a § 1129(b), lo que es conocido como *cramdown* en la doctrina norteamericana **(3)**; 2) confirmación (consensual o conforme al *cramdown*) de un plan propuesto por uno o más acreedores u otras partes interesadas; 3) terminación del *automatic stay* respecto de los acreedores garantizados (lo que hace terminar el proceso de reorganización); y 4) terminación del proceso del *Chapter Eleven* conforme al § 1112 por rechazo del caso, o la conversión del proceso del *Chapter Eleven* en uno de liquidación final conforme a lo legislado en el *Chapter Seven* del *US Code*. Aquí trataremos la segunda alternativa **(4)**.

IV. Antecedentes históricos del *cramdown* norteamericano

A fin de tener una acabada idea del instituto del *cramdown* norteamericano es pertinente echar un vistazo a la historia de este, que corre intrínsecamente unida al principio concursal del *absolute priority rule* y al concepto del requisito institucional del plan como *fair and equitable*. Ello, por una parte, para entender correctamente la institución y, por otra, a fin de aventar posibles minusvaloraciones del instituto, que puede ser mal entendido como perjudicial o ajeno a la materia concursal, lo que lejos está de ocurrir en la teoría y en la práctica **(5)**.

La reorganización empresarial surgió a poco de terminar la Guerra Civil norteamericana, bajo la órbita del fuero federal, por imperio constitucional. En 1869, la Corte Suprema federal sostuvo en el caso "Railroad Co. v. Howard" **(6)** que un contrato que intentó entregar a los accionistas del deudor concursado una cuota de la venta de la concursada no era oponible a los acreedo-

---

"Business reorganization in bankruptcy. Cases and materials", 4ª ed., *American Casebook Series*, Ed. Thomson — West Publishing, 2012; BAIRD, Douglas G. — JACKSON, Thomas H. — ADLER, Barry E., "Bankruptcy. Cases, problems and materials", 3ª ed., *University Casebook Series*, Ed. Foundation Press, New York, 2001; CRAMES, Michael J. — EDELMAN, Herbert S. — KRESS, Andrew A., "The fundamentals of bankruptcy and corporate reorganization", Ed. Juris Publishing, 1998; TABB, Charles J., "The law of bankruptcy", Ed. The Foundation Press, Westbury, New York, 1997; FREY, Martin A., "Introduction to bankruptcy law", Ed. Thomson — Delmar Learning, 2007; BAIRD, Douglas G., "The elements of bankruptcy", 4ª ed., Ed. Foundation Press, New York, 2006; BLUM, Brian A.,

"Bankruptcy and debtor-creditor. Examples and explanations", Ed. Aspen Publishers, New York, 2006; "Bankruptcy Code. Rules & official forms", Ed. Thomson West, 2005 Law School Edition; RESNICK, Alan N., "Bankruptcy law manual", 5ª ed., Ed. Thomson — West, 2002; KRUGER, Lewis, "Understanding the basics of business bankruptcy and reorganization 2008", Ed. Practicing Law Institute, New York, 2000 y ss.; BHANDARI, Jagdeep S., "Corporate bankruptcy: economic and legal perspectives", New York, 1996; BEBCHUK, Lucian A., "A new approach to corporate reorganizations", 101 *Harv. L. Rev.* 775, 1988. En una visión comparada desde el derecho alemán puede verse RIESENFELD, Stefan, "Das amerikanische Sanierungsverfahren. Ein rechtsvergleichender Überblick, Konkurs, Treuehand und Schiedgerichtswesen", 1983, ps. 85 y ss.

(3) Cfr., por ejemplo, EPSTEIN, David G., "Bankruptcy and related law in a nutshell", Ed. West Publishers, St. Paul, Minnesota, 2013, p. 331.

(4) Cfr. las alternativas en SCARBERRY *et al.*, "Business reorganization...", ob. cit., ps. 1017-1021.

(5) Sobre esto véanse en detalle los antecedentes históricos del *cramdown* en TABB, Charles J., "The law of bankruptcy", ob. cit., ps. 856-861, autor a quien seguimos.

(6) Cfr. "Railroad Co. v. Howard", 74 US (7 Wall) 392 (1869).

res quirografarios que no aceptaron el arreglo. El tribunal estableció que estos acreedores tienen derecho al capital accionarial recibido por los accionistas en un *trust* que fue establecido en beneficio de los acreedores. Este es un claro ejemplo de la aplicación de la *absolute priority rule*.

Treinta años después, el mismo Tribunal Supremo Federal afirmó en el caso "Louisville Trust Co. v. Louisville, New Albany & Chicago Railway Co." **(7)** que cualquier venta que intente preservar el interés de los accionistas necesariamente debe asegurar y preservar los derechos prioritarios de los acreedores en general, conforme a la familiar regla de que los intereses de los accionistas en la propiedad de la concursada están subordinados a los derechos de los acreedores. Así comenzó la enunciación del principio de la *absolute priority rule* en el derecho concursal norteamericano.

En 1913, en "Northern Pacific Railway Co. v. Boyd" **(8)**, el mismo Tribunal Supremo reafirmó este principio (calificándolo como un *fixed principle*) en un caso en que la propiedad de la deudora concursada estaba abrumadoramente gravada y cuyo valor era menor que la suma de los créditos de los acreedores con privilegio más importantes, y rechazó la alegación de que los créditos quirografarios no tenían valor alguno en tales condiciones. No obstante, dijo que este principio "no puede obligar a lo imposible", como por ejemplo tener que pagar a los acreedores quirografarios en dinero en efectivo y, por ende, estos acreedores pueden ser pagados en bonos o en participaciones preferenciales (*preferred stock*) en el capital accionarial del deudor (*equity*). Nos estamos aproximando a la categorización homogénea de los acreedores que deben votar el plan de reorganización.

En cambio, en 1926 dicho tribunal, en el caso "Kansas City Terminal Railway Co. v. Central Union Trust Co." **(9)**, abrió una puerta para los accionistas en relación con la *absolute priority rule*, hablando de la necesidad de una cooperación entre los tenedores de bonos y los accionistas para lograr un *fair and open arrangement* entre ellos y, por ende, la posibilidad de atribuir cierta propiedad del nuevo ente nacido postconcursalmente a los antiguos accionistas si estos añaden un valor económico sustancial. Con este fallo se sembró la semilla de la *new value doctrine* como excepción a la regla de la *absolute priority rule*.

La reorganización empresarial tal como la conocemos actualmente fue autorizada mediante una reforma de 1934 a la *Bankruptcy Act* de 1898 (que no debe confundirse con el *Bankruptcy Code* de 1978), con la introducción del § 77B, en virtud del cual el juez debe evaluar si el plan es *fair and equitable* (una nueva institución) y no discrimina injustamente a ninguna categoría de acreedores y de accionistas.

En la sustancial reforma concursal de 1978, la institución del *cramdown* está consagrada en la *Section* o art. 1129(b) del Código de Bancarrotas norteamericano.

V. Consideraciones de política legislativa

La colectividad del proceso del *Chapter Eleven* queda evidenciada por el interés individual de los acreedores en igualdad de trato, y su espíritu cooperador, en el interés colectivo para brindar una oportunidad de supervivencia a una empresa viable económicamente. Esa universalidad también queda evidenciada en las limitadas facultades de los acreedores con privilegio especial e incluso las más limitadas de los acreedores quirografarios, por no mencionar a los acreedores minoritarios disconformes, a los que también se aplica el plan confirmado, que es el instituto que aquí estudiamos.

Dentro de este marco de limitaciones para los acreedores en favor del deudor, las deudas pueden ser dadas por canceladas o ser severamente modificadas por el *discharge*, y los acreedores pueden ser obligados a esperar pagos de sus créditos en años. El comportamiento de los acreedores y del deudor estará dado por la negociación de un monto mínimo equivalente a la cuota que los acreedores recibirían en caso de liquidación de los bienes. Esta regla es uno de los pilares básicos del *Chapter Eleven* y de todo el proceso concursal norteamericano que

(7) Cfr. "Louisville Trust Co. v. Louisville, New Albany & Chicago Railway Co.", 174 US 674 (1899).

(8) Cfr. "Northern Pacific Railway Co. v. Boyd", 228 US 482 (1913).

(9) Cfr. "Kansas City Terminal Railway Co. v. Central Union Trust Co.", 271 US 445 (1926).

fija un "mínimo" de cuota concursal a recibir por parte de los acreedores, constituyendo un verdadero "piso" para el éxito de cualquier propuesta concordataria ofrecida a los acreedores por el deudor o incluso por terceros.

Este es un ejemplo del funcionamiento de la regla del *best interest test* para las partes, de la bondad de la distribución de los bienes establecido por el *Chapter Eleven* y de la legitimidad misma del objetivo buscado por la norma, que no se limita al pago de los créditos, sino también a la reorganización empresarial ulterior.

La institución del *cramdown* vuelve a limitar los derechos de los acreedores disidentes y aumenta las posibilidades de la reorganización empresarial antes que su liquidación, demostrando la preferencia del legislador por la primera respecto de la segunda. Por otra parte, y a modo de balanceo de las cargas distribuidas por el legislador, la *absolute priority rule* restringe el uso de la figura del *cramdown* por el deudor, a fin de asegurar un pago razonable a los acreedores y limitar las posibilidades del eventual recupero del capital por el accionista.

Asimismo, uno de los principales objetivos legales es asegurar el carácter *voluntario* del proceso concursal (léase "consentimiento negociado"), en contrapunto con su carácter universal, por ejemplo, en el caso de la cesación casi automática del directorio de la empresa que se concursa en el régimen anterior a 1978, que fue luego dejada de lado y, por otra parte, en el carácter limitado de los poderes del directorio posteriores al concursamiento y las posibilidades de aquel de sanear adecuadamente la empresa mediante la continuidad en su gobierno societario para lograr su reorganización **(10)**.

Finalmente, no es desdeñable destacar el objetivo de la norma concursal que justifica asimismo la posibilidad y legitimidad de la utilización del *Chapter Eleven* en casos meramente liquidativos de la empresa.

Todo lo arriba expuesto —que forma parte de los principios básicos del *Chapter Eleven*— guarda relación con el instituto del *cramdown*, por cuanto habrá de ser tenido en cuenta por el tribunal a la hora de juzgar la suerte de este y, por ende, la confirmación o no del plan ofrecido en el proceso del *Chapter Eleven*. He aquí la importancia y trascendencia del instituto del *cramdown* en el derecho concursal norteamericano.

VI. *Impairment of classes*

El propósito de la reorganización concursal del *Chapter Eleven* tal como ha sido concebido en Estados Unidos por el legislador y los jueces por igual es restructurar las deudas del deudor (y evitar su liquidación como solución final) y no dejar inalterados los derechos de los acreedores. Por ello no debe sorprender que el proceso en el § 1123(b)[1] regule el tema del "perjuicio" o "impedimento que inhabilita para caminar" (*impairment of classes of creditors*, lo llama la doctrina) legalmente causado pero no antijurídico, que permite que el plan deje a cualquier categoría de los acreedores como *impaired*, sea que se trate de una clase de derechos o intereses en la terminología legal. El § 1123(a)[5] explícitamente permite que el plan extienda fechas, cambie tasas de interés y otros términos de los instrumentos de deuda; cancelar o modificar los términos de los acuerdos firmados entre deudor y acreedor (conocidos como *indentures*) que protegen a ciertos acreedores (usualmente a tenedores de deuda emitida en serie) y modificar cualquier derecho de retención.

Los autores destacan que el § 1123(b)[5] añadido por la *Bankruptcy Reform Act* de 1994 específicamente autoriza al plan de reorganización a modificar los derechos de los titulares de créditos con garantía o quirografarios o dejarlos intactos **(11)**. Respecto de esto último, cabe advertir la limitación establecida por esta misma norma respecto de los inmuebles que son vivienda principal del deudor que estén hipotecados, cuyos términos no son modificables **(12)**.

(10) Cfr. WARREN, William D. — BUSSEL, Daniel J., "Bankruptcy", ob. cit., ps. 166-170.

(11) Para todo el tema de este acápite, cfr. SCARBERRY *et al.*, "Business reorganization...", ob. cit., ps. 852-860, especialmente p. 852.

(12) Para esto último véase el fallo de la Corte Suprema Federal en el caso "Nobelman v. American Sav. Bank", 508 US 324, 113 S. Ct. 2106, 124 L. Ed. 2d 228 (1992), que confirma el idéntico lenguaje, esta vez en el § 1322(b), aplicable al proceso de reorganización legislado por el *Chapter 13* del *US Code*. En el caso "Toibb v. Radloff", 501 US 157, 111 S. Ct. 2197, 115 L. Ed. 2d 145 (1991), el mismo tribunal

Otra norma coherente con las citadas en el párrafo anterior, la § 1123(b)[6], establece que el plan puede incluir cualquier provisión "apropiada" que no sea contraria al Código de Bancarrotas, en materias no reguladas específicamente en el § 1123, pero siempre teniendo en cuenta el límite máximo de quita respecto de los acreedores disidentes del plan y cuyo crédito está incluido en una *impaired class*: debe recibir al menos tanto valor como el que pueda proporcionar la liquidación de los bienes del deudor, conforme al § 1129(a)[7] (conocida como el *best interest test*). Una ulterior protección del acreedor está dada por la norma del § 1129(b) si la *impaired class* no acepta el plan, tanto por el estándar de *fair and equitable treatment* del § 1129(b)[2](B), que estudiaremos a continuación, como por el estándar de la *no unfair discrimination* **(13)**.

Este instituto del *impairment of classes* forma parte integrante del plexo normativo referido al *cramdown* y consiste en establecer los límites y el ámbito de aplicación de los poderes de negociación entre el deudor y los acreedores. Podemos traducir la expresión como "categorías de acreedores minusvaloradas o perjudicadas legalmente", y en cuyo "cuello" será aplicado el plan de reorganización propuesto por el deudor (o, eventualmente, por los acreedores, en caso de fracaso): de ahí el nombre de *cram-down*, que puede traducirse libremente como "apretar para meter algo forzadamente en lugar excesivamente reducido" **(14)**.

Si bien el Código de Bancarrotas pone firmes límites respecto de cuánto valor puede el plan dar a los acreedores sin garantías o quirografarios, no indica prácticamente límites respecto de las formas que puede adoptar ese "valor". Así, y conforme al § 1123(b)[6], entre estas formas, son admisibles las obligaciones negociables, acciones de capital con voto, pago por entrega de bienes en especie, por "no ser contradictorias con las provisiones del Código". Por otra parte, la doctrina está conteste en interpretar de modo amplio los textos aplicables del § 1129(a)[7] y § 1129(b)[2](B) cuando se refieren indeterminadamente al concepto de *property*, dado que cuando el legislador quiere que se pague en dinero utiliza la palabra *cash* o *cash payments*, conforme a los §§ 1129(a)[9] (referido a créditos privilegiados) y 1129(b)[2](A)(i)(II) **(15)**. De todo esto se deduce que el poder de negociación no es infinito, sino que debe ser prudentemente ejercido por el deudor con los acreedores para poder lograr un consenso en la aprobación consensual del plan, sin necesidad de llegar al *cramdown*. También y particularmente sobre el valor económico que debe ser ofrecido es aplicable el § 1124, con sus incisos como pauta interpretativa de los límites que puede el deudor "agraviar" a las categorías de créditos, en cuyos detalles no entraremos por escapar al objeto de este trabajo **(16)**.

Finalmente, la doctrina aclara dos puntos clave: en primer lugar, el *impairment* (consecuencia limitante de los derechos de los acreedores derivada de una negociación favorable al deudor) se aplica a clases de acreedores, no a los créditos: incluso si la clase tiene un solo crédito, la clase y no el crédito puede ser considerada como *impaired* o *unimpaired*. En segundo lugar, un plan no significa que deje como *unimpaired* a una clase solo porque ella reclama el 100% de su crédito en el plazo correspondiente, incluso si los intereses postconcursales (posteriores a la presentación concursal) y postconfirmatorios (posteriores a la confirmación judicial del acuerdo concursal) están incluidos: antes bien, si el plan incluye pagos que deban hacerse en un plazo de común acuerdo en el contrato, entonces la clase puede considerarse como *unimpaired*, es decir, "no perjudicada" **(17)**.

---

sostuvo que, en caso en que el deudor fuera titular del capital social en un negocio, él mismo no necesita operar el negocio susceptible de ser objeto del *Chapter Eleven*.

(13) Cfr. SCARBERRY *et al.*, "Business reorganization...", ob. cit., ps. 852-854.

(14) Cfr., por ejemplo, la definición del "Oxford Advanced Learner's Dictionary", versión en CD ROM.

(15) Cfr. SCARBERRY *et al.*, "Business reorganization...", ob. cit., p. 853.

(16) Para estos detalles puede verse SCARBERRY *et al.*, "Business reorganization...", ob. cit., ps. 855-860.

(17) Íd., p. 860, con cita de jurisprudencia. Para esto último véanse las pautas que proporciona el tribunal en el caso "G. L. Bryan Invs., Inc. v. B. R.", 2006 WL 92514 (Bankr. D. Colo., 03/03/2006). Para que no sea considerada una clase *impaired* deben incluirse también los intereses postconcursales como parte del plan a ofrecer.

VII. El plan concursal del *Chapter Eleven*

Los límites de tiempo y las operaciones de reorganización empresarial pueden ser diferentes para pequeños o grandes deudores, pero las reglas básicas para la confirmación del plan son idénticas. Los deudores pueden lograr una confirmación "consensual" o "no consensual", de acuerdo con las mayorías de votos favorables obtenidos por parte de los acreedores. El primero es aquel en el que se logra prácticamente una unanimidad, y el segundo, aquel en que existe un importante número de votos adversos al plan propuesto por el deudor pero que puede ser impuesto a los disidentes. Existen varios tipos de negociaciones, incluyendo la adquisición de créditos contra el *bankruptcy estate*, lo que se conoce como el *trading in claims* **(18)**.

La doctrina ha puesto de relieve que no es infrecuente para un acreedor aceptar un pago (mucho) menor que el total de su crédito, partiendo de la base de que su cobro en un contexto de reorganización es mejor que el parcial o nulo cobro de su crédito en caso de liquidación judicial. En muchos casos, los acreedores —especialmente los acreedores comerciales, proveedores y empleados— ven la continuación empresarial con una óptica de su interés en el largo plazo y pueden preferir no cobrar su crédito o cobrar una mínima parte de este a fin de continuar trabajando con una empresa viable **(19)**.

VII.1. Consensual plan

Si los acreedores consienten el plan, los tribunales casi siempre lo confirman. Los acreedores con garantía forman una clase distinta de los acreedores quirografarios [cfr. 11 USC § 1122(a)] y pueden tener la parte de su crédito no cubierta por la garantía como quirografaria [conf. 11 USC §§ 502, 506(a)]. Otros acreedores, como los laborales o fiscales, no tienen garantía, pero sí una prioridad en el cobro conforme a 11 USC § 507(a)[4]. Los acreedores quirografarios (*unsecured creditors*) suelen también formar una categoría separada de los mencionados, a pesar de que el deudor puede distinguir diferentes clases entre ellos en el plan [conf. 11 USC § 1123(a)], debiendo ser tratados de la misma forma dentro de cada categoría [11 USC § 1123(a)].

Antes de su circulación entre los acreedores, el proponente debe revelar al tribunal el contenido del plan, el que debe contener información adecuada sobre sus negocios y sus planes empresariales para que un razonable inversor potencial (*hypothetical reasonable investor*) pueda juzgar sobre él conforme a 11 USC § 1125(a), (b).

El contenido del plan está descripto en los siguientes ítems: especificación de las clases de acreedores y su propuesta de tratamiento **(20)**, la disposición de los activos concursales, la recuperación de bienes en poder de terceros, la asunción o rechazo de los "contratos ejecutorios", los arreglos de créditos litigiosos o en disputa y el plan general de las operaciones empresariales, conforme a 11 USC § 1123(b). Conforme al subinc. 4º del anterior, el deudor debe ofrecer lo pertinente en orden a la liquidación del negocio. Luego de que la revelación del plan es aprobada por el tribunal, es circularizado a todas las partes interesadas, y los acreedores

(18) Sobre esto puede verse, entre otros: CHARLES, Scott K., "Trading claims in Chapter 11 cases: legal issues confronting the postpetition investor", 1991 *Ann. Surv. Am. L.* 261; CONTI, Joy F. *et al.*, "Claims trafficking in Chapter 11. Has the pendulum swung too far?", 9 *Bankr. Dev. J.* 300 (1992); FORTGANG, Chaim J. — MAYER, Thomas M., "Trading claims and taking control of corporations in Chapter 11", 12 *Cardozo L. Rev.* 1, 1990; LIEB, Richard, "Vultures Beware: risks of purchasing claims against a Chapter 11 Debtor", 48 *Bus. Law.* 915, 1993; MINKEL, Herbert P. Jr. — BAKER, Cynthia A., "Claims and control in Chapter 11 cases: a call for neutrality", 13 *Cardozo L. Rev.* 35 (1991).

(19) Cfr. WARREN, William D. — BUSSEL, Daniel J., "Bankruptcy", ob. cit., p. 147.

(20) La categorización de los acreedores conforme a sus créditos y sus intereses por el deudor es fundamental en este proceso. Puede verse al respecto, entre otros: ANDERSON, John C., "Classification of claims and interests in reorganization case under the new Bankruptcy Code", 58 *Am. Bankr. L. J.* 99, 1984; BLAIR, William, "Classification of unsecured claims in Chapter 11 reorganizations", 58 *Am. Bankr. L. J.* 197, 1984; CARLSON, David G., "The classification veto in single-asset cases under Bankruptcy Code Section 1129(a)", 44 *S. C. L. Rev.* 565, 1993; MARKELL, Bruce A., "Clueless on classification: toward removing artificial limits on Chapter 11 claim classification", 11 *Bankr. Dev. J.* 1, 1995; MELTZER, Peter E., "Disenfranchising the dissenting creditor through artificial classification or artificial impairment", 66 *Am. Bankr. L. J.* 281, 1992; RUSCH, Linda J., "Single asset cases and Chapter 11: the classification quandary", 1 *Am. Bankr. Inst. L. Rev.* 43, 1993; RUSCH, Linda J., "Gerrymandering the classification issue in Chapter Eleven reorganization", 63 *U. Colo. L. Rev.* 163, 1992.

y accionistas votan el plan conforme a 11 USC § 1125(b).

Los acreedores votan por categoría, la que se juzgará como aceptante del plan si vota más de la mitad de los acreedores de ella que representen al menos dos tercios del monto de los créditos de esa categoría, conforme a 11 USC § 1126(c). Ese voto debe ser "de buena fe", conforme al inc. (e) del numeral anterior. Si el plan reúne otros requisitos exigidos por el Código de Quiebras y si todas las clases aceptan el plan, este será confirmado, no obstante los disidentes votantes de cada una de las clases conforme a 11 USC § 1129(a)[7], [8]. Puede haber un contencioso acerca de la inclusión o exclusión de determinados acreedores quirografarios en una categoría, pero el deudor puede agruparlos por motivos de conveniencia administrativa, conforme a 11 USC § 1122(b), pero en este caso los acreedores de cada clase deben tener intereses similares, conforme al inc. (a) del numeral anterior. Dada la no regulación de la cuestión, pueden formarse clases separadas de integrantes con intereses similares. Existen prohibiciones de voto. Excepto en casos con fundamentos muy estrictos o limitados, una minoría de acreedores quirografarios no puede impedir una reorganización votada favorablemente por la mayoría de los acreedores. Las negociaciones a favor o en contra del plan en los casos de grandes empresas se realizan en el seno y bajo la dirección de los comités de acreedores, a los que me he referido *supra*, formados por los siete acreedores quirografarios de montos más grandes que quieran ejercer esas funciones, conforme a 11 USC § 1102(b)[1], pudiéndose formar otros comités de acreedores conforme a 11 USC § 1102(a)[2]. La aceptación del plan de reorganización es frecuentemente considerada en la práctica —aunque no oficialmente— crítica para lograr la confirmación del plan.

Los poderes de los acreedores disidentes en la votación del plan son muy limitados, pero pueden, —como el resto de los acreedores— frenar la reorganización —aun cuando hubiera sido aceptado por la mayoría de ellos— cuando no se hayan reunido algunos requerimientos básicos, a saber:

a) Recibir al menos tanto como recibiría en un proceso de liquidación (*Chapter Seven* del Código de Bancarrotas), conforme a 11 USC § 1129(A)[7](a)(ii), lo que se conoce como la "prueba del mejor interés" (*best interest test*) de cada acreedor.

b) El tribunal debe juzgar con independencia que el plan es de cumplimiento posible, y que no se seguirá de él una liquidación forzosa, salvo que esa alternativa haya sido especificada en el plan, conforme a 11 USC § 1129(a)[11], lo que estimula al deudor a proponer un plan ajustado a la realidad económica de la empresa, y a los disidentes a llevar al tribunal la posibilidad de la calificación de impracticable de aquel **(21)**.

c) Deben respetarse las prioridades de cobro de algunos créditos con privilegio, tales como los administrativos (gastos de justicia), laborales, fiscales y otros créditos privilegiados, conforme a 11 USC § 1129(a)[9] y sus incisos.

d) El plan debe reunir algunos requerimientos técnicos en la revelación y guardar conformidad con otras normas regulatorias: revelar la identidad y afiliación de los afiliados a la sociedad deudora, de todo *insider* que será empleado o retenido y de los directores que actuarán con posterioridad a la confirmación. Las partes pueden cuestionarlos conforme a 11 USC § 1129(a)[5](A) y (B). Esto permite investigar posibles conflictos de interés entre los proponentes del plan y terceros.

e) Al menos una de las clases de acreedores quirografarios debe aceptar el plan, conforme a 11 USC § 1129(a)[10].

f) El plan debe ser propuesto "de buena fe", conforme a 11 USC § 1129(a)[3]. Esta ha sido la causal invocada por algunos tribunales en casos de deudores con un solo activo y un solo acreedor, afirmando que es inaplicable el régimen concursal federal y, por ende, aplicables los sistemas locales de los Estados por carecer del requisito de la universalidad.

(21) No obstante, la doctrina ha destacado que en la práctica los tribunales pocas veces cuestionan la posibilidad de cumplimiento del plan si las partes lo han aprobado y las limitaciones de tiempo y recursos técnicos dan pocas oportunidades al tribunal de realizar un juicio independiente: cfr. WARREN, William D. — BUSSEL, Daniel J., "Bankruptcy", ob. cit., p. 153.

VII.2. Non-consensual plan

En esta alternativa se reúnen los requisitos mencionados *supra*, salvo el referido al consentimiento de todas las clases de acreedores. Si existen rechazos al plan en algunas de las categorías de ellos, el plan puede ser confirmado por el tribunal si reúne otros requisitos, en un procedimiento denominado *cramdown*, haciendo referencia a que el plan se "impone" (*crammed down*) en el "cuello del acreedor objetor" **(22)**.

Para garantizar la protección de todos los acreedores en un proceso de *cramdown*, el legislador ha establecido la regla de la *absolute priority rule* en 11 USC § 1129(b), en virtud de la cual en un plan de reorganización el deudor no puede pagar a clases inferiores de acreedores a menos que una clase superior de ellos (los acreedores privilegiados o con prioridad en el cobro en el tiempo) acepte el plan o bien sea pagado totalmente. Esta regla codifica el principio de derecho societario de *common law* conforme al cual, cuando una empresa se disuelve, los acreedores son pagados antes que los tenedores del capital **(23)**. En consecuencia, si los acreedores quirografarios no aceptan el plan o no son pagados en su totalidad, los tenedores de capital del deudor no pueden participar en el plan, es decir, no pueden retener su propiedad en la empresa; antes bien, por el contrario, la propiedad de esta pasa a los acreedores quirografarios, que serán pagados *a prorrata*, o bien es vendida a un tercero, distribuyéndose el resultado entre aquellos **(24)**.

En los grandes concursos, los acreedores de categoría inferior serán pagados en parte con el efectivo obtenido por la evolución comercial de la empresa y en parte con la distribución del capital que pudiera haber de propiedad de la nueva empresa; en cambio, en los pequeños concursos con un único dueño-mánager, probablemente no surja un nuevo dueño-mánager y el anterior no quiera continuar trabajando en la empresa cuando no cuenta con capital propio. En los hechos, la *absolute priority rule* aplicada a pequeñas empresas resultará en una liquidación forzosa de aquella.

Otro caso problemático son los *real asset real estate* **(25)** (SARE, por sus siglas en inglés), definido en 11 USC § 101(51B) **(26)**, en que existe un deudor con un solo activo (consistente en un derecho real de propiedad de un inmueble) con un solo acreedor, usualmente el prestamista con garantía hipotecaria sobre ese bien, lo que ha generado controversia en las primeras dos décadas posteriores a la reforma concursal de 1978, particularmente en el contexto de la *absolute priority rule*, zanjada en parte en un caso de la Corte Suprema Federal de 1999 **(27)**.

---

(22) Sobre esta institución pueden verse, entre otros: BROUDE, Richard L., "Cramdown and Chapter 11 of the Bankruptcy Code: the settlement imperative", 39 *Bus. Law.* 441, 1984; KLEE, Kenneth N., "All you ever wanted to know about cram down under the new Bankruptcy Code", 53 *Am. Bankr. L. J.* 133, 1979; KLEE, Kenneth N., "Cram down II", 64 *Am. Bankr. L. J.* 229 (1990).

(23) Cfr. este principio del *common law* en, por ejemplo, FLETCHER, William, "Fletcher cyclopedia of the law of private corporations", § 8219 (rev. perm. ed. 1962). Para una discusión del *cramdown* y la *absolute priority rule* anterior al Código de 1978 véanse BLUM, Walter J. — KAPLAN, Stanley A., "The absolute priority doctrine in corporate reorganization", 41 *U. Chi. L. Rev.* 651, 1974; y BLUM, Walter J., "The law and language of corporate reorganization", 17 *U. Chi. L. Rev.* 565, 1950.

(24) Sobre los derechos de los acreedores de la *junior class* existe un debate bastante extendido. Al respecto, puede verse AYER, John D., "Rethinking absolute priority after Ahlers", 87 *Mich. L. Rev.* 963, 1989; BAIRD, Douglas G. — JACKSON, Thomas H., "Bargaining after the fall and the contours of the absolute priority rule", 55 *U. Chi. L. Rev.* 738, 1988; MARKELL, Bruce A., "Owners, auctions and absolute priority in bankruptcy reorganizations", 44 *Stan. L. Rev.* 69, 1991; NIMMER, Raymond T., "Negotiated bankruptcy reorganization plans: absolute priority and new value contributions", 36 *Emory L. J.* 1009, 1987; SKEEL, David A. Jr., "The uncertain state of an unstated rule: bankruptcy contribution rule after Ahlers", 63 *Am. Bankr. L. J.* 221, 1989; y WARREN, Elisabeth, "A theory of absolute priority", 1991 *Ann. Surv. Am. L.* 9.

(25) Para una discusión penetrante sobre el SARE en casos de concursos puede verse KLEE, Kenneth N., "One size fits some: single asset real estate bankruptcy cases", 87 *Cornell L. Rev.* 1285, 2002.

(26) En estos casos se plantea el gran dilema cuando el deudor trata de lograr el *cramdown* en el plan del *Chapter Eleven*. Cuando el Congreso Nacional creó el *Chapter Eleven* en 1978, abolió el antiguo *Chapter XII* (en números romanos), que era un capítulo separado para reorganizaciones en casos de propiedad real, pero no pudo abolir los factores económicos que hacen a esos casos diferentes de los típicos casos del *Chapter Eleven*.

(27) Cfr. "Bank of America National Trust and Savings Assoc. v. 203 N. LaSalle St. Partnership", 526 US 434 (1999). En este caso, el tribunal sostuvo que la *partner-*

VII.3. Elección conforme USC § 1111(b)

La norma contenida en USC § 1111(b) puede aplicarse en el *consensual plan* o en el *cramdown plan*, y ella prevé la elección que puede hacer un acreedor cuya garantía no cubre totalmente su crédito (*undersecured creditor*) respecto de cómo será tratado su crédito en el plan propuesto por el deudor. Este tipo de acreedor suele surgir de la categoría de los *nonsecured creditors*, que son quienes contractualmente han renunciado a cobrar el total de su crédito si la garantía no lo cubre en su totalidad. En casos de quiebra esto significa que tiene un crédito privilegiado hasta el valor del bien dado en garantía, pero no podrá cobrar el resto del crédito. La elección de la norma premencionada (en USC § 1111[b][1][A]) permite a este *nonrecoursed creditor* convertir su préstamo en un crédito cobrable contra el *bankruptcy estate*, de modo que pueda tener también una participación no privilegiada en la distribución concursal **(28)**. Esta institución no es muy usada en la práctica.

VII.4. Discharge

El deudor que logra la confirmación del plan obtiene la extinción de todas las deudas nacidas con anterioridad a ella misma (*free and clear of all claims and interests* es la amplia expresión legal), conforme a 11 USC § 1141(d)[1], lo que se denomina *discharge*, lo que no ocurre en caso de liquidación concursal conforme a 11 USC § 1141(d)[3] **(29)**. Los créditos se extinguen cualquiera haya sido la votación del plan propuesto por el DIP o incluso aunque el acreedor no haya incoado proceso alguno para cobrarlo, conforme a 11 USC § 1141(d)[1](A). Los coobligados del deudor continúan obligados a pesar del *discharge* del deudor y deben concursarse a su vez si pretenden obtener la extinción de las obligaciones conforme a 11 USC § 524(e). El *discharge* se concede en el momento de la confirmación, con independencia del momento en que el DIP completa los pagos propuestos en el plan, conforme a USC § 1141(d). El tribunal puede revocar la confirmación del plan, especialmente en casos de fraude en su obtención, con un plazo de prescripción de 180 días luego de la confirmación del plan, conforme a 11 USC § 1144.

VII.5. Non-discharge plan

No todos los planes del *Chapter Eleven* están concentrados en la supervivencia de la empresa viable, sino que este proceso puede ser usado para la liquidación judicial de la empresa no viable conforme a 11 USC § 1123(b)[4], puesto que es más beneficioso para los acreedores comparado con los procedimientos de liquidación del *Chapter Seven* del *US Code* o los procesos extrajudiciales de liquidación. Ello sobre la base de que en el proceso del *Chapter Eleven* existe un mejor ordenamiento universal de los créditos y una mayor cuota de participación en la liquidación de los bienes y, por otra parte, brinda muchas más alternativas y una mayor flexibilidad que esas otras dos vías de liquidación (el *Chapter Seven* y la liquidación extrajudicial) en lo que se refiere a los arreglos de los litigios con los acreedores y a los mecanismos de distribución de los bienes a los acreedores. A ello se agrega que en el *Chapter Eleven* pueden ahorrarse los costos de los honorarios del *trustee*, lo que mejora la situación de los acreedores.

Los planes liquidativos del *Chapter Eleven* revelan la enorme flexibilidad, versatilidad y pragmatismo propios de este procedimiento concursal: la empresa (o eventualmente el *trustee* que pueda designarse si las partes lo prefieren) tiene una amplia gama de opciones para vender los bienes de la empresa en dificultades. En algunos casos, el plan puede prever los mecanismos por los cuales los bienes deban venderse, lo que puede mejorar el retorno para los acreedores: un típico caso es la atribución de parte o de todo el patrimonio de la empresa a un tercero de confianza (un *trust*), sea como instrumento de transferencia o bien como destinatario de esta, eventualmente supervisado o gobernado por un *trustee* designado en el plan.

En el proceso del *Chapter Eleven* la línea divisoria entre la reorganización y la liquidación

ship no puede comprar el capital de la empresa concursada como parte del plan a confirmar sin antes permitir ofertar por él a terceros.

(28) Sobre las alternativas financieras que esto plantea a las partes y con ejemplos concretos de cómo funciona esta institución puede verse WARREN, William D. — BUSSEL, Daniel J., "Bankruptcy", ob. cit., ps. 158-159.

(29) Sobre los efectos de la confirmación del plan puede verse el enciclopédico artículo de KENNEDY, Frank R. — SMITH, Gerald K., "Postconfirmation issues: the effects of confirmation and postconfirmation proceedings", 44 *S. C. L. Rev.* 621, 1993.

de la empresa no siempre está clara, y esto es en parte beneficioso para las partes en conflicto. Los activos vendidos de esta forma quedan en muchos casos saneados, y en eventuales casos de venta parcial de los bienes de la empresa pueden surgir de ella nuevas empresas autónomas, con la aprobación del tribunal, conforme a 11 USC §363(b). Esta flexibilidad puede significar en muchos casos que el producido final del proceso del *Chapter Eleven* esté disperso en un continuo entre reorganización y liquidación. Un ejemplo claro de esto fue el *Chapter Eleven* de Enron, uno de los más grandes megaconcursos en Estados Unidos, empresa que fue liquidada mediante este procedimiento sin haberse nunca buscado su continuación empresarial, por haber implosionado por fraude a los terceros, y en el cual los acreedores cobraron el 20% de sus créditos.

VIII. Requisitos para el *cramdown*

Conforme a la doctrina que seguimos **(30)**, si una clase de acreedores no acepta el plan, este puede ser todavía confirmado conforme al § 1129(b), si se reúnen cuatro requisitos: uno procesal y tres sustanciales. El requisito procesal es la petición del proponente del plan al tribunal de la confirmación judicial de aquel conforme al procedimiento del *cramdown*, legislado en el § 1129(b)[1].

VIII.1. Primer requisito sustancial

El primer requisito sustancial consiste en la satisfacción de todos los requerimientos para la confirmación consensual [establecidos en el § 1129(a)], excepto el establecido en el § 1129(a)[8] (que requiere la aceptación por todas las *impaired classes*), pero incluyendo el requisito clave del § 1129(a)[10], todo esto conforme al § 1129(b)[1]. Si el plan afecta una o más clases de acreedores, al menos una clase debe haber aceptado el plan, sin computar las aceptaciones por los acreedores denominados *insiders*, es decir, aquellos sujetos relacionados de un modo u otro con el deudor, tales como, por ejemplo, el controlante de la subordinada concursada **(31)**.

VIII.2. Segundo requisito sustancial

De acuerdo con el § 1129(b)[1], el segundo requisito sustancial del *cramdown* es que el plan debe ser *fair and equitable* (lo que puede traducirse como "justo y equitativo") respecto de la o de las clases disidentes. Este requisito incluye pero no está limitado a los requisitos explícitamente señalados en § 1129(b)[2], norma que define al *fair and equitable* plan para cada tipo de clase de acreedor disidente: para la clase de acreedores privilegiados (§ 1129[b][2][A]), para la clase de acreedores quirografarios (§ 1129[b][2][B]) y para la clase de *interests* (§ 1129[b][2][C]) **(32)**.

VIII.2.a. Tratamiento de los acreedores disidentes privilegiados (§ 1129[b][2][A])

En sede concursal el *automatic stay* impide temporariamente liquidar el activo gravado con garantías, pero el gravamen será reconocido en el concurso, a menos que el síndico lo elimine conforme a sus *avoiding powers*. Si un plan "perjudica" a una categoría de acreedores (llamada *impaired class*, como hemos visto) y el titular del derecho rechaza el plan, este tiene derecho a ser protegido mediante el *best interest test*, en virtud del cual el deudor debe proporcionarle un valor a su crédito equivalente al valor de liquidación que recibiría el titular en caso de liquidación conforme al *Chapter Seven* del mismo *US Code,* conforme a la norma del § 1129(a)[7](A) **(33)**.

Analizaremos aquí el requerimiento del *fair and equitable* plan conforme a las normas aplicables de (i), (ii) y (iii) del § 1129(b)[2](A).

El inc. (i) establece la retención del gravamen y la provisión de pagos en efectivo con un especial valor y por un determinado monto. Conforme a esta norma, el plan debe cumplir dos extremos: que el acreedor privilegiado conserve su activo gravado y proporcionar lo necesario

(30) Cfr. SCARBERRY *et al.*, "Business reorganization...", ob. cit., ps. 1017-1142.

(31) Ídem, p. 1017.

(32) Ídem, ps. 1018-1021.

(33) Esto es así siempre que la clase de los acreedores privilegiados no haya optado por el camino del § 1111(b), en cuyo caso el plan solo debe dar al acreedor asegurado propiedad equivalente al menor valor del bien dado en garantía, incluso si este valor es menor que el que obtendría en caso de liquidación conforme al *Chapter Seven* del *US Code*. Véase el § 1129(a)[7](B).

para hacer pagos en efectivo (*cash payments*) a valores equivalentes al valor del bien dado en garantía a la fecha del plan y en un específico monto de dinero en dólares. De este modo, si el acreedor asegurado no es pagado en efectivo en la fecha señalada, el plan debe haber acordado pagar por la demora, de modo tal que el valor presente o actualizado de los pagos diferidos equivalga al monto requerido. La clave para entender este inciso es comprender los cuatro montos involucrados: el del crédito asegurado, el del gravamen que debe reconocer el plan ofrecido, el del valor presente o actualizado que el plan debe asegurar a la fecha señalada y el del número total de dólares que el plan debe pagar en la cuenta del crédito asegurado. De este modo se llega a dos conclusiones: si el acreedor está "sobreasegurado" por la garantía de su crédito (*oversecured*), entonces cada uno de los mencionados montos iguala el monto de la deuda debida al acreedor (incluyendo cualquier honorario o costo permitido conforme al § 506[b]). Y si el acreedor está "infraasegurado" (*undersecured*) (asumiendo que el acreedor no ha elegido la vía del § 1111(b)[2] o no puede hacerlo por no estar legitimado), entonces todos esos montos igualan al valor del bien dado en garantía al acreedor. Por esta razón es que resulta crucial en el sistema del proceso del *Chapter Eleven* la determinación del valor de la garantía otorgada al acreedor. ¿Cómo debe ser valuada la garantía?

Sobre este último interrogante se expidió la Corte Suprema Federal de los Estados Unidos en 1997, en el caso "Assocs. Comm'l Corp. v. Rash" **(34)**, si bien se trataba de un *Chapter Thirteen* o *Chapter 13* (otro género de la especie de reorganización empresarial, pero aplicable a un sector económico específico), el caso versó sobre la valuación del bien en garantía conforme al § 506(a), el cual, a la fecha del fallo, era aplicable a todos los *Chapters* del *Code* **(35)**.

Los autores a los que seguimos **(36)** se plantean a continuación, en el supuesto del acreedor "infraasegurado" que elige el procedimiento de la vía del § 1111(b)[2], cómo determinar los cuatro montos para establecer si se aplica o no al caso el estándar del *fair and equitable* plan, conforme a § 1129(a)[11]. Al respecto es aplicable la norma de un caso de 1988 **(37)**, en lo que respecta a las tasas de interés pactadas.

Existen otros fallos que son también relevantes y aplicables a la temática que analizamos **(38)**.

En cuanto a la norma del § 1129(b)[2](A)(iii), digamos que el plan no necesita cumplir con la norma del § 1129(b)[2](A)(i) para ser *fair and equitable* respecto de las clases de acreedores privilegiados disidentes, sino que en su lugar tiene que cumplir con la norma del § 1129(b)[2](A)(iii) mediante la provisión "*for the realization by [the secured claim] holders of the indubitable equivalent of such claims*", como reza el texto legal. La frase "equivalente indubitable" (*indubitable equivalent* y también *completely compensatory*) proviene del voto del juez Learned Hand en el caso "Murel Holding Corp." **(39)**, de 1935, aplicando la norma del § 77B de la vieja *Bankruptcy Act* de 1898, antes que existieran los *Chapters X* y *XI* (en números romanos, que fueron reemplazados por la reforma del *Bankruptcy Code* de 1978 por el *Chapter 11*, en números arábigos). El beneficio del subparágrafo (A)(iii) que estamos considerando para el deudor consiste en que se permita que el plan no considere los otros dos requisitos del subparágrafo (A)(i), a saber: que el acreedor

(34) Cfr. "Assocs. Comm'l Corp. v. Rash", 520 US 953, 117 S. Ct. 1879, 138 L. Ed. 2d 148 (1997).

(35) La reforma concursal del 2005 convirtió el § 506(a) en el § 506(a)[1] y añadió un nuevo inciso, el § 505(a), estableciendo normas específicas para la valuación de propiedad personal en el *Chapter Seven* y en el *Chapter Thirteen*, en los que los deudores son personas físicas. Asimismo, la citada reforma modificó el § 1325(a) añadiendo al final del subinciso que "el § 506 no será aplicable" a ciertos créditos del *Chapter 13*.

(36) Cfr. SCARBERRY *et al.*, "Business reorganization...", ob. cit., ps. 1018 y ss.

(37) Cfr. United States Bankruptcy Court, 6th District of North Dakota, *in re* "Kvamme",93 BR 698 (1988).

(38) Cfr. United States Court of Appeals, Sixth Circuit, "Bank of Montreal v. Official Committee of Unsecured Creditors (*in re* American Homepatient, Inc.)", 420 F.3d 559 (2005); United States Bankruptcy Court, N. D. Georgia, "Oaks Partners, Ltd.", 141 B.R. 453 (1992). Cfr. SCARBERRY *et al.*, "Business reorganization...", ob. cit., ps. 1048-1061.

(39) Cfr. "Murel Holding Corp.", 75 F. 2d 941 (2d Cir. 1935). Ver el voto del juez en las ps. 942-943 del fallo.

privilegiado o asegurado reciba pagos en efectivo (no acciones u otros títulos de propiedad) a cambio de su crédito garantizado y que se le permita al acreedor garantizado retener los gravámenes sobre la garantía **(40)**.

VIII.2.b. Tratamiento justo de los acreedores disidentes quirografarios (§ 1129[b][2][B])

Un plan no puede ser *fair and equitable* respecto de una clase de acreedores disidentes quirografarios ("no asegurados" expresa la doctrina y la legislación aplicable) a menos que trate a esa clase en uno de dos modos, a saber: en primer lugar y conforme a § 1129(b)[2](B)(i), el plan puede entregar a los disidentes una propiedad cuyo valor actualizado equivalga al total del monto de los créditos. En segundo lugar y conforme a § 1129(b)[2](B)(ii), si el plan no provee ese pago total, los titulares de los créditos o de la clase de "interesados" (*class of interests*) no pueden recibir o retener ninguna propiedad conforme al plan en contraprestación (*on account*) de sus créditos. Esto es así para cumplir con la regla del instituto denominado *absolute priority rule*, en virtud de la cual las clases de acreedores quirografarios disidentes y *seniors* deben ser pagados o satisfechos totalmente, o bien las clases *junior* de acreedores (típicamente, los accionistas) no reciben nada **(41)**. Debe notarse que, conforme a la jurisprudencia vigente de la Corte Suprema Federal **(42)**, la aplicación de esta regla usualmente requerirá una valuación de los activos del deudor de acuerdo con un concepto de la empresa en marcha, en la cual las ganancias prospectivas son esenciales para la satisfacción de la regla mencionada.

Finalmente, existe una regla no codificada pero claramente establecida e importante respecto del *fair and equitable treatment*, según la cual, salvo pocas excepciones posibles, ninguna clase de acreedores *senior* disidentes puede recibir más valor económico que el valor total de su crédito a valores actuales conforme al plan **(43)**.

VIII.2.c. Tratamiento justo de los acreedores disidentes que forman parte de la clase de "interesados" (§ 1129[b][2][C])

El requisito no codificado que hemos visto *supra* es especialmente importante cuando la clase de acreedores disidentes es la *class of interest*, que puede definirse como aquella última categoría de acreedores disidentes a los efectos del *cramdown*, constituida por los accionistas del deudor concursado u otros titulares de la propiedad de este con derecho a participar en pagos de dinero en el plan presentado ante el juez concursal.

Conforme a la norma del § 1129(b)[2](C)(ii), un plan reúne explícitamente el requerimiento de ser *fair and equitable* respecto de la *class of interests* si no hay ninguna *junior class* que reciba o retenga alguna propiedad del plan a ser confirmado judicialmente. Si ese fuera el único requisito, los tenedores de capital (accionistas) tendrían un tratamiento muy malo en supuestos de concursos de sociedades, pero *no hay otras clases de acreedores disidentes menores que esta*. Como resultado de esto, todo plan debe tratar a estos tipos de acreedores de modo justo y equitativo, incluso si el deudor fuera solvente. De este modo, y conforme a § 1129(b)[2](C), un modo de ser *fair and equitable* consiste en que, respecto de los accionistas preferentes, el plan debe concederles un valor actualizado igual al mayor de los tres valores siguientes, analizados por la doctrina que estamos considerando, a saber: 1) la preferencia de liquidación, 2) el precio de redención, y 3) el valor de las acciones preferidas. Otro modo de decirlo más sencillamente es que el plan no es *fair and equitable* respecto de una clase disidente si una *senior class* recibe más que el valor total actualizado. Debe ser advertido, sin embargo, que si un plan otorga a los titulares de créditos o de intereses de acreedores disidentes de una *senior class* con acciones, títulos negociables u otras *securities* en un proceso de reorganización que

(40) Cfr. sobre este punto la argumentación que realizan SCARBERRY *et al.*, "Business reorganization...", ob. cit., ps. 1062-1068, abundando en jurisprudencia sobre el *indubitable equivalent*, la expresión monetaria y contable de lo que ello significa, la transferencia parcial de dinero equivalente y la carga de la prueba de su invocación.

(41) Cfr. SCARBERRY *et al.*, "Business reorganization...", ob. cit., p. 1069.

(42) Cfr. "Consol. Prods. Co. v. Du Bois", 312 US 510, 525, 61 S. Ct. 675, 685, 85 L. Ed. 982, 993 (1941).

(43) Cfr. KLEE, Kenneth N., "Cram down II", ob. cit., ps. 231-32; y, del mismo autor, "All you ever wanted to know...",ob. cit., ps. 144-46. Autores como SCARBERRY *et al.*, "Business reorganization...", ob. cit., ps. 1073-1074, lo explican con ejemplos prácticos.

son iguales en prioridad a las *securities* ofrecidas a una *junior class*, esta regla no codificada perteneciente al estándar del *fair and equitable* plan requiere una compensación a la *senior class* por esa *pérdida de señoritismo o primacía de categoría*, conforme a la regla aplicable del fallo ya citado *supra* "Consol. Rock Prods. Co. v. Du Bois". En definitiva, y para la parte de la doctrina que estamos considerando: un plan no viola el estándar de *fair and equitable* respecto de una *dissenting junior class* si una *senior class* recibe más del cien por ciento de su crédito como resultado de una compensación por la pérdida de su preeminencia derivada de su categoría **(44)**.

VIII.3. Tercer requisito sustancial: no discriminación injusta

El tercer requisito sustancial es la no discriminación injusta respecto de las clases de acreedores disidentes. El requisito de la *fair and equitable* concordante con la norma de la *absolute priority rule* no regula el tratamiento de las clases de acreedores disidentes. Ello está regulado por el § 1129(b)[1], que prohíbe la injusta discriminación contra las clases de acreedores disidentes, que suelen ser clases de acreedores quirografarios. La igualdad de trato entre los acreedores de igual categoría —quirografarios, las más de las veces— es la regla básica de la política legislativa concursal: es uno de los fundamentos de las reglas sobre privilegios del § 547, que concuerda con el § 726(a) y (b).

Sobre el concepto de injusta discriminación, la doctrina ha ensayado algunas reglas generales, de la mano de la jurisprudencia y de la historia legislativa en el Congreso Nacional. Así, por ejemplo, se ha dicho que si una clase recibe el 50% de su crédito en efectivo y otra clase de la misma categoría recibe el 50% de su crédito en *promissory notes* (títulos negociables), no es discriminatorio en la medida en que constituye el mismo porcentaje del crédito **(45)**. Por contraste con este último criterio, la historia legislativa demuestra que cuando los acreedores de dos clases similares no reciben aproximadamente el mismo porcentaje de su acreencia en valor presente, la discriminación aparece como injusta **(46)**.

Sin embargo, la jurisprudencia imperante provee múltiples ejemplos de criterios prácticos distintos y diferentes entre sí. Así, existe jurisprudencia que ha permitido planes de proveen muy diferentes porcentajes de recupero a diferentes clases de créditos quirografarios que aparentemente son de igual rango. Por ejemplo, en el caso "Creekstone Apartments Assocs. v. Resolution Trust Corp." **(47)** sostuvo que un plan no era injustamente discriminatorio contra los acreedores quirografarios conforme al § 1111(b), en el que ofrecía pagar el 10% de aquellos pero un 100% a los *trade creditors* quirografarios porque el deudor necesitaba mantener buenas relaciones con los *trade creditors*. Por otra parte, en el famoso caso "Pattni Holdings" **(48)** el tribunal sostuvo que el plan no discriminaba injustamente contra un acreedor quirografario del § 1111(b) al ofrecerle pagar el 25% en efectivo a los *trade creditors* y nada a los primeros. En este caso, el tribunal recitó los cuatro factores que usualmente citan los fallos

(44) Cfr. el fallo de la Corte Suprema Federal en el caso "Consol. Rock Prods. Co. v. Du Bois", 312 US 510, 61 S. Ct. 675, 85 L. Ed. 982 (1941). Sobre esto ver también KLEE, Kenneth N., "Cram down II", ob. cit., ps. 232-34.

(45) Cfr. *in re* "Jim Beck, Inc.", 207 B.R. 1010, 1016-17 (Bankr. W.D. Va. 1997), pero en sentido contrario puede verse MARKELL, Bruce A., "A new perspective on unfair discrimination in Chapter 11", 72 *Am. Bankr. L. J.* 227 (1998), quien argumenta —a nuestro modo de ver, con razón— que la entrega de valor a una clase de acreedores que genera materialmente un mayor riesgo que el valor entregado a una clase de igual prioridad puede constituir una discriminación injusta.

(46) Cfr. SCARBERRY *et al.*, "Business reorganization...", ob. cit., ps. 1092-1094, citando las actas del Congreso Nacional en H.R. Rep. No. 595, 95th Cong., 1st Sess. 416 (1977), quienes afirman que, de acuerdo con las fuentes legislativas, la injusta discriminación consiste en entregar a una clase de acreedores un valor equivalente a un menor porcentaje del crédito a otra clase de igual rango, trayendo a colación un ejemplo práctico del *House Report* de no discriminación injusta entre acreedores de *unsecured claims*, *senior debt*, *senior debentures debt* y *trade claims*, conforme al cual, si a las categorías de los *trade debt*, la *senior debt* y la s*ubordinate debt* se les debe $ 100 y el plan propone pagar $ 15 a la *trade debt*, $ 30 a la *senior debt* y $ 0 a la *junior debt*, el plan no discrimina injustamente contra la *trade debt*.

(47) Cfr. "Creekstone Apartments Assocs. v. Resolution Trust Corp. (*in re* Creekstone Apartments Assocs., L.P.)", 168 B.R. 639 (Bankr. M.D. Tenn. 1994).

(48) Cfr. *in re* "Pattni Holdings", 151 B.R. 628 (Bankr. N.D. Ga. 1992).

para determinar si la discriminación es injusta (esgrimiendo el argumento de que no toda discriminación es injusta), a saber: 1. si hay un fundamento razonable para la discriminación; 2. si el deudor puede obtener la confirmación del plan sin la discriminación; 3. si la discriminación está propuesta de buena fe; y 4. evaluar el tratamiento de la clase de acreedores afectada por la discriminación **(49)**.

Los autores que estamos siguiendo **(50)** destacan que, dada la deficiencia de los acreedores quirografarios creada por el § 1111(b)[1] en favor de los *nonrecourse* prestamistas privilegiados, ese parece ser el objetivo favorito de la discriminación. Al respecto, son dignas de un estudio más profundo las sentencias de los casos "Woodbrook" **(51)**, "Barakat" **(52)** y "LaSalle" **(53)**, a pesar de que la Corte Suprema en el último caso no ha preservado la solución, interpretando nosotros que todavía la cuestión se encuentra abierta y no definitivamente resuelta sobre este tema.

IX. El plan de los acreedores

Si el instituto del *cramdown* no tiene éxito y el plan ofrecido por el deudor no es viable de modo que pueda ser impuesto a los acreedores disidentes y, por ende, no puede ser confirmado, los acreedores tienen diversos remedios, pudiendo convencer al tribunal que les permita presentar un plan alternativo al originario ofrecido por el deudor.

Así, los acreedores con privilegio pueden obtener el levantamiento del *automatic stay* para poder ejecutar la garantía, conforme a lo dispuesto por el §362(d)[2], a menos que el deudor demuestre *in extremis* al tribunal que puede ofrecer otro plan que tenga visos de ser viable, conforme a alguna jurisprudencia vigente **(54)**.

Suele ocurrir que cuando el único activo importante del deudor está groseramente gravado por derechos reales, como en los tres casos mencionados en el punto anterior, el acreedor privilegiado desprotegido por dicho bien se opone implacablemente a la reorganización y ante ello el *automatic stay* será levantado **(55)**. Los autores norteamericanos estudiados abundan en detalles sobre este tema sobre los que no profundizaremos ahora, adonde remitimos al lector **(56)**.

X. Función de la valuación de la empresa

Esta es otra cuestión que guarda relación con el *cramdown* **(57)**.

A pesar de que las reglas técnicas para la confirmación del plan están establecidas de modo sencillo y simple —con algunas notables excepciones—, surge del Código de Ban-

(49) Cfr. SCARBERRY *et al.*, "Business reorganization...", ob. cit., ps. 1093-1094. Para una crítica a este cuádruple factor véase MARKELL, Bruce A., "A new perspective...", ob. cit.; EPSTEIN, David G. — NICKLES, S. H. — WHITE, J. J., "Bankruptcy", Ed. Western Publishing Company, St. Paul, MN, 1993, § 10-22, quienes destacan que el § 1123(a)[4] requiere que el plan provea el mismo tratamiento para cada crédito o interés en una clase particular, a menos que el titular del crédito o interés esté de acuerdo con un tratamiento menos favorable.

(50) Cfr. SCARBERRY *et al.*, "Business reorganization...", ob. cit., p. 1094. Es ilustrativo un ejemplo imaginario ("Foam Corporation") que ensayan estos autores en las ps. 1128-1135, lo que pone de relieve la complejidad de las cuestiones tratadas en torno a la confirmación del plan mediante el *cramdown*.

(51) Cfr. *in re* United States Court of Appeals, Seventh Circuit, "Woodbrook Associates", 19 F. 3d 312 (1994).

(52) Cfr. United States Court of Appeals, Ninth Circuit, "Barakat v. Life Ins. Co. of Virginia (*in re* Barakat)", 99 F. 3d 1520 (1996).

(53) Cfr. United States Supreme Court, "Bank of America National Trust and Savings Association v. 203 North Lasalle Street Partnership", 526 US 434, 119 S. Ct. 1411, 143 L. Ed. 2d 607 (1999).

(54) Cfr. *in re* "Sparks", 171 B.R. 860, 869 (Bankr. N.D. Ill. 1994). En este caso se denegó esta posibilidad dado que razonablemente un plan alternativo del deudor no tenía probabilidades de ser propuesto ni confirmado por el tribunal. Advertimos, sin embargo, que esta jurisprudencia es algo ambigua.

(55) Cfr. SCARBERRY *et al.*, "Business reorganization...", ob. cit., ps. 1135-1136. Sobre esto puede verse también "Calif. Fed. Bank v. Moorpark Adventure (*in re* Moorpark Adventure)", 161 B.R. 254 (Bankr. C.D. Cal. 1993), y "B & B West 164th St. Corp.", 147 B.R. 832 (Bankr. E.D.N.Y. 1992).

(56) Cfr. SCARBERRY *et al.*, "Business reorganization...", ob. cit., ps. 1136-1142.

(57) Sobre esto ver, por ejemplo, PACHULSKI, Isaak M., "The cram down and valuation under Chapter 11 of the Bankruptcy Code", 58 *N.C.L. Rev.*, 925, 1980.

carrotas una gran flexibilidad inherente, sobre todo en aquellas materias en las que la valuación de la empresa en marcha se encuentra vinculada a los objetivos del proceso. Virtualmente, todo requisito del Código depende de la valuación de la empresa en marcha o de sus activos considerados individualmente. Esto es así también respecto de las reglas sobre el tratamiento de los acreedores infragarantizados o sobregarantizados (*undersecured* y *oversecured creditors*, respectivamente), según que el bien dado en garantía no cubra la deuda o exceda su monto en los términos del plan propuesto.

Mucho de la flexibilidad en el proceso seguido en el plan presentado por el deudor que goza de sus derechos de administración y gobierno (*debtor in possession* o DIP) viene del hecho de que el valor exacto de los bienes de la empresa en marcha o de otros bienes en particular es desconocido. Este valor es objeto de estimación, conjetura e, incluso, de oportunidad en la operación de venta concreta. Los bienes son valuados siempre, salvo en el caso en que el *Chapter Eleven* tiene por fin modificar el perfil de la empresa mediante una liquidación de bienes a fin de generar activos líquidos. Los valores económicos en juego, tanto para los acreedores como para el deudor, pueden ser más o menos inciertos, y esa incertidumbre en muchos casos será unos de los elementos de la negociación en el proceso concursal, cuyos términos pueden variar a lo largo del tiempo de la negociación. Por otra parte, el valor de la empresa en marcha puede variar conforme a la situación más favorable del mercado para la empresa o bien porque las operaciones de esta han mejorado. Asimismo, la situación de la empresa puede mejorar conforme a las ventajas y alternativas de soluciones que admite el Código de Bancarrotas en lo referido a los "contratos ejecutorios" que cambian el perfil de la empresa, lo que afectará también a su valor. Los cambios en la valuación pueden provenir asimismo de la negociación misma del proceso de aceptación del plan entre las partes, en la que pueden surgir nuevos planes tentativos sucesivamente. Debe tenerse en cuenta que los derechos de las partes otorgados por el Código concursal están basados en variables económicas inciertas y en valuaciones en constante evolución. El consentimiento negociado es fundamental en todo este tema **(58)**.

Todo esto sin tener en cuenta la incertidumbre propia de contextos inflacionarios, en orden a las valuaciones y proyecciones en otras latitudes.

Este tema también impacta notablemente en el caso del *cramdown*, ya que, para determinar qué valor está siendo ofrecido por el deudor respecto de cada acreedor, será crucial e indubitablemente necesaria la realización de la valuación exacta de la empresa en marcha **(59)**.

XI. Evaluación crítica del *Chapter Eleven* en relación con el *cramdown* (60)

1. Las normas vigentes del *Chapter 11* buscan el éxito de la reorganización empresarial en la práctica. Es la empresa en cuanto realidad económica el objeto de la norma, y no el derecho empresario en cuanto tal u otras consideraciones teóricas sobre él. Por ende, las estadísticas y los estudios llevados a cabo por distintos académicos sobre la eficiencia de la norma proporcionan pautas para la reflexión actual y futura que han permitido validar el cumplimiento, en términos generales, de sus objetivos básicos: la continuación de la empresa reorganizada con la salvaguarda de los intereses de los acreedores que continuarán cobrando sus acreencias,

(58) Cfr. WARREN, William D. — BUSSEL, Daniel J., "Bankruptcy", ob. cit., ps. 163-164. Esta autora concibe el concepto de valuación no solo como apreciación del valor económico de activos y pasivos concursales, sino también como las mismas variables económicas en juego respecto de esos bienes y obligaciones, objeto de las negociaciones, lo que debe tenerse en cuenta para ulteriores consideraciones sobre el tema de la valuación. Asimismo, sobre la valuación de la empresa puede verse, entre otros: GILSON, Stuart — HOTCHKISS, Edith S. — RUBACK, Richard S., "Valuation of bankrupt firms", *Review of Financial Studies*, 2000, p. 43.

(59) Sobre esto puede consultarse SCARBERRY *et al.*, "Business reorganization...", ob. cit., p. 866, y todo el cap. 12 de esta obra en las ps. 866 a 944. Asimismo, puede verse sobre el tema FORTGANG, Chaim J. — MAYER, Thomas M., "Valuation in bankruptcy", 32 *UCLA L. Rev.* 1061, 1985.

(60) Para una evaluación crítica preliminar de las instituciones del *Chapter Eleven* puede verse este autor en "El proceso de reorganización concursal de Estados Unidos (*Chapter Eleven* del *US Code*). Introducción y aspectos generales", *Anuario de Derecho Concursal*, vol. 34, Ed. Thomson Reuters, España, enero de 2015, ps. 425-484.

o, subsidiariamente, su eficiente liquidación y ulterior distribución entre ellos.

2. En la literatura norteamericana, las desventajas de la liquidación de activos concursales en forma separada son muchas y notorias, comparadas con las ventajas de una venta de la empresa en marcha, especialmente teniendo en consideración lo que se refiere a activos estratégicos, el *know-how*, activos tecnológicos derivados de la propiedad intelectual, el conocimiento del mercado y los demás activos intangibles o físicos debidamente integrados en la empresa, además de la situación práctica de encontrarse ella en funcionamiento, con la continuación en los pagos de deudas. A ello se une que, mediante procesos concursales como el del *Chapter Eleven*, la continuidad de la empresa en marcha puede facilitar la solución de la crisis financiera temporaria o la solución económica del problema que genera la crisis o cesación de pagos en la actividad empresarial del deudor. Esto sin perjuicio de las bondades de la utilización de este proceso para liquidar parte o la totalidad de los activos de la empresa concursada, como ya se dijo *supra*. Cabe destacar que todo esto será tenido en cuenta por el juez al valorar la posibilidad de confirmación del plan; también cuando haya sido incoada la vía del *non-consensual plan* mediante el *cramdown*.

3. La experiencia norteamericana es rica en éxitos prácticos y reales de reorganizaciones empresariales de empresas que continuaron en marcha durante la crisis o estado de cesación de pagos y salieron adelante luego de la modificación tanto del perfil de los activos y pasivos como de la política empresarial en su conjunto, con las correspondientes aprobaciones, confirmaciones o incluso modificaciones del tribunal concursal.

4. Estos éxitos se dieron tanto en empresas pequeñas como en grandes, y están documentados en estadísticas realizadas por académicos o traídas a colación por ellos. A fin de conocer la entidad de las características concretas de cada proceso —especialmente de las grandes empresas concursadas—, se justificaría en el futuro un estudio pormenorizado de esta cuestión, puesto que lo ocurrido en esos casos puede inspirar nuevas soluciones, induciendo principios de lo particular a lo general. La literatura especializada sobre el *Chapter Eleven* ha recogido esa experiencia práctica, lo que amerita ese mayor estudio en profundidad.

5. El proceso estadounidense del *Chapter Eleven* consiste en el cambio de la estructura tanto de los activos como de los pasivos del sujeto concursado, pero, además, el cambio en la estructura empresarial y su política negocial a corto y mediano plazo.

6. Principalmente, en el cambio de los pasivos es donde se encuentra quizá uno de los secretos del éxito empresarial frente a la crisis. Por ello, el estudio de esa flexibilidad en el cambio de activos y pasivos —y principalmente de los segundos— puede ser útil a fin de, por una parte, destacar sus bondades y, por otra parte, proponer soluciones novedosas. Incluso esos cambios pueden reflejarse contablemente, de forma concomitante o necesaria, como han puesto de relieve los autores. Debe destacarse que la excepcionalidad en el cambio sufrido en los pasivos en el derecho norteamericano —inédito en las restantes ramas del derecho positivo de ese país, tanto en los ordenamientos locales de los Estados como en el federal— no ha sido obstáculo para su aprobación legal y constitucional por los tribunales y por los académicos como criterio legítimo de justicia. Todo ello tomando como fin último la continuación de la empresa concursada, frente a la cual los acreedores no han objetado en líneas generales tener que perder parte o todo su crédito. Este tema amerita una mayor fundamentación y caracterización en el futuro. Todo esto será tenido también en cuenta por el juez a la hora de decidir sobre un *cramdown*.

7. Los plazos en los que el deudor logra reorganizarse realmente están contados a veces en días y en muchos casos en meses, lo que revela la efectividad y eficacia del proceso en Estados Unidos. Es posible que, en esta experiencia práctica, los plazos sean (mucho) más cortos que los plazos respectivos en otros ordenamientos concursales, lo que puede ser objeto de mayor investigación. No surge de la información manejada en este trabajo si la vía incoada por el *cramdown* ha supuesto una dilación importante del proceso de reorganización, perjudicándolo.

8. La *Section 105* del Código, en virtud de la cual, en un acusado alarde de pragmatismo, "el tribunal puede dictar medidas, procesos o decisiones que sean necesarias o apropiadas

para llevar a cabo las provisiones de este título", constituye el último instrumento destinado a lograr la continuidad de las operaciones empresariales, a criterio del tribunal. El estudio pormenorizado de la conducta judicial sobre este punto puede abrir nuevos rumbos en las posibilidades de estos poderes del tribunal concursal en relación con esa continuidad. Esta cláusula constituye el típico remedio propio de los tribunales de *equity law* en el sistema del *common law*, en el que el tribunal goza de la máxima libertad [re]creadora de las relaciones patrimoniales entre las partes involucradas en el concurso. Sin embargo, los tribunales no son proclives a ejercer omnímodamente estos amplios poderes para reescribir obligaciones de las partes en el proceso concursal: los casos jurisprudenciales revelan soluciones "caso por caso" en la aplicación del § 105 del Código, también aquí en un acabado alarde de pragmatismo y flexibilidad judicial. Esta norma puede ser aplicada también en los casos de *cramdown*, porque en este supuesto permanece el objetivo último de todo el proceso de reorganización concursal norteamericano, cual es la continuación empresarial en condiciones equitativas para todas las partes involucradas e incluso el bien común.

9. El plan y su confirmación incluyen entre sus elementos de proposición, negociación y confirmación, principalmente: las obligaciones de la empresa emergente, los cronogramas o calendarios de pago de las distintas deudas que deberán realizarse, los detalles de la financiación postconcursal de las ulteriores operaciones de continuación de la explotación empresarial y la titularidad de la propiedad de la empresa en su etapa postconfirmatoria (que puede continuar en cabeza del primitivo dueño o bien pasar a manos de terceros, a veces acreedores del deudor). Estos elementos no solo habrán de ser objeto de planificación económica de la empresa y de negociación con los acreedores, sino también elementos para decidir la procedencia o no de la confirmación del plan, entre otros. Esta sistemática puede ser útil en ordenamientos donde ellos no están presentes o no son suficientemente claros para negociar o decidir. Además, estos elementos son necesarios para sincerar la realidad económica de la empresa, lograr su continuidad y decidir de modo justo sobre su destino final, especialmente a la hora de decidir no solo su continuación sino también su liquidación definitiva. Esta sistemática no es exhaustiva ni taxativa. Todo esto será tenido en cuenta por las partes en sus negociaciones del plan de reorganización y, desde luego, por el tribunal a la hora de confirmarlo o no, ya que este goza de amplios poderes nunca vistos antes en los ordenamientos concursales de otros continentes o de otras regiones del mismo continente.

10. La aceptación consensuada del plan de reorganización por los acreedores es considerada como prácticamente —aunque no oficialmente— crítica para lograr la confirmación del plan por el tribunal, formando parte de las negociaciones previas. Los poderes de los acreedores disidentes en la votación del plan son muy limitados, pero pueden frenar la reorganización —aun cuando hubiera sido aceptado por la mayoría de ellos— cuando no se hayan reunido algunos requerimientos básicos, como los cuatro mencionados expresamente por la norma.

11. La exigencia de ofrecer en el plan al menos tanto como recibirían los acreedores en un proceso de liquidación (la "prueba del mejor interés" —*best interest test*— de cada acreedor) establece un adecuado estándar mínimo, que moraliza la propuesta y le da seriedad, a la par que no constituye una regla fija o rígida, al no fijar una cantidad mínima de dinero o una proporción de la deuda, etc., como ocurre con otros ordenamientos concursales, como por ejemplo el argentino antes de la reforma de 1995.

12. La exigencia de que el plan reúna algunos requerimientos técnicos en la revelación y guarde conformidad con otras normas regulatorias (tales como revelar la identidad y afiliación de los afiliados a la sociedad deudora, de todo *insider* que será empleado o retenido y de los directores que actuarán con posterioridad a la confirmación) es valiosa, pues permite investigar posibles conflictos de interés entre los proponentes del plan y terceros. Esto también moraliza el concurso y puede ser objeto de ulterior investigación. Existen ordenamientos que no prevén este conflicto de intereses expresamente, lo que amerita un mayor estudio de la cuestión.

13. El tribunal debe juzgar con independencia la posibilidad de cumplimiento del plan, y que no se seguirá de él una liquidación forzosa, salvo que esa alternativa haya sido especificada en la propuesta. Esta posición estimula al

deudor no solo a proponer un plan ajustado a la realidad económica de la empresa, sino también a los disidentes a llevar al tribunal la posibilidad de la calificación de impracticable de aquel. Esta norma tiene la bondad de lograr un sinceramiento de las partes en el proceso de reorganización y otorga al juez, como otras muchas normas, un rol protagónico insustituible, lo que puede ser útil en un estudio en mayor profundidad. Esta independencia se halla presente también a la hora de juzgar la procedencia o no del *cramdown* que haya sido incoado, lo que es encomiable.

14. La posibilidad de confirmación judicial del *non consensual plan*, mediante el instituto del *cramdown*, permite acceder a ese paso del proceso incluso en caso de existencia de alguna categoría de acreedores disidentes, si se cumplen determinados requisitos —especialmente el de la *absolute priority rule*—, los que son razonables por cuanto constituyen las debidas salvaguardas de una propuesta equitativa y ajustada a la realidad económica.

15. Sin duda, esta institución es de carácter excepcional, ya que el objetivo principal del *Chapter Eleven* es lograr un acuerdo con todos o la gran mayoría de los acreedores (fundamento básico de todo proceso extrajudicial de *composition* en Estados Unidos) y lograr la reorganización de la empresa en cuanto tal como condición para que pueda continuar la explotación económica. En el caso del *cramdown*, el primer objetivo no llega a cumplirse en su totalidad, pero —sobre todo para los autores "optimistas", como Elisabeth Warren y Jay Westbrook— en aras del segundo. Pero entonces, si no hay unanimidad o una mayoría aplastante de votos afirmativos, en el caso del *cramdown*, el Código de Bancarrotas norteamericano exige otros requisitos suplementarios, que no pedía en caso contrario, para compensar esa carencia de aceptación abrumadora del plan ofrecido por el proponente. Ello es razonable y proporcionado, y coherente con el objetivo final de la reorganización empresarial definitiva, que es el máximo o preeminente principio del *Chapter Eleven* y alrededor del cual giran todas las otras instituciones concursales allí legisladas.

16. Al mismo tiempo, el *cramdown* es coherente con el resto de los institutos aplicables, especialmente con la *absolute priority rule*, que a su vez es parte de un plan *fair and equitable* en toda la línea de objetivos concursales **(61)**.

17. En el proceso del *Chapter Eleven*, la línea divisoria entre la reorganización y la liquidación de la empresa no siempre está clara, y esto es en parte beneficioso para las partes en conflicto. El proceso del *Chapter Eleven* puede tener como objetivo no solo la reorganización y continuación empresarial, sino también la liquidación de los bienes en forma parcial o incluso hasta total (*non-discharge plan*). Esta política legislativa ha permitido llevar a cabo varios objetivos: flexibilizar el proceso hacia la solución liquidativa, sincerar las perspectivas económicas reales de la empresa que no es viable, evitar dilaciones en el tiempo y dispendios inútiles de jurisdicción, beneficiar a los acreedores con un procedimiento de liquidación más conveniente y flexible que otros procedimientos liquidatorios (como el del *Chapter Seven* del *US Code* o los procesos extrajudiciales de liquidación), lograr un mejor ordenamiento universal de los créditos y una mayor cuota de participación en la liquidación de bienes, brindar más alternativas en comparación con otros sistemas liquidatorios, obtener más facilidades para el arreglo de litigios con los acreedores, lograr una mejor distribución de los bienes a los acreedores, y, finalmente, obtener un ahorro en los costos de los honorarios del *trustee* y otros gastos. En el caso del *cramdown*, todo esto será criterio para decidir su suerte, de tal manera que se otorga una gran flexibilidad al tribunal, incluso en el supuesto de no confirmación judicial del plan.

18. Los planes liquidativos del *Chapter Eleven* también revelan la enorme flexibilidad, versatilidad y pragmatismo propios de este procedimiento concursal de Estados Unidos. Como ejemplos de estas características cabe mencionar la posibilidad de múltiples formas de venta de los bienes concursales (lo que puede mejorar el retorno para los acreedores) y también, especialmente, un típico caso como es la atribución de parte o de todo el patrimonio de la empresa a un tercero de confianza (un *trust*), sea como instrumento de transferencia o bien como destinatario de esta, eventualmente supervisado o gobernado por un *trustee* designado en el plan. Los activos vendidos de esta forma quedan en

(61) Cfr. sobre esto HERBERT, Michael J., "Understanding bankruptcy...", ob. cit., ps. 343-344.

muchos casos saneados, y en eventuales casos de venta parcial de los bienes de la empresa pueden surgir de ella nuevas empresas autónomas, con la aprobación del tribunal, como ha ocurrido en la práctica, por ejemplo, en el caso de General Motors. Estas características no suelen encontrarse en otros ordenamientos preventivos de la quiebra meramente liquidativa, por lo que puede ser oportuno un estudio en mayor profundidad. Estas características son otra expresión de la consideración de la empresa como una realidad económica dinámica, más allá de las formalidades legales que pueden limitarla excesivamente en su desenvolvimiento económico. Como todo esto forma parte de los principios del *Chapter Eleven*, el tribunal deberá tenerlos en cuenta a la hora de decidir sobre la confirmación o no del plan, rechazando o acogiendo en su caso el *cramdown* incoado.

19. Como ejemplo de la flexibilidad inherente en las distintas normas y momentos del procedimiento del Código de Bancarrotas, cabe mencionar la necesidad de la valuación de la empresa en marcha como realidad vinculada a los objetivos del proceso, tema que también se relaciona específicamente con el *cramdown*. Mucho de la flexibilidad en el proceso seguido en el plan presentado por el *debtor in possession* viene del hecho de que el valor exacto de los bienes de la empresa en marcha o de otros bienes en particular es desconocido y, por ende, debe ser razonablemente establecido. En esta evaluación juega un papel importante la profesionalidad en orden a la estimación y conjetura, e incluso la oportunidad en la operación de venta concreta. Asimismo, los cambios en la valuación vendrán dados por el cambio en las variables micro y macroeconómicas, el curso de las negociaciones entre las partes y las decisiones adoptadas por el tribunal sobre los contratos y demás obligaciones. Esta política legislativa es respetuosa de las realidades económicas inherentes al proceso concursal de reorganización; asimismo, esta función de la valuación económica constituye una de las herramientas para lograr la reorganización empresarial y posibilitar la continuación de la explotación en condiciones de supervivencia económica y financiera. Ello es así porque sincera las posibilidades reales de la empresa para subsistir y las potencialidades satisfactorias de los acreedores involucrados. Todo esto debe tenerse en cuenta a fin de superar la incertidumbre propia de esa valuación y su incidencia en la posibilidad de continuación de la explotación de la empresa. El tema de la valuación es fundamental a la hora de decidir la procedencia o no de un *cramdown*, ya que mediante aquella se podrá conocer qué valor se está ofreciendo para el pago de los créditos y, por ende, cómo se está tratando a las categorías de acreedores impugnantes del plan de reorganización a través del *cramdown*.

20. Las cuatro exigencias del *cramdown*, por lo expuesto en estas consideraciones, resultan razonables, justas, proporcionadas y adecuadas a las finalidades del proceso concursal de reorganización. Por ende, ellas pueden inspirar futuras reformas legislativas en el ámbito del concurso preventivo de la quiebra en ordenamientos que no las prevén concienzudamente. Ello, por otra parte, habilita la legitimidad de la posibilidad de imponer el acuerdo a los acreedores disidentes.

XII. Conclusiones finales de la ponencia

1. La posibilidad de confirmación judicial del *non consensual plan*, mediante el instituto del *cramdown*, permite acceder a ese paso del proceso incluso en caso de existencia de alguna categoría de acreedores disidentes, si se cumplen determinados requisitos, que constituyen pilares sobre los que se apoya el sistema del *Chapter Eleven*. Ellos son razonables por cuanto constituyen las debidas salvaguardas de una propuesta equitativa y ajustada a la realidad económica del deudor y de los acreedores.

2. El estudio del *cramdown* norteamericano arroja una mínima similitud con el homónimo instituto del derecho argentino, exclusivamente en el sentido de que constituye una solución preventiva de la quiebra definitiva, pero con notorias diferencias en lo que respecta a su finalidad, caracteres y requisitos. Como ha dicho la doctrina argentina, prácticamente solo tienen en común el nombre de la institución, lo que amerita un estudio comparado en mayor profundidad en el futuro.

3. Por ende, esta institución es encomiable así como está legislada, y puede ser objeto de un posible futuro trasplante a otros ordenamientos concursales conforme a los principios del derecho comparado.

SOCIEDADES

Doctrina

En defensa de la SAS: de las críticas formuladas a este tipo social y su réplica

Pablo Sylvester Fleming (*)

Sumario: I. Introducción.— II. Las críticas técnico-jurídicas a la SAS.— III. Conclusión.

I. Introducción

I.1. La SAS como modernización societaria y un proyecto de reforma con sesgo ideológico

La sociedad por acciones simplificada (SAS) —nuevo tipo social incluido en la ley 27.349, de Apoyo al Capital Emprendedor (LACE)— forma parte de una importante tendencia hacia la modernización del derecho societario argentino **(1)**, limpiando las telarañas de reglas y restricciones cuya justificación hace tiempo estaba superada —al menos para las sociedades cerradas—, y dotando, en particular a las empresas nuevas o de menor tamaño, de un instrumento accesible, sencillo y flexible —"modelado con masilla", en palabras de Vítolo **(2)**— que los socios puedan ajustar a la medida de las concretas necesidades y objetivos de su proyecto empresarial **(3)**, con el propósito legislativo, además, de ayudar a reducir la grave informalidad imperante en nuestro país.

La modernización auspiciada por la SAS opera a todos los niveles: desde un plano formal, con la simplificación de trámites, la constitución exprés mediante estatutos modelo y la incorporación de las nuevas tecnologías en toda la gestión social; hasta cuestiones de fondo, como

(*) Abogado (UBA). Magíster por las universidades de Lovaina y de Barcelona. Profesor e investigador UCASAL. Este artículo se realizó en el marco del proyecto de investigación "Las TIC y su impacto en la modernización y flexibilización del derecho societario", RR 1313/19, Proyecto 258, UCASAL.

(1) Con anterioridad a la aparición de la SAS, esta tendencia se evidenció con la ley 26.994 y el nuevo régimen de las sociedades irregulares y atípicas previsto en la actual Sección IV del cap. I de la LGS, así como el novedoso tratamiento de los contratos asociativos en los arts. 1442 y ss. del Cód. Civ. y Com.

(2) VÍTOLO, Daniel R., "El COVID-19 y las SAS. Las ventajas de la masilla sobre la arcilla en tiempos difíciles", LA LEY del 08/06/2020; LL AR/DOC/1558/2020.

(3) Sin perjuicio de sus particularidades, la SAS sigue siendo un tipo de sociedad (art. 33, LACE) y, por tanto, los aportes de sus socios (o del socio único) deben aplicarse "a la producción o el intercambio de bienes o servicios", siendo la causa del contrato de sociedad la participación en las ganancias y en las pérdidas por parte de aquellos (o de aquel) (cfr. art. 1º, LGS). Sin embargo, actualmente, ante fenómenos novedosos como las llamadas "empresas B", "los emprendimientos de triple impacto", la responsabilidad social empresaria (RSE) y la doctrina de los *stakeholders*, cuyos intereses también deben considerarse junto a los de los *shareholders*, se discute si esa finalidad de lucro es la única que debe ser considerada dentro del negocio societario. Así, por ejemplo, el Anteproyecto de Modificación de la Ley General de Sociedades elevado al Senado en 2019 amplía sustancialmente el espectro de actividades que pueden canalizarse a través de una estructura societaria, ya que, a la definición clásica de sociedades con riesgo común y fin de lucro, se añade un párrafo destinado a las "sociedades con otra finalidad", disponiendo: "El contrato social o estatuto puede prever cualquier destino para los beneficios de la actividad o la forma de aprovecharlos. Pueden prever también el no reparto de utilidades entre los socios. Para introducir esta clase de disposiciones en el contrato social o estatuto de sociedad existente, se requiere el voto unánime de los socios". Conforme se ha señalado con acierto, este cambio de paradigma en lo que tradicionalmente ha constituido la causa del negocio societario, entre otras consideraciones, difumina (dinamita, más bien) la diferencia entre las sociedades y las restantes personas jurídicas privadas (asociaciones y fundaciones). Al respecto, *vid.* CRACOGNA, Dante, "La noción de sociedad en el Proyecto de Reforma de la Ley General de Sociedades", SJA del 17/06/2020, p. 51; LL AR/DOC/1629/2020.

la autonomía de la voluntad en la organización de los órganos societarios, la eliminación de inefectivas restricciones en torno al capital y al objeto social y la gran ventaja de ofrecer un tipo por acciones sin las complejidades de la SA **(4)**.

Sin embargo, como es sabido —y si se me permite la expresión—, las acciones de la SAS cotizan actualmente a la baja **(5)**, en especial las de aquellas sociedades inscritas ante la Inspección General de Justicia (IGJ) **(6)**. También es de público conocimiento que a la fecha circula en el Congreso un Proyecto de Ley **(7)** que busca suspender la constitución de las SAS por un plazo de 180 días, además de introducir profundas modificaciones al régimen actual de este tipo societario **(8)**. Dicho Proyecto cuenta con media sanción del Senado y, recientemente, recibió un dictamen favorable de la Comisión de Legislación General de Diputados **(9)**, presidida por la prestigiosa jurista Cecilia Moreau.

En esta nota nos centraremos en comentar —y, en su caso, rebatir— las principales críticas que se han formulado en relación con este tipo social **(10)**. Para ello tomaremos como referen-

(4) Según se ha dicho, "la SAS buscó verse beneficiada de todo el régimen accionario de la SA, sin necesidad de soportar la fiscalización y las normas de un tipo pensado para la gran empresa". RAMÍREZ, Alejandro H., "SAS. Sociedad por acciones simplificada", 1ª ed., Ed. Astrea, Buenos Aires, 2019, p. 103.

(5) La constitución de SAS en la IGJ disminuyó sensiblemente tras la asunción de la actual conducción de ese organismo. Así, mientras en 2018 se inscribieron 4530 SAS y en 2019, 4828 (siendo en ambos años el tipo más constituido ante ese organismo), en 2020 se registraron apenas 1392. Ciertamente, puede alegarse que esas cifras deben ser corregidas por los efectos de la pandemia, que restringió el acceso y limitó la cantidad de trámites autorizados ante ese registro durante gran parte de ese año. Sin embargo, el número de SA constituidas en la IGJ se mantuvo uniforme en relación con años anteriores (3391 en 2018, 3336 en 2019 y 3290 en 2020) así como también el de SRL (465 en 2018, 389 en 2019 y 366 en 2020). En otras jurisdicciones en las que la SAS no fue objeto del hostigamiento al que se la sometió en la IGJ desde comienzos de 2020, el número de SAS constituidas se mantuvo estable y siguió siendo el tipo social más elegido. Así, por ejemplo, en la Inspección General de Personas Jurídicas de Salta en 2019 se registraron 275 SAS (frente a 25 SA y 215 SRL), y en 2020, 285 (frente a 13 SA y 113 SRL).

(6) Este registro ha emitido toda una serie de resoluciones (res. grales. IGJ 4/2020, 5/2020, 9/2020, 17/2020, 20/2020, 22/2020, 23/2020 y 2/2021) alterando significativamente el régimen de la SAS, en un claro exceso y desborde de sus competencias. Al respecto, se ha sostenido: "Evidentemente, se trata de resoluciones absolutamente inconstitucionales, en tanto contrarían la división de poderes, el principio de legalidad y la jerarquía normativa establecida en los arts. 1º, 19, 31, 99, inc. 3º, 109 y ccds. de la CN. Son disposiciones que vulneran severamente los derechos y garantías establecidos en los arts. 14, 17, 18, 28 y 16 de la Carta Magna, este último en cuanto impone ilegalmente a los habitantes sujetos a la jurisdicción de la IGJ, condiciones legales y económicas diferentes —más perjudiciales— que al resto del país". CUERVO, Rodrigo, "El 'efecto SAS' como el ACV de las máquinas jurídicas: ¿triunfará la IGJ y su *Matrix recargado*?", RDCO 305-61, del 14/12/2020; LL AR/DOC/3212/2020. Como se adelantó, en general, no ocurre lo mismo en los restantes Registros Públicos del país, que siguen inscribiendo las SAS de la forma establecida en la ley 27.349 (capital mínimo, objeto amplio, estatuto modelo, etc.), sin mayores inconvenientes, como uno más dentro de los tipos sociales cuya registración puede instarse.

(7) Expte. iniciado en el Senado por iniciativa del senador Oscar Parrilli y otros integrantes del Frente de Todos, con media sanción del 11/06/2020 y, actualmente, en trámite en Diputados, expte. 0046-S-2020.

(8) Entre otros cambios previstos en el Proyecto de Ley, las SAS solo podrán ser constituidas por emprendedores previamente inscritos en un Registro Especial, siendo además nula la constitución de una SAS que contraríe esta disposición (art. 1º del Proyecto de Ley); deberán presentar sus estados contables en el Registro Público correspondiente, con multa en caso de falta de presentación, quedando sujetas al mismo control que las sociedades anónimas (art. 4º); se someterán sin ambages a la parte general de la LGS, así como, por defecto, al régimen de las sociedades anónimas (nueva versión del art. 33, LACE, conf. art. 5º del Proyecto de Ley); serán objeto de un control de legalidad sustancial por parte del Registro Público al momento de su constitución (nuevo art. 38, conf. art. 5º del Proyecto de Ley), y estarán obligadas a mantenerse en las categorías de mipyme y, si pierden tal categoría, deberán transformarse en alguno de los tipos de la LGS en el plazo de 6 meses.

(9) Dictamen 0411/2021, de 14/06/2021.

(10) Sin perjuicio de los ya enunciados, los argumentos relativos a las ventajas que ofrece este tipo social, en particular para los emprendedores y las pymes, han sido extensamente tratados por numerosos autores a cuyas obras remitimos. Entre otros, pueden citarse los siguientes: RAMÍREZ, Alejandro H., "SAS. Sociedad por acciones simplificada", ob. cit.; VERÓN, Alberto V. — VERÓN, Teresita, "Sociedades por acciones simplificadas", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2017; PERCIAVALLE, Marcelo L., "SAS. Ley comentada de las sociedades por acciones simplificadas", 1ª ed., Ed. Errepar, Buenos Aires, 2018; también numerosísimos artículos de doctrina anteriores [entre otros, VÍTOLO, Daniel R., "La sociedad anónima simplificada (SAS)", LA LEY 2016-E, 1134, LL AR/DOC/3076/2016; ROVIRA, Al-

cia el —a nuestro conocimiento— último artículo sobre esta materia de quien, posiblemente, pueda sindicarse como adalid (por prestigio, trayectoria y cargo) de esta campaña en contra de la SAS —al menos, en su formato actual—, el titular de la IGJ, Dr. Ricardo A. Nissen, obra que lleva el explícito título de "Sobre los concretos resultados de la incorporación de las sociedades por acciones simplificadas (SAS) en la legislación societaria argentina y las medidas necesarias para evitar su abuso" **(11)**.

Sin embargo, antes de abordar la parte estrictamente jurídica, creemos importante señalar la grave contaminación ideológico-partidaria que ha teñido todo el debate sobre la utilidad y los presuntos riesgos que conllevaría este tipo social. Como tantas cosas en nuestro país, la SAS ha caído dentro de la lamentable "grieta" que divide a los argentinos y, por tanto, el asunto ha sido tratado en muchos casos más con posturas militantes que con argumentos jurídicos honestos. Es notable destacar que muchos de los mismos congresistas y grupos parlamentarios que hace apenas cuatro años votaron masivamente a favor de la adopción de este tipo social **(12)**, hoy promuevan su suspensión con fundamentos tan imprecisos e inasibles como el de considerarla "neoliberal" **(13)**.

El propio Dr. Nissen, de forma llamativa, dada su notable trayectoria, incurre de forma reiterada en la objetable práctica de, en el marco de un artículo de doctrina, lanzar acusaciones contra el gobierno nacional anterior **(14)** y utilizar sin ningún rigor términos como "neoliberal", desprovisto de cualquier sentido técnico, como haría un sindicalista en una marcha. En su iracundia ideológica, el Dr. Nissen abusa de las afirmaciones sin datos **(15)**, al tiempo que exagera las virtudes de la Ley General de Sociedades (LGS)

fredo L., "Necesaria reforma integral de la Ley General de Sociedades. Régimen de sociedad anónima simplificada", LA LEY 2016-F, 515, LL AR/DOC/3074/2016; MARZORATI, Osvaldo, "La Sociedad anónima simplificada ¿será una realidad?", LA LEY 2016-F, 990, LL AR/DOC/3617/2016] y posteriores a la sanción de la LACE [DUPRAT, Diego A. J., "Sociedad por acciones simplificada", LA LEY 2017-B, 979, LL AR/DOC/1008/2017; FAVIER DUBOIS, Eduardo M., "La 'sociedad por acciones simplificada' y el sistema societario. Cuatro preguntas y el 'miedo a la libertad'", LA LEY 2017-D, 1318, LL AR/DOC/1529/2017; HADAD, Lisandro, "La sociedad por acciones simplificada y la llegada de la modernidad", JA 2017-II, 1335; VERÓN, Alberto, "La sociedad por acciones simplificada de la ley 27.349", RDCO 285-877; RAGAZZI, Guillermo E., "La sociedad por acciones simplificada (breves notas sobre sus antecedentes y régimen legal)", RDCO 285-757; MANÓVIL, Rafael M., "La SAS y las normas generales de la Ley de Sociedades", RDCO 298-1187, LA LEY 2019-C, 823, LL AR/DOC/718/2019].

(11) LA LEY del 15/05/2020; LL AR/DOC/1650/2020.

(12) La LACE obtuvo media sanción en Diputados en la sesión especial del 11/11/2016 con el voto favorable de 189 miembros y solo 7 votos negativos. En el Senado, se aprobó en la sesión ordinaria del 29/03/2017, por 57 votos a favor y ninguno en contra; y con relación a la SAS, el resultado fue de 51 votos a favor, 6 negativos y 0 abstenciones. Se publicó en el BO del 12/04/2017. Cfr. RAMÍREZ, Alejandro H., "SAS. Sociedad por acciones simplificada", ob. cit., ps. 24 y ss.

(13) Los propios Fundamentos del Proyecto de Ley incluyen este tipo de invocaciones absolutamente faltas de rigor conceptual, propias de un mitin partidario y no del documento con proyección legislativa en el que son formuladas: "Estas sociedades se encuentran reguladas por fuera de la ley 19.550 de Sociedades Comerciales, con el objetivo de constituir 'empresas fantasmas' en la mayoría de los casos, con el único fin del blanqueo de capitales de dudoso origen y la compra de inmuebles, a instancias de la restauración liberal encabezada por el gobierno de Mauricio Macri (...). No es casual que este tipo societario haya sido creado durante la gestión de Mauricio Macri, ya que, la misma tenía como único objetivo dotar de un elemento 'legal' a los miembros de dicha gestión de una forma espuria de hacer negocios a costa del Estado, utilizando como excusa a los emprendedores pequeños y medianos".

(14) Por ejemplo, afirma el Dr. Nissen que entre 2016 y 2019 "no existieron inversiones en la Argentina, la economía se desplomó, desaparecieron miles de pymes y el desempleo creció a niveles intolerables —panorama que no puede ser negado por nadie—, pues basta haber vivido durante esos años y haber contemplado con nuestros ojos esa verdad incontrastable". Exactamente lo mismo —o peor, según los gustos— podría decirse del gobierno que le precedió y, lamentablemente, de muchos otros de nuestro país. Del mismo modo, en otra parte de su artículo, el Dr. Nissen hace referencia a la Ley de Blanqueo de Bienes y Capitales del Exterior en el marco del llamado Fondo de Reparación Histórica, obviando, por ejemplo, que en el año 2013 se realizó también un blanqueo —ley 26.860— y otro en el año 2008 —ley 26.476—, ambos con una adhesión bastante baja a pesar de los esfuerzos del gobierno de ese entonces, en su promoción.

(15) Esto es así, por ejemplo, cuando afirma que no hay todavía fallos judiciales relativos a las SAS pero que "el río suena —dentro del ambiente judicial—" de su uso fraudulento, en particular, en procesos concursales. O cuando señala, sin ningún respaldo estadístico, que "los únicos emprendedores que afloraron durante el gobierno 2015-2019, fueron las personas que trasladan mercadería a domicilio en motocicleta y cuyo estatus laboral ha dado lugar a todo tipo de abusos".

y sus "centenarias instituciones" para, sobre el final de su artículo, señalar con relación a esa misma ley "que, dicho sea de paso, exige una reforma inmediata" **(16)**.

Por último, presenta como un reclamo del "ciudadano común" la modificación del régimen de la SAS en la IGJ, sosteniendo que "era evidente que los privilegios otorgados supuestamente a 'los emprendedores' por res. gral. IGJ 6/2017 debían ser dejados prontamente sin efecto y así aconteció", sin aclarar que ha sido precisamente él, en su carácter de titular de dicho organismo, el principal instigador de esos cambios y en contra de la opinión de un sector muy importante de la comunidad empresaria **(17)** y jurídica. Todas estas afirmaciones tan cargadas de un posicionamiento político explícito, lejos de cuestionar seriamente el régimen jurídico de las SAS, descalifican, tristemente, al que las emite, que pone en juego su innegable prestigio académico en aras de una obcecada e intelectualmente empobrecedora militancia partidaria.

II. Las críticas técnico-jurídicas a la SAS

Expresado lo anterior, necesario para contextualizar adecuadamente el tratamiento de este tema, abordaremos ahora las que, desde un plano jurídico, resultan las críticas más consistentes en relación con la SAS. Nos centraremos en las que consideramos las objeciones principales. Otras secundarias, como la de que las SAS no deben dar publicidad registral a sus estados contables **(18)**, que sus administradores no deben prestar la garantía prevista para los directores de la SA **(19)** o que las SAS pueden cotizar en bolsa **(20)**, no serán motivo de mayor comentario, porque, a nuestro entender, son totalmente fungibles y no hacen a la esencia del debate en torno a este tipo social.

II.1. Las SAS no integran la LGS y violan el orden público societario

Una primera crítica es la de que, de modo injustificado, la SAS no fue incorporada a la LGS y que, además, esta exclusión estuvo destinada a evitar las normas de orden público que el régimen societario general prevé en defensa de los terceros y de los socios minoritarios **(21)**.

---

(16) Incluso cuando se refiere a cuestiones técnicas, lo hace a veces con medias verdades, como cuando presenta como un privilegio exorbitante que la SAS no deba inscribir una copia de sus estados contables, sin destacar suficientemente —lo dice como al pasar— que la SRL, el otro tipo destinado principalmente a pymes y emprendedores, solo debe hacerlo cuando su capital social supere un cierto valor (hoy cincuenta millones de pesos; cfr. arts. 67 y 299, inc. 2º, LGS).

(17) Es conocido el amparo iniciado por la Asociación de Emprendedores de Argentina (ASEA) contra la mayoría de las resoluciones generales de la IGJ relativas a la SAS (en trámite ante el JNCom. Nº 24, Secretaría Nº 48, "ASEA - Asociación Emprendedores Argentinos Asociación Civil y otros c. Inspección General de Justicia s/ amparo", expte. COM 5026/2020). También la Cámara Argentina de Comercio y Servicios (CAC), con fecha 16/06/2021, envió una nota al presidente de la Cámara de Diputados y otros congresistas, manifestándoles su profunda preocupación ante el Proyecto de Ley que prevé suspender la creación de SAS. Texto accesible en el siguiente enlace: *https://www.cac.com.ar/noticia/Preocupacion_de_la_CAC_ante_el_proyecto_que_busca_suspender_la_creacion_de_las_Sociedades_por_Acciones_Simplificadas_(SAS)_13588*.

(18) Lo mismo ocurre, como ya se señaló, con la SRL, salvo aquellas cuyo capital social alcance el importe fijado en el art. 299, inc. 2º, LGS, y con los restantes tipos sociales, salvo la SA. Por supuesto, esto no exime a la SAS de llevar contabilidad (cfr. arts. 320 y ss., Cód. Civ. y Com.) y de formular y presentar sus estados contables ante los organismos fiscales a fin de determinar y liquidar sus impuestos.

(19) Cfr. art. 256, LGS. Realmente hay que buscar mucho para encontrar algún caso en el que esta garantía haya tenido alguna utilidad. Traerla a colación como un punto destacado muestra que en la campaña de desprestigio de la SAS no se quiere ahorrar munición, por pequeña que sea.

(20) En relación con esto, cabe señalar que las principales bolsas del mundo han establecido mercados especiales para que coticen las acciones de las pequeñas y medianas empresas, tales como *Alternative Investment Market* (AIM) de la Bolsa de Londres, el *Alternext* de la de París o el Mercado Alternativo Bursátil (MAB) español. No existe ningún obstáculo conceptual para que las SAS, sociedades por acciones, puedan cotizar en bolsa, para lo cual deberán cumplir los estrictos requisitos de las *initial public offering* (IPO) para la flotación en el mercado de capitales y quedar bajo la supervisión de la CNV. Por otro lado, vale mencionar un dato que capaz al Dr. Nissen le gustará por ser poco "neoliberal": en el año 2019 (último correspondiente a un ejercicio económico normal, por la posterior pandemia), el 72,4% de lo negociado en las bolsas argentinas fueron títulos públicos, mientras que solamente el 2% fueron acciones (cfr. BOLSAS Y MERCADOS ARGENTINOS, "Memoria 2019", disponible online en *https://www.byma.com.ar/wp-content/uploads/2020/02/BYMA-MEMORIA_2019.pdf*). Claramente, la principal función de nuestro, por otro lado, ínfimo mercado de capitales es la de, junto con la inflación y el déficit público, financiar al Estado (y así nos va, cabe añadir).

(21) Con mayor vehemencia, el Dr. Nissen señala que con la SAS "se 'coló' a través de una ley especial un nuevo

De esta forma, según esta postura, se habrían instaurado dos ordenamientos societarios: uno, el de la LGS, reglamentado y protectorio (respecto al cual, contradictoriamente, después de ensalzarlo durante gran parte de su artículo, el Dr. Nissen recomienda su reforma "inmediata"), y otro, el de la SAS, con privilegios exorbitantes al alcance de cualquiera y no solo de los emprendedores, sus pretensos destinatarios.

Que un tipo social no esté incluido en la LGS no lo invalida *per se* **(22)** ni significa necesariamente que pretenda escaparse de un régimen más tuitivo **(23)**, sino —hasta cierto punto, no completamente— de uno que, por la época de su adopción **(24)**, no resulta idóneo para ofrecer soluciones a una realidad económica y empresarial completamente distinta de la vigente al momento en que se adoptó la LGS, en particular, pero no únicamente, a la denominada economía del conocimiento **(25)**.

tipo societario, que necesariamente debió haber sido incluido en la Ley General de Sociedades", y añade que tal accionar legislativo "no fue objeto de la ignorancia y ni siquiera de la casualidad, sino que fue una manera absolutamente deliberada de mantener alejadas a las sociedades por acciones simplificadas (SAS) de la Ley General de Sociedades, evitándose con ello aplicar a aquellas las normas de orden público que contiene nuestra ley 19.550 y que tienden a proteger a los terceros y a los derechos de los socios no controlantes...".

(22) Al respecto se ha señalado: "La idea misma de una parte general con principios y normas que se apliquen a todos los tipos de sociedades no es universal. Dejando de lado el mundo anglosajón, más adepto a las soluciones prácticas que a las sistematizaciones teóricas, y sin computar las sociedades civiles subsistentes en los países que mantienen separado el Código Civil del mercantil, algunos importantes ejemplos del derecho comparado dan la pauta de las relevantes diferencias en sus respectivas legislaciones. Así, por ejemplo, en Alemania, las sociedades colectivas, en comandita simple y la sociedad en participación siguen reguladas en el Código de Comercio de 1900, con remisión a las normas del Código Civil, mientras que las sociedades por acciones, por una parte, y las de responsabilidad limitada por la otra, están reguladas en leyes separadas. Algo similar ocurre en España, donde en el cuerpo del Código de Comercio, entre los contratos especiales del comercio, se legisla sobre las compañías mercantiles y, entre estas, las colectivas y las comanditarias simples; pero las sociedades de capital, o sea las de responsabilidad limitada y las anónimas, que estaban reguladas en sendas leyes separadas, ahora tienen una regulación unificada en una ley especial. Las normas generales son, en todo caso, sumamente escasas, lo mismo que en el Código de las Obligaciones suizo, que regula las sociedades simples, las colectivas, las comanditarias, la anónima y la de responsabilidad limitada, pero sin normas comunes. Algo parecido debe predicarse del Código Civil italiano de 1942, que apenas trae algunas disposiciones comunes a todos los tipos, y de la Ley de Sociedades Comerciales francesa, ahora incorporada al Código de Comercio. En cambio, el Código de las Sociedades portugués de 1986, contiene una extensa parte general con normas comunes y algunos principios aplicables a todos los tipos". MANÓVIL, Rafael M., "La SAS y las normas generales...", ob. cit.

(23) Otros tipos sociales preexistentes permanecieron regulados fuera de la LGS después de la unificación de 2015, como las sociedades de garantía recíproca (ley 24.467), las sociedades de economía mixta (ley 12.962) o las cooperativas (ley 20.337). De estas últimas se ha dicho: "Las sociedades cooperativas constituyen una categoría especial de sociedades, de capital variable, que no reparten utilidades, sino excedentes, con especiales criterios o vinculados a los servicios" (cfr. RICHARD, Efraín H. — MUIÑO, Orlando M., "Derecho societario", 2ª ed., Ed. Astrea, Buenos Aires, t. 2, p. 51). Por tanto, se trata de sociedades pero que, por responder a objetivos distintos, tienen un régimen propio, no incluido en la LGS, pero que remite supletoriamente a disposiciones de la LGS, cuando se concilien con la ley y la naturaleza de las cooperativas (art. 118, ley 20.337). Es lo mismo que ocurre en el caso de las SAS, aunque con distinta intensidad, ya que la vinculación de la SAS con la LGS es mayor que la de las sociedades cooperativas.

(24) Sin duda, parte de la complejísima realidad económica que atraviesa nuestro país se explica por la obsolescencia de sus normas y, en particular, las que afectan a la actividad mercantil y empresaria. No es solamente el caso la ley 19.550 de 1972, reformada en 1984; lo mismo ocurre no solo con las, a estas alturas increíbles, Leyes de Propiedad Intelectual y de Procedimiento Fiscal, ambas de 1933, sino también con la Ley de Seguros (1967), de Letra de Cambio y Pagaré (1963), Marcas (1980), de Contrato de Trabajo (1976), Entidades Financieras (1977), Transferencia de Establecimientos Comerciales e Industriales (1934), sin dejar afuera al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (1981) y a la Ley de Procedimiento Administrativo (1972). Incluso algunas más modernas, como la Ley de Cheque (1995) y la de Concursos y Quiebras (1995), ya tienen más de 25 años y, particularmente la segunda, requieren una reforma urgente que evite los abusos actuales e incluya los derechos concursales de nueva generación, como el de la segunda oportunidad, incluido en las legislaciones más avanzadas (por ejemplo, en la española, conf. ley 25/2015, de 28 de julio, de Mecanismo de Segunda Oportunidad, Reducción de la Carga Financiera y Otras Medidas de Orden Social). Otro tanto sucede con la Ley de Protección de Datos Personales del año 2000, anterior a la existencia del internet 2.0, que aumentó sideralmente el tráfico de datos personales a través de esa red.

(25) Promocionada por la ley 27.506, que en su art. 2º incluye una larga lista de actividades que integran esta categoría, incluyendo el *software* y los servicios informá-

Pero, además, la propia LACE prevé expresamente la aplicación de la LGS al régimen de las SAS, en forma supletoria (cfr. arts. 33, 49, 53 y 55, LACE) o directa (arts. 52 y 56). Si de escapar al régimen general de la LGS se trata, esto se consigue no tanto con las SAS, sino con el nuevo régimen que la propia LGS dispone para las llamadas sociedades de la Sección IV **(26)**. Estas sociedades, que son sujeto de derecho (art. 2º, LGS) y gozan de plena personalidad jurídica desde su constitución (art. 142, Cód. Civ. y Com.), no se inscriben, duran lo que los socios decidan (art. 25, LGS), el contrato es oponible a los terceros que lo conocieron al tiempo de la contratación (art. 22, LGS), pueden adquirir todo tipo de bienes registrables (art. 23, LGS) y la responsabilidad frente a terceros de los socios es como estos últimos dispongan y, en su defecto, mancomunada y por partes iguales (art. 24, LGS) **(27)**.

Frente a estas nuevas sociedades informales, las SAS son sociedades típicas **(28)**, regula-

ticos, la producción audiovisual, la publicidad y el diseño, la bio y la nanotecnología, entre muchas otras.

(26) Son las sociedades reguladas en la Sección IV del cap. I de la LGS, también llamadas, entre otras apelaciones, "sociedades informales", "simples", "libres" o "residuales". Conforme se ha dicho: "Estas sociedades, a las que nosotros hemos calificado como sociedades libres, simples o residuales, conforman una suerte de sociedades simplificadas, en la medida en que otorgan un amplio ámbito de libertad a los constituyentes, para diseñar a su propia medida la estructura societaria con la que desean llevar adelante la actividad empresarial, conformando la modificación más trascedente que —en materia de sociedades— ha generado la ley 26.994 desde la sanción originaria de la ley 19.550 hasta nuestros días". VÍTOLO, Daniel R., "La sociedad anónima simplificada (SAS)", ob. cit. También se ha sostenido: "En estas sociedades de la Secc. IV, por nominarlas así simplemente, esa autonomía de la voluntad y libertad para contratar se ven potenciadas en los siguientes aspectos: a) la elección de la clase de sociedad, que son varias; y b) en la propia redacción de las cláusulas que regirán su estatuto. Actualmente y conforme a la nueva regulación de estas, el juego de esa autonomía propicia un nuevo escenario para que los socios —partes— la utilicen como herramienta útil para reglar y perfeccionar la relación jurídica que constituyen creando esa sociedad. Se habilita ahora la constitución de nuevas sociedades que se ajusten 'a medida' y se adapten fácilmente a las necesidades propias de los contratantes". PRONO, Javier R. — PRONO, Josefina I., "Las sociedades no constituidas según los tipos del capítulo II; sociedades irregulares o de hecho, sociedades de la Sección IV", RDCO 307-49; LL AR/DOC/349/2021. En contra de esta nueva categoría se ha pronunciado el propio Dr. Nissen: "El nuevo régimen legal de aquellos entes incluidos dentro de la 'Sección IV del cap. I de la ley 19.550' es realmente desolador, premia al incumplidor de normas de evidente orden público, como lo es la obligación de matricularse en un Registro Público; nada aporta a la seguridad jurídica y finalmente contiene algunas normas de imposible o muy difícil cumplimiento, como el régimen de subsanación, en donde la ley otorga al juez la facultad de imponer a los socios la adopción de un tipo social determinado (...). En resumen, nada bueno aportó al derecho nacional la incorporación de las 'sociedades de la Sección IV del cap. I de la ley 19.550', sin omitir, entre las críticas que dicho régimen merece, el hecho de que resulta muy difícil imaginar cómo puede sobrevivir una sociedad que carece de domicilio, sede, objeto o capital social, que tanto daño puede ocasionar a los terceros que se han vinculado con ella". NISSEN, Ricardo A., "Curso de derecho societario", 1ª ed., Ed. La Ley, Buenos Aires, 2019, § 73.

(27) En el sistema anterior, las sociedades solo podían ser típicas, bajo sanción de nulidad; las sociedades irregulares estaban sujetas a un severo régimen, que incluso llegaba a que el contrato respectivo no pudiera ser opuesto entre los mismos socios, y se encontraban sometidas al control de legalidad formal y sustancial del Registro Público en el que se inscribieran. Conforme se ha señalado: "Esos lineamientos generales pasaron a la historia con las reformas que la ley 26.994 introdujo a la mencionada ley 19.550. Ahora las sociedades atípicas son válidas (arts. 17 y 21, LGS). Lo son también las que carezcan de requisitos esenciales no tipificantes, por lo que, p. ej., valen, aunque no tengan objeto, o capital, o carezcan de la organización mínima para determinar cómo deben actuar (art. 11, LGS). Y las sociedades con problemas formales no se encuentran ya sujetas a aquel severo régimen, sino a uno mucho más benigno que, entre otras cosas, no solo permite la oponibilidad del contrato entre socios, sino también a los terceros que lo hubieran conocido (arts. 22 y 24, LGS)". VILLANUEVA, Julia, "La sociedad por acciones simplificada y la autonomía de la voluntad versus la imperatividad en el derecho societario", LA LEY 2018-F, 890; LL AR/DOC/2430/2018.

(28) Entre sus rasgos tipificantes, puede señalarse que la SAS es una sociedad (art. 1º, LGS) cuyo capital debe dividirse en acciones, siendo sus socios responsables de su integración; puede ser unipersonal; debe tener, al menos, un órgano de gobierno y uno de administración bajo el formato que dispongan los socios, además de tener que inscribirse en el Registro Público correspondiente a su domicilio. La sociedad a la que le falte alguno de estos elementos no será una SAS y pasará a regirse por las normas de la Sección IV de la LGS ya mencionadas. Por otra parte, en relación con esta característica societaria, se ha dicho: "Esta tendencia mundial de flexibilización del derecho societario lleva a que sea más acertado hablar de 'tipología' en lugar de tipicidad. Conforme explica Embid Irujo, ambos términos se diferencian de una forma importante, dado que 'así como la palabra tipicidad sugiere de inmediato un conjunto cerrado de formas jurídicas directa-

res **(29)**, reguladas y sujetas a un control administrativo previo, al menos las constituidas con los modelos tipo validados por los Registros Públicos (art. 36, *in fine,* LACE) **(30)**. Las SAS no solo tienen un régimen normativo regulado detalladamente a lo largo de 29 artículos, con requisitos obligatorios (arts. 36 y 58, LACE) y limitaciones (arts. 39, 43, 45 y 46, LACE); están también sujetas a las normas imperativas y supletorias de la LGS en cuanto se concilien con las disposiciones específicas de la SAS **(31)** (arts. 33 y 49, LACE; también art. 150 del Cód. Civ. y Com.), a los principios generales del derecho —sobre los que tanto insiste el Dr. Nissen en su artículo—, como el de la buena fe, el abuso del derecho y de posición dominante, y el orden público (arts. 9º a 13, Cód. Civ. y Com.), así como las demás normas civiles referidas a la persona jurídica privada (arts. 141 y ss., Cód. Civ. y Com.), la contabilidad y estados contables (arts. 320 y ss., Cód. Civ. y Com.), los actos jurídicos y los contratos.

Las SAS, por tanto, no están libradas absolutamente a la autonomía de la voluntad; prevén un amplio espacio de libertad, pero dentro de un frondoso marco legal en el que, además, hay que incluir, entre otras, a las normas tributarias, laborales, sindicales, de seguridad social y de prevención de lavado, en ninguna de las cuales la SAS, en cuanto a tal, tiene un régimen especial o diferenciado.

En lo que respecta al orden público societario, debe señalarse que, salvo contadísimas ocasiones [por ejemplo, las sociedades de objeto ilícito y de actividad ilícita **(32)**], se trata de normas puestas únicamente en protección del interés de ciertas personas —principalmente, las minorías societarias y los terceros **(33)**—, es decir que únicamente pueden dar lugar a nulidades relativas, sancionables a instancias del interesado y subsanables (cfr. arts. 386 y 388, Cód. Civ. y Com.) **(34) (35)**. El Dr. Nissen hace mucho hin-

mente derivadas de una precisa opción de política jurídica por el legislador, la voz tipología se conecta a un ámbito abierto, donde además de contar con la existencia de los tipos normativamente regulados se aspira a comprender su puesta en práctica gracias, esencialmente, a la aportación derivada de la libertad contractual. De manera que, en resumen, hablar de tipología societaria es tanto como asumir el derecho de sociedades en acción"". RAMÍREZ, Alejandro H., "SAS. Sociedad por acciones simplificada", ob. cit., p. 77.

(29) Contrariamente a las sociedades de la Sección IV, las SAS sí deben cumplir "el claro mandato legal de inscribirse en un Registro Público" (*dixit* NISSEN, Ricardo A., "Curso...", ob. cit., § 73).

(30) Con respecto a la vinculación entre las sociedades de la Sección IV y la SAS, se ha dicho que este último tipo "completa la tarea de modernización iniciada por la ley 26.994, al convertir en historia pasada los lineamientos (principios dogmáticos ineludibles, diríamos) consagrados por el derecho societario de antaño: pluralidad de socios, nulidad de la 'atipicidad', irregularidad de la sociedad de hecho y de la que careciera de elementos tipificantes, control de legalidad formal y sustancial a cargo del funcionario encargado de la registración, al amparo de la reafirmación del principio de la autonomía de la voluntad contractual que tales normas incorporan al derecho nacional". DUPRAT, Diego A. J. — ODRIOZOLA, Juan M., "Algunas reflexiones sobre la SAS, la necesaria modernización del derecho societario y la maldición del 'yo-yo'", LA LEY 2020-D, 141; LL AR/DOC/2101/2020.

(31) Otro tanto ocurre con las cooperativas, como ya vimos (art. 118, ley 20.337). Véase nota 23 *supra*.

(32) Supuestos previstos en los arts. 18 y 19, LGS, y, por cierto, de plena aplicación también a la SAS.

(33) En relación con esta protección de los terceros y las minorías, se ha sostenido que "la rigidez maquinista de la anónima decimonónica solo tenía dos objetivos: organizar la titularidad multitudinaria de una empresa y garantizar a los acreedores frente a la responsabilidad limitada. Como es harto sabido, el primer objetivo solo persiste en las sociedades con oferta pública de sus acciones, y debería quedar reservado para el derecho de mercado de capitales; el segundo, por su parte, no fue jamás alcanzado por el derecho societario, lo que ha conllevado que a partir del siglo XX la protección de los acreedores cada vez preocupe menos al derecho societario, y que dicha función se externalice a sistemas jurídicos especializados en dicha tarea (derecho laboral, consumidor, fiscal, de seguros, bancario, concursal, etc.)". CUERVO, Rodrigo, "El 'efecto SAS'...", ob. cit.

(34) Cfr. MANÓVIL, Rafael M., "La SAS y las normas generales...", ob. cit.: "No debe olvidarse que las normas imperativas, restrictivas de la autonomía de la voluntad, deben responder a la protección de un interés que el legislador entienda que, por algún motivo, lo requiera. Salvo muy contados aspectos en los que puede estar en juego un interés público, como en el supuesto del objeto o la actividad ilícita de una sociedad, o un interés general, como el de los acreedores, los intereses protegidos son intereses privados. Consecuencia de ello es que, operada la protección de la norma imperativa, el objeto de esa protección es disponible por el sujeto protegido. De lo mismo deriva también que, si el bien jurídico protegido no ha sufrido daño, no cabe reclamo o impugnación alguna".

(35) Asimismo, son normas imperativas societarias las que constituyen los elementos tipificantes de cada

capié en la importancia de esta protección, llegando a justificar el control de legalidad por parte de los Registros Públicos en "la necesidad de evitar pleitos a la gente, reclamando judicialmente nulidades o inoponibilidades, todo lo cual les hace perder tiempo, salud y felicidad" (*sic*), una especie de Ministerio de la Felicidad mercantil.

De forma general, puede decirse que, históricamente, los Registros Públicos no han sido esa fuente de felicidad; bien por el contrario, han hecho perder muchísimo tiempo en burocracia estéril [hasta la aparición de la SAS, la Argentina ocupaba, en lo que respecta a la apertura de una empresa, el puesto 157 sobre 189 países en el *ranking Doing Business* del Banco Mundial **(36)**, sin que, por otra parte, ello hubiera evitado precisamente los usos fraudulentos y desviados de sociedades]. Pero, además, prácticamente la totalidad de las normas de la parte general de la LGS no generan mayores conflictos con el régimen propio de la SAS **(37)**. Las pocas excepciones tienen que ver con las características especiales de la SAS (unipersonalidad), con algún régimen alternativo expresamente establecido para la SAS (objeto social, prestaciones accesorias), con alguna norma sin mucho sentido, como el art. 30, LGS **(38)**, o con otras bastante perimidas, como las estipulaciones nulas del art. 13, LGS, que no existen en las legislaciones más modernas por estar basadas en un concepto de sociedad hoy en retirada **(39)** e, incluso, su imposición a la SAS bajo el ordenamiento actual no debe ser descartada **(40)**.

Las principales normas imperativas en lo que concierne a la protección de las minorías están establecidas en relación con la sociedad anónima **(41)**. Tal es el caso, entre otras, del

tipo social y que, nuevamente, son opcionales de los interesados, que pueden operar bajo uno de los tipos hoy disponibles o regirse por la Sección IV de la LGS, ya comentada. Al respecto puede verse ROTHENBERG, Mónica, "La plena aplicación del principio de la autonomía privada como señal de modernización del derecho de sociedades", RCCyC 2020 (febrero), 5; LL AR/DOC/4052/2019.

(36) Cfr. RAMÍREZ, Alejandro H., "SAS. Sociedad por acciones simplificada", ob. cit., p. 110.

(37) Al respecto puede verse el análisis sobre qué normas de la LGS serían de aplicación a la SAS que realiza el Dr. Manóvil en "La SAS y las normas generales...", ob. cit.

(38) Afirma Manóvil: "La Comisión Redactora del Código Civil y Comercial había propuesto la derogación lisa y llana de las inexplicables limitaciones a la capacidad de derecho establecidas para las sociedades por acciones en el texto original, pero la norma sancionada fue avara y solo agregó que pueden ser socias de sociedades de responsabilidad limitada. No hizo otra cosa así, que aumentar la incongruencia lógica de la norma, que carece de toda justificación (...). El art. 30, LGS, no se le aplica [a la SAS], porque una incapacidad de derecho como la impuesta por esa norma no admite interpretación extensiva". Cfr. MANÓVIL, Rafael M., "La SAS y las normas generales...", ob. cit.

(39) Sin embargo, este criterio dista de ser unánime ni necesariamente compartido. De hecho, el Anteproyecto de Modificación de la Ley General de Sociedades no altera el régimen de las cláusulas nulas, afirmando en su Nota de Elevación que "son el pilar en que se apoya la causa fin de la sociedad" (puede consultarse este documento en LL AR/DOC/1627/2020). En nuestra opinión, siempre que no existan vicios de la voluntad ni de los actos jurídicos, los socios pueden pactar —posiblemente deban fundar los motivos, para evitar planteos ulteriores— cláusulas que contraríen lo dispuesto en el art. 13, LGS.

(40) En contra de la aplicación imperativa a las SAS de las reglas del art. 13, LGS, se ha pronunciado RAMÍREZ, Alejandro H., "SAS. Sociedad por acciones simplificada", ob. cit., p. 157. Sin embargo, en el estado actual del derecho, confrontando un juez comercial con una SAS cuyo estatuto infrinja alguna de las restricciones del art. 13, LGS, es probable que declare la nulidad de tal cláusula. Como toda otra normativa, especialmente aquellas de reciente adopción, el régimen de la SAS incluye aspectos que deberán ir siendo precisados por vía jurisprudencial.

(41) Al respecto se ha sostenido: "El negocio societario, en sí mismo, conlleva la necesidad de garantizar a los socios dos derechos, que son los únicos que, previstos en la parte general de la ley 19.550, no podrían ser desconocidos sin alterar tal negocio en su sustancia. Nos referimos, por un lado, al derecho al dividendo (art. 68, LGS) y, por el otro, al que hace las veces de contrapartida de este, tal el derecho de información (arts. 55, 67 y 69, LGS). Esos derechos podrán ser regulados de diverso modo en la SAS —sin alterar la sustancia—, pero nunca suprimidos. En cambio, sí podrán ser suprimidos los demás derechos que, reconocidos a los socios en ocasión de regular la SRL y la SA, se presentan en la ley general bajo la forma de normas imperativas, a veces tendientes a reconocer los llamados 'derechos de las minorías'. A nuestro juicio, todos esos derechos se concilian con la Ley de SAS, razón por la cual consideramos que, a falta de previsión contractual que descarte su aplicación, deben ellos ser reconocidos al socio de ese tipo, derechos entre los que se cuentan: el de preferencia y de acrecer (art. 194, LGS), el

derecho de suscripción preferente y a acrecer (art. 194, LGS), el voto acumulativo (art. 263, LGS), la impugnación de las decisiones asamblearias (art. 251, LGS), la aprobación de la gestión de los directores y gerentes (art. 275, LGS) y el inicio de la acción social de responsabilidad (art. 276, LGS). Al respecto, debe distinguirse claramente —lamentablemente, nuestra ley no lo hace— entre las sociedades abiertas, entendidas como aquellas que recurren al ahorro público y que requieren mayor regulación **(42)**, y las cerradas —la inmensa mayoría en nuestro país—, para las cuales el propio Dr. Nissen reconoce que la minuciosa reglamentación de la SA resulta "manifiestamente sobreabundante" **(43)**. En la medida en que las SAS permanezcan cerradas —el 100% en la actualidad—, ninguna necesidad hay de complicar su régimen con institutos previstos para otros supuestos **(44)**.

Asimismo, debe destacarse que los socios minoritarios, antes de ingresar a la sociedad, han podido conocer de antemano el estatuto que regirá sus derechos dentro de aquella, y no hay ninguna razón por la que no puedan decidir aceptar una menor protección, seguramente, a cambio de otro tipo de ventajas para ellos y/o la sociedad. Nadie está en mejor posición para salvaguardar sus intereses que los propios interesados, salvo supuestos de error, de lesión o algún otro vicio al momento de su ingreso a la sociedad, perfectamente resueltos por el ordenamiento.

Pero, además, la protección de los socios minoritarios está en discusión y es muy relativa incluso con las normas vigentes: en caso de desavenencias, en las sociedades cerradas los minoritarios pueden entorpecer el normal funcionamiento de la sociedad y extender el conflicto indefinidamente —y eso es prácticamente todo lo que pueden hacer, vale añadir— **(45)**. En este sentido, la SAS contiene mejores soluciones, como la posibilidad de recurrir a árbitros (art. 57, LACE), que pueden actuar como amigables componedores (art. 1652, Cód. Civ. y Com.) y resolver los conflictos de una forma y en unos plazos que los tribunales difícilmente puedan proveer.

Con relación a los terceros, su protección mediante supuestas normas imperativas estaría principalmente vinculada al capital social y, en menor medida, al objeto social, los cuales serán objeto de tratamiento específico en otras partes de este artículo, a las que remitimos. Las restantes normas societarias protectorias de terceros, como, por ejemplo, la inoponibilidad de la personalidad jurídica, son plenamente aplicables a la SAS, no solo en virtud del art. 54, LGS, sino también del art. 144 del Cód. Civ. y Com.

---

de receso (art. 145, LGS), el de voto acumulativo (art. 263, LGS), el de impugnación de asambleas (art. 251, LGS), el derecho a la emisión con prima (arts. 202 y ccds.), etc.". VILLANUEVA, Julia, "La sociedad por acciones simplificada...", ob. cit.

(42) Como se ha dicho, "el régimen de la SA fue concebido para una empresa que tuviera la posibilidad de recurrir a la captación del ahorro público, cuyas partes exigieran un elevado grado de liquidez, lo que podría implicar el poco o nulo conocimiento entre sí. Todo ello llevó a que el legislador impusiera normas imperativas, limitando la autonomía de la voluntad de los socios". RAMÍREZ, Alejandro H., "SAS. Sociedad por acciones simplificada", ob. cit., p. 103.

(43) GONZÁLEZ CIERN, Marcela A. — NISSEN, Ricardo A., "La diferenciación entre las sociedades anónimas abiertas y cerradas", ponencia presentada en el X Congreso Argentino de Derecho Societario, La Falda, Córdoba, 2007.

(44) Contrariamente a lo que hace la res. gral. IGJ 9/2020, la cual, en un evidente exceso de las facultades de ese organismo, exige que el acto de constitución de la SAS contenga, entre otras, previsiones sobre voto acumulativo o sobre suscripción preferente (cfr. art. 6º, res. gral. citada), trasladando prácticamente en forma íntegra el régimen de la SA a las SAS.

(45) En caso de conflictos societarios enquistados, la única solución suele ser, tras un largo desgaste, la salida de alguno de los accionistas disconformes; hasta que ello ocurre, la sociedad destina gran parte de sus energías a estas disputas internas, en vez de usarlas en hacer crecer el negocio. Es por ello que en el derecho societario moderno se buscan soluciones para forzar la salida de los minoritarios enfrentados con la gestión de la sociedad mediante procedimientos como el denominado *squeeze out*, para el cual, entre otros mecanismos, se puede utilizar el procedimiento de amortización de acciones para recomprar, mediante retribución justa, la participación del minoritario en conflicto. En la Argentina, este mecanismo exigiría la reforma del art. 223, inc. 1º, LGS. Al respecto, puede verse PAZ-ARES, Cándido, "Aproximación al estudio de los *squeeze-outs* en el derecho español", *Actualidad Jurídica Uría & Menéndez*, nro. 3, 2002, *https://www.uria.com/documentos/publicaciones/965/documento/art03.pdf?id=2003*.

En definitiva, la SAS no prescinde de la protección de los minoritarios, pero permite regularla por los propios interesados, según cuáles sean los objetivos buscados por la sociedad. En el otro extremo, trasladar a este tipo social el régimen de la SA es absurdo; para eso ya está la SA —no hace falta otra sociedad por acciones igual a la SA—, con una regulación prevista para sociedades abiertas, totalmente incompatible con las finalidades y los objetivos de la SAS.

II.2. Las SAS no están sujetas al control de legalidad de los Registros Públicos

Esta es, a nuestro juicio, posiblemente, la principal objeción que puede hacerse al régimen actual de la SAS. Sin embargo, esta situación no es, al menos de forma principal, achacable a la SAS. Como es sabido, la ley 26.994 modificó el art. 6º de la LGS, eliminando el control del cumplimiento de los requisitos formales, legales y fiscales previo a la inscripción registral de las sociedades **(46)**. Hoy en día, esta verificación permanece vigente únicamente en relación con la sociedad anónima (cfr. art. 167, LGS) **(47)**.

Algunos autores **(48)** sostienen que, dado que la organización y el funcionamiento del Registro Público son competencia de las provincias, el control de legalidad persiste en aquellas jurisdicciones que eligen mantenerlo. No es desde luego la intención legislativa ni la interpretación natural que propicia la norma de fondo, que suprimió expresamente un control que antes estaba previsto y ahora no **(49)(50)**.

Pero, además, como ya se adelantó, la nueva versión de la LGS habilitó la existencia perdurable (no precaria, como era antes) de sociedades no inscritas en ningún Registro Público y, por ende, no sujetas a control de legalidad alguno. Incluso si fracasan en su inscripción registral, esas sociedades ya existen (cfr. art. 142, Cód. Civ. y Com.) y pueden continuar sus actividades conforme a los términos de su contrato social, oponible a los socios y a los terceros que lo hayan conocido **(51)**. Puede alegarse —con cierta

(46) Asimismo, la derogación del Código de Comercio suprimió la responsabilidad del secretario del Registro Público de Comercio de cada jurisdicción por la exactitud y legalidad de sus asientos (cfr. art. 34, Cód. Com.).

(47) Y no, vale añadir, como se ha querido decir en un giro bastante mañero, con respecto a las "sociedades por acciones", queriendo tomar la parte por el todo y aplicar el control previsto para las SA a todas las restantes sociedades por acciones. Del mismo modo, no es de recibo en el derecho positivo actual el argumento de que es "impensable que el control de legalidad deba ejercerse tratándose solo de una sociedad anónima y no llevarse a cabo cuando se trata de otros tipos sociales" (cfr. NISSEN, Ricardo A., "Curso...", ob. cit., § 49).

(48) BURGHINI, Leopoldo O. — MARANO, María E., "La recuperación del control sustancial de legalidad registral en las sociedades por acciones simplificadas: Un mecanismo de prevención para combatir la criminalidad económica", LA LEY del 02/07/2020; LL AR/DOC/2255/2020, citando entre los defensores de esta postura a PERCIAVALLE, Marcelo L., "Análisis exegético de la reforma en la Ley de Sociedades (ley 26.994)", DSCE 03/2015; FAVIER DUBOIS, Eduardo M. (h.), "Panorama del derecho comercial en el nuevo Código Civil y Comercial vigente a partir del 01/08/2015", DSCE, febrero-agosto-septiembre de 2015; FARINA, Sebastián, "Situación del Registro Público de Comercio a partir del 01/08/2015. Cuestiones a tener en cuenta", DSCE 09/2015.

(49) El art. 25, LGS, da otra pista sobre cuál es el alcance del control a cargo de los Registros Públicos en la versión actual de la ley de fondo en materia societaria. Dicha norma, referida a la regularización de las sociedades de la Sección IV, es decir, a la forma en que estas sociedades pueden acceder a la inscripción registral, dispone que, para ello, dichas sociedades deben subsanar "la omisión de requisitos esenciales, tipificantes o no tipificantes, la existencia de elementos incompatibles con el tipo elegido o la omisión de cumplimiento de requisitos formales". Por lo que se ve, el control de legalidad, tal y como lo ha previsto el legislador a partir de la ley 26.994, es puramente formal en todos los casos, salvo el específico de la SA.

(50) Menos sustentable resulta el argumento de que, en los dominios de la IGJ, el control de legalidad está sostenido por el art. 7.a) de la ley 22.315, muy anterior a la ley 27.349 y, en particular, a la ley 27.444, que modifica el art. 38 de la LACE para aclarar expresamente que, en el caso de las SAS, el control del Registro Público se limitará a los requisitos formales.

(51) Este es el error en el que incurre el, por otra parte, elogiable artículo de los Dres. Burghini y Marano ya citado. En él se sostiene: "Por el otro lado, tenemos el Registro con control de legalidad sustancial (modelo proyectado en la reforma). Este modelo se funda, por una parte, en la necesidad de que los actos de las sociedades que el Estado inscriba y publicite (constitución, autoridades, reformas, etc.) se adecúen a la ley. *De ahí*

razón— que no tendrán disponible la anhelada limitación de responsabilidad, pero esa cualidad puede pactarse, al menos con relación a alguno de los socios, en el marco de las actuales sociedades de la Sección IV, LGS **(52)**, así como mediante las antes denominadas sociedades en participación, hoy —correctamente— incluidas dentro de los contratos asociativos de los arts. 1442 y ss. del Cód. Civ. y Com.

Vale señalar que, contrariamente a lo que ocurre en el caso de las aludidas sociedades irregulares, la SAS sí tiene un control de legalidad, al menos en aquellos casos —la amplia mayoría— en que se utilizan los modelos tipo de instrumento constitutivo que propicia la LACE (art. 36) **(53)**. Estos modelos, que deben ser aprobados por los Registros Públicos, constituyen un control *ex ante* que permite agilizar y simplificar el trámite de inscripción, uno de los objetivos realmente cumplidos por la SAS **(54)**.

También cabe preguntarse cuáles son las finalidades perseguidas con el control sustancial de legalidad y, por cierto, cuáles han sido sus resultados a lo largo de los 160 años en que se viene realizando, conforme informa el Dr. Nissen en el artículo aquí comentado. En cuanto a estos últimos, puede decirse sin temor a error que, cada vez que se ha querido utilizar una estructura societaria con fines ilícitos en nuestro país, se ha conseguido —hay un largo historial al respecto— sin que el control de legalidad haya conseguido evitar sino casos muy residuales.

La Argentina históricamente viene equivocando —y no es ingenuo— el foco del control; en vez de mejorar la eficacia y potenciar la independencia de los verdaderos organismos de control de la actividad económica, como la CNDC, el Banco Central, la UIF, la AFIP, hoy todos utilizados en mayor o menor medida con fines políticos (e, incluso, espurios en algunos casos), se ocupa —bajo la excusa nunca com-

que el Estado puede otorgar la personería jurídica luego de controlar que el instrumento constitutivo que se le presenta reúne los requisitos legales y no se está abusando del recurso técnico instrumental para fines no queridos por la ley". Y se insiste posteriormente: "Por este motivo, el control de legalidad sustancial, *previo al otorgamiento del instrumento de la personalidad jurídica*, deviene necesario como mecanismo para evitar los daños que genera la criminalidad económica". Y nuevamente: "Conforme puede observarse, *el organismo de control contaba con todos los elementos necesarios para —por lo menos— pedir explicaciones antes de otorgar la personería* a estas personas con asiento en otra jurisdicción que constituían SAS a troche y moche. Si de las explicaciones no surgía que el recurso técnico de la personalidad jurídica tuviera el destino o la función que la ley le asigna, el Estado podría haber denegado la personería" (destacado añadido en todos los casos). Evidentemente, no es el Estado sino la ley la que concede la personalidad jurídica a las sociedades (art. 142, Cód. Civ. y Com.), y el efecto de la no inscripción registral no es la pérdida de la personalidad jurídica, sino, en la normativa actual, pasar a integrar las sociedades de la Sección IV, LGS, las cuales cuentan, como ya se dijo, con plena personalidad jurídica.

(52) Algunos autores de fuste han señalado que, bajo el nuevo régimen de la Sección IV, puede limitarse la responsabilidad de los socios respecto de las obligaciones sociales con efectos frente a terceros, siempre y cuando el tercero conozca la limitación contractual o estatutaria conforme al principio del conocimiento efectivo. Cfr. VÍTOLO, Daniel R., "La sociedad anónima simplificada (SAS)", ob. cit. Como se ha sostenido: "Las limitaciones a la autonomía de la voluntad en las sociedades regulares pierden sentido cuando aparecen otras figuras dotadas con igual o mayor libertad en el ordenamiento jurídico. Figuras que también son oponibles a terceros y otorgan limitación de responsabilidad (p. ej., fideicomisos, sociedades residuales de la Secc. IV, contratos asociativos". RAMÍREZ, Alejandro H., "SAS. Sociedad por acciones simplificada", ob. cit., p. 84.

(53) Conforme se ha señalado, "en el caso de la SAS modelo existe un control por parte de la IGJ, pero este se dio previamente, al autorizar y reglamentar el instrumento constitutivo modelo dispuesto por la ley —art. 36, *in fine*, LACE—, dado que sus cláusulas fueron previamente confeccionadas y controladas por el propio Registro Público". RAMÍREZ, Alejandro H., "SAS. Sociedad por acciones simplificada", ob. cit., p. 164.

(54) La utilización de formularios tipo está expresamente prevista en la "Guía legislativa de la CNUDMI sobre los principios fundamentales de un registro", que le dedica todo un apartado y recomienda para promover la transparencia y la fiabilidad en el funcionamiento del registro de empresas que "la ley debería disponer que se utilicen formularios tipo sencillos para facilitar la inscripción de empresas en el registro y que el registrador se asegure de que se ofrezca orientación a los solicitantes de inscripciones sobre el modo de rellenar esos formularios" (cfr. Recomendación 8). Al respecto, sostener, como se ha hecho con bastante mala fe, que es contradictorio defender la extensión de la autonomía de la voluntad en el campo de las sociedades y propiciar la constitución de sociedades mediante formularios, es no entender que la adhesión a cláusulas predispuestas (arts. 984 y ss., Cód. Civ. y Com.) también forma parte de la autonomía de la voluntad y de la libertad de contratación (art. 958 del mismo Código).

probada de una ola de ilícitos con la participación de SAS, situaciones que, además de ocurrir, son perfectamente solucionables dentro del ordenamiento jurídico actual— de prejuzgar y perseguir en bloque a un tipo social previsto en una ley del Congreso en vigor.

En cuanto a los fines del control sustancial **(55)**, algunos, como la pluralidad de socios, han desaparecido, al menos en relación con la SAS que permite la unipersonalidad **(56)**; otros, como el de constituir sociedades al solo efecto de vender su estructura, eran prácticas que ocurrían porque la inscripción de una sociedad tardaba meses, algo que la SAS precisamente ha ayudado a mejorar sustancialmente **(57)**. En cuanto a la vigilancia para evitar el ingreso de sociedades *off shore,* no solo existen normas específicas (arts. 118, 123 y 124, LGS), sino organismos con la función concreta de vigilar los movimientos de capitales dudosos o injustificados (UIF, AFIP), sin que nada añada al respecto el control sustancial de legalidad. Finalmente, el extravagante recaudo de comprobar la adecuación entre el capital y el objeto social será objeto de comentario en otra parte de esta nota.

Por último, señalamos que el carácter digital de las SAS habilita un mayor y mejor control de sus actividades. Ello acontece, por ejemplo, con los libros digitales, incorporados por la SAS, los cuales, una vez que han sido rubricados mediante el código *hash* y subido este último a la plataforma digital del Registro Público, dotan al documento de fecha cierta y su contenido es inmodificable.

II.3. Las SAS están infracapitalizadas

Enseña el catedrático español García Cruces que el capital social desempeña potencialmente tres funciones: una función interna, que sirve de referencia para determinar la posición del socio en la sociedad; una función externa, que actúa como una suerte de garantía a favor de terceros, al operar como límite a la libre formación y disposición del patrimonio social; y una eventual tercera función de explotación, es decir, como constituyente de los recursos de los que se va a valer la sociedad para el desarrollo de su actividad **(58)**. El problema de la infracapitalización está relacionado con este último punto. Decimos esto para clarificar un debate en el que muchas veces se confunde la infracapitalización

(55) El propio Dr. Nissen, en otra de sus obras, nos ilustra sobre alguno de los supuestos logros del control de legalidad: "... ha permitido rechazar la inscripción de sociedades constituidas al solo efecto de vender su estructura, así como impedir la toma de razón de sociedades en las cuales la pluralidad de socios exigida por el art. 1º de la ley 19.550 era meramente formal y no sustancial; cuando no existía la menor relación entre el capital social y el objeto, desalentando la constitución de sociedades infracapitalizadas, o permitiendo una adecuada ubicación de la sociedad constituida en el extranjero dentro de los parámetros de los arts. 118, 123 y 124 de la ley 19.550. Precisamente, el arsenal de resoluciones dictadas por la Inspección General de Justicia para evitar la intromisión de las sociedades *off shore* en el tráfico mercantil de la República Argentina solo pudieron ser dictadas merced a la existencia del referido control de legalidad" NISSEN, Ricardo A., "Curso...", ob. cit., § 49.

(56) La tradicional exigencia de la pluralidad sustancial de socios (aún vigente para aquellos tipos que no han receptado la unipersonalidad) es una muestra de cómo se puede perder tiempo en disquisiciones burocráticas de ningún interés práctico, como ocurrió en el conocido caso "Fracchia", con dictamen del propio Dr. Nissen en su anterior paso por la IGJ (res. IGJ 1270/2004, de 12/10/2004, posteriormente confirmada por la CNCom., sala E, 03/05/2005, "Fracchia Raymond SRL"). En este fallo puede leerse una afirmación ciertamente retrógrada y casi insostenible a la fecha, como la de que "la pretensión de la recurrente no hace más que evidenciar la generalización de un fenómeno patológico de uso abusivo y desviado de un recurso legal —la constitución de sociedades— con el exclusivo y deliberado propósito de limitar la responsabilidad del comerciante individual" (cfr. "Fracchia", consid. 14). A tenor de lo dispuesto en este fallo, que el comerciante individual intente limitar su responsabilidad y no responder con todo su patrimonio por las deudas de su negocio es un fenómeno patológico y abusivo. Una muestra (el fallo no es tan antiguo) de cuán atrás estamos en la compresión de cómo funciona el mundo genuino de la empresa y de los negocios, que un comerciante no debe pagar con sangre su osadía de llevar adelante una actividad comercial, sino al revés, y que explica en gran medida el estado de la economía argentina actual.

(57) Este es el famoso "efecto SAS" al que aludía Ragazzi. Tras la aprobación de la SAS, todos los Registros Públicos aceleraron significativamente los trámites de constitución no solo de la SAS sino de los restantes tipos sociales y, en particular, de la SRL (v.gr., la res. gral. IGJ 5/2017, que establece la posibilidad de constituir una SRL mediante un trámite urgente en 24 horas).

(58) GARCÍA CRUCES, José A., "Derecho de sociedades mercantiles", 2ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, ps. 88 y ss.

con la función de garantía hacia terceros que supuestamente ofrecería el capital social.

En efecto, la función de garantía que ejerce el capital social **(59)** está hoy muy debatida **(60)**, máxime en un país con un contexto de inflación como el nuestro, en el que el valor del capital social queda rápidamente diluido **(61)**. Si una sociedad dice que no tiene capital o que lo tiene muy bajo, los terceros tomarán los recaudos necesarios antes de contratar con ella (exigir la exhibición del balance y estados contables, pedir garantías, etc.). Esto ocurre tanto con las sociedades de la Sección IV —las cuales no tienen ninguna exigencia de capital y su contrato social es oponible a los terceros que lo hayan conocido al momento de la contratación— como, eventualmente **(62)**, con la SAS, con la diferencia de que el capital social de esta última tiene publicidad registral, es decir, es fácilmente comprobable.

Otro problema argentino, además, de la inflación, es la informalidad: facilitar el ingreso a la economía formal de numerosos emprendimientos que hoy deambulan al amparo del monotributo (otra anomalía nacional) o directamente en negro debe ser un objetivo central de los Registros Públicos, ofreciendo instrumentos y procedimientos simples y a un costo accesible **(63)**. La propia UNCITRAL ha indicado que la reducción o, incluso, la abolición de las exigencias de capital es una buena manera de lograr estos objetivos **(64)**, medida que ha sido aplicada por numerosos países cuya economía, vale apuntar, funciona sensiblemente mejor a la nuestra **(65)**.

En lo que respecta a la infracapitalización material inicial, que es de lo que aquí se trata-

(59) La garantía real es ofrecida por el patrimonio y no por el capital social; es el primero el que conforma uno de los atributos de la persona jurídica (art. 154, Cód. Civ. y Com.), constituye la garantía común de sus acreedores (art. 242, Cód. Civ. y Com.) y, más importante aún, refleja la verdadera situación económica de la empresa y su aptitud para responder por su pasivo. Los tribunales están repletos de quiebras de sociedades con un importante capital social que no pueden atender su pasivo y, por el contrario, hay gran cantidad de ejemplos de sociedades millonarias con un capital modesto (Mercado Libre SRL, valorada en US$ 35 mil millones, tiene un capital social de poco más de 11 millones de pesos).

(60) El propio García Cruces ya citado señala que "desde hace tiempo se viene dudando de la aptitud de la técnica del capital social para atender una tutela, siquiera mínima, de los terceros que con la sociedad se relacionaran".

(61) Se ha dicho con razón: "Por otra parte, se hace hincapié (y también en los trabajos doctrinarios que lo sustentan) en la 'función de garantía' del capital social, función que es la más depreciada para el derecho actual, y más en nuestro país, acostumbrado a un ritmo inflacionario cercano al 50%. ¿Qué sentido tendrá analizar si la cifra 'capital inicial' es o no (o 'era', mejor dicho) suficiente para el inicio de las actividades sociales, cuando la inscripción no es constituyente y la IGJ solo conocerá del trámite luego de que la 'empresa' iniciara sus actividades? O ¿consideraremos que es 'capital suficiente' el que surja de la cuenta 'ajuste de capital' en función de la inflación habida?". DUPRAT, Diego A. J. — ODRIOZOLA, Juan M., "Algunas reflexiones sobre la SAS...", ob. cit.

(62) Decimos "eventualmente", porque las SAS no están obligadas a operar con el capital mínimo previsto en la LACE. Su capital dependerá de su plan de negocios, si prevé financiarse con fondos propios o de terceros, si busca simplemente arrancar y posteriormente ir construyendo el capital en la medida en que el negocio tenga ingresos, etcétera.

(63) En la "Guía legislativa de la CNUDMI sobre los principios fundamentales de un registro de empresas" (2019) se establece que el objetivo de un registro de empresas es facilitar el funcionamiento de empresas en el sector formal de la economía, en particular, las de menor tamaño. La Recomendación 57 de este documento afirma: "La ley debería permitir que las empresas adoptaran formas jurídicas flexibles y simplificadas a fin de facilitar y alentar la inscripción registral de empresas de todos los tamaños".

(64) Señala la UNCITRAL: "Las reformas legislativas por las que se deroga el requisito del capital mínimo integrado exigido a las empresas o se reduce su cuantía también tienden a facilitar la inscripción registral de las mipyme, ya que las microempresas y las pequeñas empresas pueden carecer de fondos suficientes para cumplir el requisito del capital mínimo, o pueden no desear o no estar en condiciones de comprometer el capital de que disponen para constituir su empresa". Cfr. "Guía legislativa de la CNUDMI sobre los principios fundamentales de un registro de empresas" (2019).

(65) Sin carácter limitativo, esto ha ocurrido con la SARL y la SAS francesas, la BV holandesa, la UG alemana o con la SL de formación sucesiva. El Reino Unido y los EE.UU. tampoco exigen un capital mínimo para la constitución de una sociedad (RAMÍREZ, Alejandro H., "SAS. Sociedad por acciones simplificada", ob. cit., p. 181).

ría **(66)**, es decir, si el capital social suscrito a la constitución resulta suficiente para desarrollar las actividades descritas en el objeto social, salvo lo dispuesto nominalmente para el caso de la SA (art. 186) **(67)** y lo establecido sectorialmente para determinadas actividades (bancaria, seguros), ninguna regla hay prevista en la LGS. Sin embargo, los Registros Públicos, excediendo claramente sus funciones, han ido estableciendo criterios, en muchos casos oscurantistas, de adecuación entre el capital y el objeto social. En primer lugar, cabe dudar de la cualificación de un funcionario registral para determinar cuál es el capital aceptable para llevar adelante un negocio y hacerlo para cada rubro de actividad **(68)**. Pero, en segundo término, debe destacarse la futilidad de este control, dado que es sabido que una sociedad puede financiar sus actividades no solo con fondos propios, sino también mediante préstamos, fondos públicos, contratos de servicios con terceros, etc. Por último, cabe señalar que este examen de la adecuación del capital y el objeto social por parte de funcionarios no calificados para ello es una de las causas de las históricas demoras de los Registros Públicos en inscribir sociedades. Un verdadero despropósito que está empezando a quedar atrás con el llamado "efecto SAS" **(69)**.

II.4. Las SAS no tienen un objeto social preciso y determinado

La SAS permite un objeto amplio y plural, sin que las actividades que lo constituyen deban guardar conexidad o relación entre ellas (art. 36.4, LACE). Esta norma se aparta significativamente de lo dispuesto en la LGS en relación con el objeto social del resto de las sociedades, que debe ser "preciso y determinado" (cfr. art. 11, inc. 3º, LGS) y, por cierto, está en las antípodas del tan criticado —por inconstitucional, entre otras tachas— "objeto único" exigido en su momento por la IGJ, conforme a la res. gral. IGJ 7/2005 (dictada en la gestión anterior del Dr. Nissen) y por otros registros provinciales **(70)**.

En nuestro derecho tiene vigencia el principio de la capacidad plena de las sociedades, que pueden realizar cualquier acto de manera genérica. Si el administrador obrase fuera de los límites del objeto social, esa circunstancia no podrá afectar a terceros de buena fe, aunque internamente los socios puedan reclamar al administrador por tal comportamiento **(71)**. El derecho argentino nunca adhirió a la doctrina del

(66) Conforme se ha señalado: "La infracapitalización asume dos tipos: material o sustancial y la formal o nominal. La primera de ellas refiere a la insuficiencia de recursos para dar curso al objeto socialmente determinado en el contrato constitutivo. El segundo tipo es la manipulación de los privilegios establecidos en la Ley de Concursos y Quiebras y eventualmente en el sistema de participaciones en las ganancias, mediante el establecimiento de ratios inadecuados entre el capital y deuda, que se configuran mediante préstamos de los socios o controlantes a la sociedad. Otra clasificación es la de inicial y sobreviniente; siendo la primera de ellas la que acontece en el momento inicial de la sociedad en el *iter* constitutivo de la sociedad y la segunda, la que aparece tardíamente; es decir, una vez que la sociedad ya está en funcionamiento, pero debemos remarcar que en el inicio de la vida del ente societario la relación capital social y objeto social era óptima". CESERANI, Luis, "El deber de prevención del socio en la infracapitalización societaria", LA LEY 2020-F, 526; LL AR/DOC/3542/2020. En el mismo sentido, ver también BÓO, Miguel F. — SPIGHI, Francina, "Infracapitalización societaria y quiebra de la empresa", LA LEY del 30/06/2021; LL AR/DOC/1873/2021.

(67) Esta norma parecería tener, más que nada, una función orientadora de la elección de los tipos sociales, intentando reservar —sin demasiado éxito— este tipo social a los proyectos de mayor dimensión empresarial, como indica García Cruces que ocurre en España ("Derecho de sociedades mercantiles", ob. cit., p. 94).

(68) En Salta, por ejemplo, se puede constituir una sociedad minera con alrededor de $ 3.000.000, capital que no representa ni el 1% de la inversión que requiere un negocio de este tipo. Por el contrario, para una SRL destinada a gestionar un kiosco se exigirá, posiblemente, no menos de $ 1.000.000, lo cual es posiblemente excesivo. Todos estos criterios son fijados por funcionarios registrales que no saben de minas ni de kioscos.

(69) Ver nota 57.

(70) El art. 66 de la res. gral. IGJ 7/2005 establecía: "El objeto social debe ser único y su mención efectuarse en forma precisa y determinada mediante la descripción concreta y específica de las actividades que contribuirán a su efectiva consecución. Es admisible la inclusión de otras actividades, también descriptas en forma precisa y determinada, únicamente si las mismas son conexas, accesorias y/o complementarias de las actividades que conduzcan al desarrollo del objeto social. El conjunto de las actividades descriptas debe guardar razonable relación con el capital social".

(71) RICHARD, Efraín H. — MUIÑO, Orlando M., "Derecho societario", ob. cit., p. 48.

ultra vires **(72)**, de forma tal que la capacidad de la persona jurídica no está delimitada por su objeto y los actos del administrador notoriamente extraños al objeto social, en principio, obligan a la sociedad **(73)** y, además, pueden ser ratificados por esta última sin reformar el estatuto, lo cual no ocurriría si el objeto social determinara el límite de la capacidad de la sociedad **(74)**.

Por lo tanto, el valor de garantía que ofrece el objeto social actúa principalmente en beneficio de los socios "y tiende a limitar la actuación de los administradores imponiéndoles el fin y destino de los aportes que hayan realizado, evitando que el patrimonio social sea arriesgado en actividades que no sean consentidas (art. 58, LGS)" **(75)**. Y como tal protección interna, los socios pueden ampliarla o restringirla en los estatutos, incluso prescindir totalmente de ella con un objeto que otorgue facultades amplísimas a los administradores, como sucede con un poder. Evidentemente, la SAS no obliga al objeto amplio; los socios pueden restringirlo tanto cuanto estimen conveniente **(76)**.

El objeto múltiple es una de las características disruptivas de la SAS, con la que se puede estar o no "conceptualmente" de acuerdo —ya que práctica de la que sacar conclusiones todavía no hay—. Lo que, sin duda, no se puede hacer es modificar una ley mediante una resolución administrativa como la res. IGJ 5/2020, que exige un objeto social preciso y determinado para la SAS **(77)**. Además de inconstitucional, este tipo de disposiciones generan un nivel de incertidumbre y de falta de previsibilidad que garantiza que no habrá inversores, emprendedores, ni nada para reactivar la muy maltrecha economía argentina y para pagar las cuentas del Estado y su muy costosa casta política.

II.5. La SAS no es solo para emprendedores

De entrada, valga una aclaración: la SAS sí es una sociedad para emprendedores (aunque no exclusivamente); incluye muchos de los pedidos y reclamos de ese sector, desde cuestiones básicas pero trascendentales, como la simplificación y desburocratización de trámites, la rapidez en la constitución societaria o un capital mínimo preestablecido y bajo, hasta otras más sofisticadas, como que se trate de una sociedad por acciones —permitiendo establecer clases

(72) Esta teoría tiene su origen en el derecho inglés, en una sentencia de 1873 de la Cámara de los Lores en la causa "Ashbury Railway Carriage and Iron Co. Ltd. v. Rihe", en la que se decidió que la capacidad de la sociedad estaba circunscripta por el objeto social establecido en su estatuto, y que las estipulaciones realizadas fuera de esos límites debían considerarse *ultra vires* y, por tanto, eran nulas y no ratificables, salvo cambio del estatuto. Sin embargo, a partir del caso "Rolled Steel Products" del año 1985, el propio derecho inglés ha ido abandonando esta doctrina, salvo en casos muy aislados de complicidad del administrador y un tercero en perjuicio de la sociedad. La *Company Act* de 2006 expresamente dispone que la validez de un acto de la sociedad no podrá cuestionarse alegando su falta de capacidad fundada en alguna norma estatutaria (cfr. Sección 39).

(73) Sostener lo contrario, es decir, que la sociedad no queda vinculada por actos notoriamente ajenos a su objeto social, no aumentaría sino, por el contrario, disminuiría la protección de terceros, además de, evidentemente, la seguridad jurídica que debe guardar el tráfico comercial: "Entender el asunto de forma opuesta implica un gran riesgo para la seguridad jurídica mercantil, con la consecuencia de que los terceros queden con mayor desprotección al contratar con una sociedad y carecer de certeza sobre si el acto celebrado finalmente podrá ser imputado a la sociedad, de lo contrario se generarían costos jurídicos de análisis pormenorizados de un contrato social y sus eventuales modificaciones". RAMÍREZ, Alejandro H., "SAS. Sociedad por acciones simplificada", ob. cit., p. 141.

(74) Dicho de otra forma: "Las sociedades tienen una capacidad genérica reconocida por la ley, la cual no posee su límite en el objeto social, de lo contrario cualquier acto realizado por fuera de él sería considerado realizado por un sujeto incapaz de derecho". RAMÍREZ, Alejandro H., "SAS. Sociedad por acciones simplificada", ob. cit., p. 140.

(75) RAMÍREZ, Alejandro H., "SAS. Sociedad por acciones simplificada", ob. cit., p. 139.

(76) "Sin perjuicio de la libertad que otorga la ley, los socios tienen la posibilidad de elegir un objeto social limitado e incluso único, en caso de que consideren apropiado acotar la actuación a los administradores. Es decir, se reconoce la función de garantía interna del objeto, pero se transforma en una garantía facultativa y disponible que los socios pueden adoptar o no, según sea su voluntad asociativa". RAMÍREZ, Alejandro H., "SAS. Sociedad por acciones simplificada", ob. cit., p. 146.

(77) El art. 2º de la res. gral. IGJ 5/2020 establece para la SAS la exigencia de que el objeto social sea expuesto en forma precisa y determinada, y la admisibilidad de otras actividades solo si son conexas, accesorias y/o complementarias de las actividades que conduzcan al desarrollo del objeto social.

que, por ejemplo, impidan la inmisión de los inversores en la gestión social—, el pacto de *lockout* de hasta 10 años, reglas claras con relación a los aportes irrevocables y la organización y funcionamiento flexible de los órganos sociales, incluyendo las —entonces novedosas— reuniones por medios electrónicos **(78)**.

El nuevo Proyecto de Ley, siguiendo el criterio del Dr. Nissen, prevé un registro de emprendedores en el cual deberán darse de alta previamente los que pretendan constituir una SAS. De más está decir que, además del aumento de la burocracia, los costos **(79)** y las consiguientes demoras en la constitución de la sociedad, esta medida impone la necesidad de definir quiénes son emprendedores y, sobre todo, quiénes no **(80)**, lo cual, según todo indica, se llevará a cabo por vía administrativa y será fuente de todo tipo de debates y de litigiosidad, nada que ver con la felicidad de origen registral pregonada —sin descartar su utilización política, como ocurre con otros organismos de control—.

Pero, sin perjuicio de lo anterior, debe destacarse la absoluta inutilidad de un registro de este tipo. En su "Libro negro del emprendedor" **(81)**, el catalán Trías de Bes alerta sobre los *emprendedores de carné* —"emprendedores NIF", en terminología española; "emprendedores CUIT", sería la traducción—, es decir, aquellos que se creen emprendedores por el simple hecho de haber completado las formalidades administrativas vinculadas al negocio **(82)**. Emprender es una actividad que se ejerce en la práctica, asumiendo riesgos, esfuerzos y privaciones en pos de una idea de negocio —o incluso social, como en el caso de las empresas B, los emprendimientos de triple impacto, etc.—. No se es emprendedor porque un registro lo certifique. Eso es abrumar al verdadero emprendedor con nuevos trámites (ya suficientes hay), distraerlo de las actividades donde es valioso e, incluso, desalentarlo o lanzarlo a la informalidad, particularmente cuando —como suele ocurrir en nuestro país— esos trámites son engorrosos y lentos.

Afirma el Dr. Nissen que la SAS no ha generado emprendedores o, para mayor exactitud, con su habitual mesura, que "los únicos 'emprendedores' que afloraron durante el gobierno 2015-2019, fueron las personas que trasladan mercadería a domicilio en motocicleta y cuyo estatus laboral ha dado lugar a todo tipo de abusos". Desde luego, no hay el menor rigor estadístico en esta afirmación, más allá de la catarsis ideológica. Pero, asumiendo por un momento que sea cierta, evidentemente no es la sanción de una ley la que, mágica e inmediatamente, genera una cultura y un ecosistema emprendedor. Por el contrario, ese objetivo se logra con reglas claras, simples y —fundamentalmente— mantenidas en el tiempo. Es claro que, en menos de tres años de vigencia plena, la SAS no puede crear un tejido emprendedor robusto, pero es aún más evidente que, si en ese cortísimo lapso se adultera completamente su régimen simplemente porque cambió el

(78) Tan es así que, como ya se ha señalado (ver *supra*, nota 17), las cámaras y asociaciones de emprendedores, así como varios de los emprendedores más importantes del país se han pronunciado abierta y casi unánimemente en contra de la modificación del régimen de SAS. Tal es el caso, por ejemplo, de Martín Migoya, fundador y CEO de Globant, uno de los "unicornios" argentinos, quien, tras conocer el dictamen de Diputados favorable a la reforma de la SAS, publicó en Twitter: "Qué pena me da que se esté proyectando en Diputados hacerle la vida más complicada a los que quieren comenzar su nueva empresa. Argentina necesita más empresas que creen más trabajo, no más leyes que las impidan", *https://twitter.com/migoya/status/1403259133147725825*.

(79) Los costos de los particulares. Ni hablar de los costos para un Estado quebrado, al borde un décimo *default* en 20 años y que, sin embargo, sigue generando burocracia y gastos, aun innecesarios como este.

(80) A la fecha, la única definición legal de emprendedor está incluida precisamente en la LACE. Su art. 2º define a los "emprendedores" como aquellas personas humanas que den inicio a nuevos proyectos productivos en la República Argentina, o desarrollen y lleven a cabo un emprendimiento. Nada de esto sirve, evidentemente, para determinar quién puede acceder a un eventual registro de emprendedores.

(81) TRÍAS DE BES, Fernando, "El libro negro del emprendedor", 2ª ed., Ed. Empresa Activa, Madrid, 2008.

(82) Señala este autor: "En el nivel más básico de *falsos emprendedores*, se encuentran las personas que denomino 'emprendedores NIF'. Para estas, ir al notario y constituir una sociedad mercantil supone convertirse en emprendedores. De hecho, uno de los síntomas de la persona que *en realidad no tiene un ápice de emprendedor* es el habitual y pomposo comentario de: 'El día tal voy al notario', como si ir al notario le diese a uno el *carné de emprendedor*" (destacado añadido). TRÍAS DE BES, Fernando, "El libro negro del emprendedor", ob. cit., p. 17.

gobierno (recuérdese que la LACE se aprobó con amplísima mayoría en ambas Cámaras), no hay manera de generar el entorno necesario para que se desarrolle una verdadera industria emprendedora y tecnológica **(83)**.

Desde otro punto de vista, tampoco se entiende por qué la SAS debe ser exclusiva de emprendedores, categoría altamente difusa, como vimos. El Dr. Nissen señala que, en la práctica, los que más se valieron de este tipo social fueron los pequeños comerciantes para separar su patrimonio personal del de su actividad comercial **(84)**. Más allá de, nuevamente, la total falta de respaldo estadístico de estas aseveraciones, se desprende que para el Dr. Nissen los pequeños comerciantes deben afectar todo su patrimonio personal a las vicisitudes de su negocio; la personalidad jurídica y la escisión de patrimonios a la que da lugar solo estaría reservada para las empresas de un cierto tamaño, incluyendo por supuesto las grandes empresas. Pensamiento más "neoliberal" que este es difícil de imaginar **(85)**.

Si los comerciantes y pequeños empresarios recurren a la SAS es simplemente porque la consideran una mejor opción que el resto de tipos societarios disponibles. Otro tanto ocurre con los claros beneficios comparativos que ofrece la SAS para la planificación de la empresa familiar, dado que permite incluir el protocolo de familia dentro del estatuto social y no en carácter de pactos parasociales de dudosa —y, en cualquier caso, menos segura— oponibilidad **(86)**.

II.6. La SAS se parece a las sociedades off shore

Bajando en la escala de argumentos para descalificar a la SAS, encontramos —en un estadio muy inferior realmente— el de que la SAS

(83) En este sentido, se ha dicho, con absoluta razón, que "a inicios de 2020 —ello es, a solo tres años del nacimiento del nuevo tipo societario—, la Inspección General de Justicia (IGJ) comenzó a dictar un derrotero de normas tendientes a modificar aquellos lineamientos esenciales tenidos en mira por la LACE (...). Lo mencionado conduce a preguntarnos: ¿han sido verdaderamente suficientes estos tres años desde que se sancionara la LACE para poder realizar un pronóstico acertado de la situación de este nuevo tipo social? Entiendo que la respuesta no puede ser otra que la negativa". SCHNEIDER, Lorena R., "Menosprecio al ordenamiento jurídico e injustificado retroceso hacia la burocratización en las SAS. La importancia de la autonomía de la voluntad", LA LEY del 11/08/2020, 1; LL AR/DOC/2504/2020.

(84) Afirma el Dr. Nissen en su artículo que "quienes recurrieron a este nuevo molde societario no fueron obviamente los emprendedores —o no lo fueron en su mayoría— sino, muy por el contrario, aquellos que deseaban iniciar en sociedad un pequeño establecimiento comercial o que ya venían desarrollándolo a título de comerciante individual, pero que la figura de la SAS les venía como anillo al dedo para evitar que los acreedores de esta nueva actividad puedan afectar su patrimonio personal...", reiterando posteriormente que "el perfil de las personas que optan en su mayoría por constituir o integrar una sociedad por acciones simplificada, esto es, los pequeños comerciantes o miniempresarios, que solo tienen en cuenta para ello la necesidad de escindir los resultados de esa iniciativa de su patrimonio personal".

(85) Ya la incorporación en el año 1932 de la SRL a nuestro ordenamiento, mediante la ley 11.645, tuvo como propósito proporcionar un tipo social que limitara la responsabilidad sin que hubiera que recurrir a la sociedad anónima, destinada a reunir grandes capitales. Así, enseñaba Rivarola: "las características jurídicas de la sociedad anónima, en lo que se refiere a la limitación de responsabilidad, y la carencia en nuestra legislación de otras formas de sociedad con igual limitación, fueron motivo para que se recurriera a la forma anónima para iniciar o continuar empresas comerciales en las cuales los poseedores y suministradores del capital necesario quisieran limitar su responsabilidad legal al importe de los capitales comprometidos como aporte. Con la sanción de la ley 11.645, instituyendo las llamadas 'sociedades de responsabilidad limitada', se estableció el régimen jurídico de un nuevo tipo de sujeto colectivo del derecho comercial, que con ventajas análogas a las de la sociedad anónima en lo que significa la limitación de responsabilidad subsidiaria por parte de los socios, no tuviera los inconvenientes de la anónima demostrados en la práctica". RIVAROLA, Mario A., "Tratado de derecho comercial argentino", Ed. Cía. Argentina de Editores, Buenos Aires, 1938, t. II, p. 561.

(86) El Dr. Favier Dubois (h.) se ha ocupado mucho de este tema. Entre otros, pueden consultarse sus trabajos "Sociedad por acciones simplificada y empresa familiar. Dos astros alineados", Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2018, y "La 'sociedad por acciones simplificada' como 'tipo ideal' para las empresas familiares", presentado en las Primeras Jornadas sobre la Constitución y Funcionamiento de la Sociedad por Acciones Simplificada, Mar del Plata, 2018, ambos en colaboración con la Dra. Lucia Spagnolo, así como los publicados en su *blog* profesional: "La 'sociedad por acciones simplificada': la mejor opción para las empresas familiares", *http://favierduboisspagnolo.com/press/la-sociedad-por-acciones-simplificada-la-mejor-opcion-para-las-empresas-amiliares/*, y "Las SAS son el traje más favorable a la cultura de una empresa familiar pero contadores la resisten", *http://favierduboisspagnolo.com/press/las-sas-son-el-traje-mas-favorable-a-la-cultura-de-una-empresa-familiar-pero-contadores-las-resisten/*.

se parece o tiene la estructura de una sociedad *off shore*. Como es sabido, reciben esta denominación aquellas sociedades que se constituyen para llevar a cabo su actividad exclusivamente fuera del país de su registración, aprovechando las ventajas impositivas que ofrece este último país, normalmente un paraíso fiscal **(87)**. Y aquí está la clave, no hay sociedad *off shore* sin beneficios impositivos; es condición *sine qua non* de su existencia.

Es realmente difícil pensar que alguien elija la Argentina por los beneficios tributarios que ofrece, en particular, a las sociedades **(88)**, con impuestos regresivos y distorsivos **(89)**, además de cargas, aportes y contribuciones a varias cajas. Si con eso no bastara, tenemos de vuelta vigente el conocido como "cepo cambiario", que restringe la salida de divisas y aplica una tasa de cambio ficticia y perjudicial a las que ingresan al país. En tal contexto, que alguien planee constituir una SAS como una sociedad *off shore*, a fin de aprovechar el marco legal y tributario argentino para realizar negocios en el exterior, consistiría un claro acto de demencia.

También es falso que las SAS reemplacen localmente a las sociedades *off shore*, es decir, que lo que antes se hacía a través de estas últimas ahora se haga con la SAS (o, en palabras del Dr. Nissen, mediante "otro engendro societario de similares características, pero vernáculo"). La SAS no tiene ninguna ventaja impositiva especial —a lo sumo, si son pymes, podrán adherir a los exiguos beneficios del régimen establecido para este tipo de empresas en las leyes 24.467 y 27.264—, el tipo no permite las acciones al portador (las *bearer shares*, típicas del circuito *off shore* para ocultar al titular o beneficiario real de aquellas), sino que deben ser nominativas no endosables o escriturales (art. 46, LACE), igual que las de la SA, que no generan ninguna clase de debate **(90)**. En definitiva, comparar a las SAS con las sociedades *off shore* equivale casi a reconocer que uno no confía en la validez de sus principales objeciones y busca, entonces, asociar, sin importar cuán forzados sean los argumentos, a las SAS con cualquier estructura desprestigiada a fin de que esta última le traslade su mala reputación.

II.7. Las SAS, en la práctica, se han utilizado de forma fraudulenta

El Dr. Nissen (y otros con él) recurre también al argumento cuantitativo, y en su artículo aquí comentado da un listado de casos en los que las SAS se habrían utilizado con fines espurios. De forma general, el razonamiento cuantitativo no suele ser válido, y no lo es tampoco en este caso. Podríamos dar una lista mucho más larga de sociedades anónimas que se han usado para la

(87) "Una sociedad *off shore* es catalogada como una empresa cuya característica principal es que está registrada en un país en el que no realiza ninguna actividad económica. Los países en los que están radicadas suelen ser llamados 'paraísos fiscales', por los beneficios económicos que estos presentan, dado que en ellos se aplica un régimen tributario muy beneficioso en el que, en algunos casos, los impuestos son bastante bajos y, en otros, inexistentes". MONTAGNA, Gastón A., "Sociedades *off shore* pospandemia", RDCO 306-93, del 26/01/2021; LL AR/DOC/4110/2020.

(88) La nueva ley 27.630 establece para las sociedades una alícuota de hasta el 35% de impuesto a las ganancias sobre el excedente $ 50.000.000. Comparativamente, se encuentra, tanto a nivel regional como mundial, entre las tasas más altas aplicables a las rentas de las sociedades. Además, las posibilidades de deducir gastos vinculados a la actividad empresaria en la Argentina son mucho más restringidas que en otros países, lo cual hace que la base del impuesto sea mayor. A contramano del mundo, una vez más, la Argentina reduce el impuesto a la renta de las personas físicas (que, en su escala más alta, puede superar el 50% o más en relación con las grandes fortunas en varios países) e incrementa el impuesto a las sociedades, que son las generadoras de trabajo genuino, y lo hace, además, sin discriminar entre grandes empresas y pymes. Así, por ejemplo, cabe destacar que el reciente acuerdo histórico alcanzado en el llamado "Marco Inclusivo", de la OCDE con el respaldo de 130 países, establece un impuesto mínimo sobre los beneficios empresariales de "al menos el 15%". Evidentemente, la Argentina (signataria de la declaración) está lejísimos de esa tasa, lo cual, sumado a las restantes distorsiones de su economía, hace improbable que alguien considere seriamente realizar negocios en el país, salvo aquellos con capacidad de negociar con el Estado su propio marco legal paralelo.

(89) Dos ejemplos serían el de los ingresos brutos, no deducible, por lo cual se va adicionando como un costo a lo largo de toda la cadena de producción y distribución, y el impuesto a los créditos y débitos en cuenta corriente, creado por la ley 24.413, paradójicamente llamada de Competitividad.

(90) Otros argumentos más forzados para asimilar las SAS a las *off shore* resultan casi ridículos como, por ejemplo, el de que uno solo de los administradores debe residir en el país, como si esta circunstancia, en un mundo absolutamente global y digital, fuera un indicio de intención fraudulenta o, peor, de "neoliberalismo".

comisión de todo tipo de ilícitos (por ejemplo, Hotesur SA y Los Sauces SA, que el Dr. Nissen conoce tan bien), sin que, por ello, a nadie se le ocurra pedir la abolición de las SA ni se haya modificado sustancialmente su régimen societario (es prácticamente el mismo desde 1984) a pesar de estas evidencias.

Yerra el Dr. Nissen al afirmar que las actuaciones desviadas de la SAS solo pueden corregirse mediante la actuación judicial, que tendrá sentencia definitiva muchos años después. Nuevamente, los organismos de control económico, incluyendo a los propios Registros Públicos **(91)**, poseen amplias facultades para intervenir en caso de detectar ilícitos, cada uno dentro de su área de competencia **(92)**.

Pero lo que no se debe hacer es prejuzgar (sobre todo si no se cuenta con facultades para ello, como ocurre con la mayoría de las resoluciones de la IGJ relativas a la SAS) un uso ilícito indefectible de este tipo social y perjudicar a todos los que organizaron su negocio bajo esta forma societaria por culpa de, en palabras del propio Dr. Nissen, "los vivos de siempre". Las sanciones deben recaer rápidamente sobre estos últimos (y se debe trabajar para que esto ocurra de manera sistemática y sistémica, potenciando los hoy débiles organismos de control), sin que haya ninguna necesidad de alterar todo el régimen de la SAS para ello.

III. Conclusión

Mucho más importante que cualquier objeción al régimen de la SAS —las hay y algunas válidas, aunque, en todos los casos, con argumentos también contundentes en contrario— es el mantenimiento de la seguridad jurídica, de la confianza legítima de los ciudadanos y, de más está decir, del orden constitucional, con su división de poderes y su sistema de prelación normativa **(93)**. Muchas partes de las resoluciones de la IGJ relativas a la SAS, que adulteran y, en algunos casos, directamente dejan sin efecto normas previstas en una ley del Congreso, sin lugar a duda no respetan esos principios superiores. Tampoco lo hace el Proyecto de Ley que pretende modificar sustancialmente un régimen aprobado, con amplias mayorías, por el propio Congreso hace apenas cuatro años **(94)**.

La previsibilidad y una razonable estabilidad normativa, más allá de la coyuntura política, son

(91) Al respecto, puede verse lo resuelto por la Cámara Comercial sobre las facultades de investigación y control de la IGJ con relación a una SAS en el asunto CNCom., sala C, 18/02/2021, "IGJ c. Arte Inmobiliario SAS s/ organismos externos", Errepar Online EOLJU193301A.

(92) Como ya se señaló en otra parte de este artículo, el problema, muy serio, es que, algunos más y otros menos, estos organismos carecen de la independencia del poder político necesaria para garantizar su correcto funcionamiento.

(93) Enseñaba Morello: "Queremos entrar al primer mundo, pero pocos son los que reparan en que quienes componen esa parte del orbe poseen un denominador común: son Estados de derecho con plena vigencia de sus respectivas Constituciones y en los que la seguridad jurídica es un valor inmutable: ¿Podríamos imaginar al presidente de los EE.UU. cambiando el signo monetario por decreto, al primer ministro italiano detener a personas sin una declaración formal de estado de sitio, al primer ministro japonés disponer el desagio de los contratos de tracto sucesivo, al español disponer por un acto de autoridad el canje de los depósitos bancarios por bonos a diez años de plazo, al canciller alemán ordenando la suspensión del trámite de todo juicio contra el Estado, al ministro inglés derogar leyes sin intervención del Parlamento, al *premier* canadiense disponiendo que las deudas emergentes de pronunciamientos jurisdiccionales firmes sean abonadas con títulos de la deuda pública reclamables a 16 años? Todas estas conductas son impensables, pero sucedieron en nuestro país durante gobiernos constitucionales". MORELLO, Augusto, "El principio de la seguridad jurídica", JA 1992-IV-886, cit. por KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, "La seguridad jurídica", RDCO 1998-206, año 31. A ese listado podemos agregar la modificación de una ley por decisiones administrativas, como ha ocurrido con la SAS en la IGJ.

(94) Se ha sostenido con acierto: "La seguridad jurídica y la estabilidad societaria presentan aquí —en las SAS— matices muy relevantes, dado que si una o más personas decidieron con motivo de la LACE —a partir de 2017— constituir una SAS, con el fin de contar con una nueva forma ágil y sencilla (además, menos costosa), es porque evaluaron la conveniencia de contar con una estructura societaria no complejizada que los socios puedan llevar adelante. Todas estas nuevas situaciones —cambios en las reglas de juego— permiten observar una severa inseguridad jurídica y, por tanto, una falta de estabilidad societaria. Un Estado necesita contar con un sistema sólido de normas (estabilidad regulatoria e interpretativa); ello solo puede lograrse a través de normas jurídicas duraderas en el tiempo que permiten sostener un determinado equilibrio, en tanto las normas dispuestas en el ordenamiento han de suponer que no cambien o permanezcan durante un lapso prolongado de tiempo". SCHNEIDER, Lorena R., "Menosprecio al ordenamiento jurídico...", ob. cit.

clave para el funcionamiento de cualquier actividad comercial y empresarial. Si no hay desarrollo económico, emprendedores, inversores, etc., tal situación deberá achacarse a esta incertidumbre, a estas marchas y contramarchas en relación con las reglas, y no, vale decir, a distopías neoliberales, comodín de usos múltiples que ha dado lugar a que, por ejemplo, un concejal del interior tachara de "neoliberal" a un semáforo, entre otras piezas del folclore nacional. Por supuesto, del marco legislativo, regulatorio y académico se espera —a veces en vano— otro nivel de discusión.

Administrador de hecho en el derecho societario y concursal

Carlos A. Molina Sandoval

Sumario: I. Introducción.— II. Caracterización.— III. Elementos definitorios.— IV. Denominación.— V. Regulación normativa.— VI. Teoría de la apariencia.— VII. Sociedad por acciones simplificada.— VIII. Sociedad anónima y sociedad de responsabilidad limitada.— IX. Enfoque jurisprudencial.— X. Empresas familiares.— XI. Control societario.— XII. Mandato.— XIII. Responsabilidad.— XIV. Diferencia con el socio oculto.— XV. Deberes y obligaciones.— XVI. Mecanismos societarios para la responsabilidad.— XVII. Retribución.— XVIII. Celebración de contratos con el administrador de hecho.— XIX. Pólizas de seguros (D&O).— XX. Conflictos de interés y prohibición de competencia.— XXI. Aspectos concursales.— XXII. Responsabilidad concursal.— XXIII. Extensión de quiebra.— XXIV. Separación de la administración.— XXV. Viaje al exterior.— XXVI. Informes del síndico.— XXVII. Votación en el concurso preventivo.— XXVIII. *Cramdown.*— XXIX. Responsabilidad del administrador de hecho por las deudas laborales.— XXX. Defensa de la competencia.— XXXI. Responsabilidad fiscal y realidad económica.

I. Introducción (1)

La gestión y administración de las sociedades y personas jurídicas siempre ha ocupado un rol importante en la dinámica de los negocios. La fijación de las estrategias generales, pero especialmente su cumplimiento mediante la ejecución de actos y conductas concretas, son temas relevantes no solo en la técnica societaria, sino en disciplinas diversas (administración de empresas, finanzas, recursos humanos, *marketing*, etc.).

La teoría del órgano no solo simplifica la compleja dinámica de los negocios societarios (pudiendo atribuir, en algún punto, de manera originaria, ciertos actos a un ente jurídico diferente del que los realizó), sino que obliga a la sociedad a estructurar el funcionamiento de ese órgano. Y con ello la organización y atribución de competencias de cada órgano, incluido especialmente el de administración (directorio, consejo de administración, gerencia o, simplemente, administrador). La estructura de funcionamiento de la sociedad se organiza sobre diversos órganos que terminan asumiendo todo el espectro de relaciones, no solo internas (entre socios, accionistas y gestores), sino también externas (frente a terceros, trabajadores, Fisco, acreedores y otros que pudieran tener interés).

La asunción de un criterio de formalidad permite regular las atribuciones, obligaciones y derechos de cada órgano **(2)** o "derecho-fun-

(*) Abogado. Máster en Derecho Empresario. Doctor en Derecho y Ciencias Sociales (UNC). Profesor de Derecho Concursal y Cambiario (UNC) y de Derecho Privado IV (UCC). Profesor de posgrado en diversas universidades nacionales y extranjeras. Director de la sala de Derecho Comercial, Colegio de Abogados de Córdoba. Profesor honorario, Universidad Peruana Los Andes. Premio Accésit, Academia Nacional de Buenos Aires. Investigador categorizado, SECYT (categorización 3302, 2017).

(1) Premio Doctor Vicente Rodríguez Ribas de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires (dictamen del jurado del 22/04/2021).

(2) Se ha dicho que administrar no es solo ejercitar un poder, sino también cumplir un deber (FRÉ, G., "So-

ción" **(3)**. Pero no siempre la gestión se realiza desde la formalidad **(4)**. Como en la vida, muchas veces existen hechos o conductas que, pese a no tener un reconocimiento formal, producen consecuencias en terceros. En materia societaria, es común que existan terceros (que incluso pueden ocupar un rol diferente: socio, empleado, asesor, etc.) que, pese a no tener una relación formal con la persona jurídica, desarrollan conductas que tienen especiales efectos no solo internos sino también externos; que tengan una influencia sobre el *management* de la sociedad **(5)**.

Sobre algunas variantes de estos supuestos y sus consecuencias se analizarán los distintos enfoques **(6)**. Ello así porque los aspectos relacionados con la administración societaria son transversales no solo al derecho societario, sino también en relación con otras áreas de conocimiento (tributario, laboral, penal, etc.).

II. Caracterización

La idea del administrador de hecho, que tiene un fuerte contenido fáctico **(7)** y una interesante aceptación en el derecho comparado **(8)**, se relaciona con la persona [humana o jurídica **(9)**] que, pese a no estar investida formalmente como director o administrador societario, sea por no haber sido elegido formalmente, no haber aceptado el cargo o algún defecto en su designación, desarrolla en la práctica (de hecho) las funciones concretas de gestión, administración y dirección **(10)** que legalmente le corresponden a dicho órgano con habitualidad, independencia y sin necesidad de autorización o consentimiento de los órganos societarios. Pese a carecer de facultades de administración legal, lo hace con habitualidad en los hechos.

En la jurisprudencia española se ha señalado que puede ser considerada administrador de hecho la persona "quien realmente ha ejercido las funciones del poder efectivo de gestión y gobierno de los asuntos sociales, propias del cargo de administrador, de modo continuado, con autonomía y falta de subordinación" **(11)**.

---

cietá per azioni", Ed. Zanichelli, Roma — Bologna, 1982, p. 407).

(3) ALLEGRI, V., "Contributo allo studio della responsabilitá civile degli ammisnistratori", Ed. Giuffrè, Milán, 1979, p. 13.

(4) Para Bonelli es suficiente con el análisis de normas que regulan el correcto desenvolvimiento de la actividad de gestión de la sociedad, independientemente de la calificación del sujeto que la ejercita o pone en función dicha actividad, sea este un administrador regularmente designado o con designación irregular o nula, o designado pero cesado, o que haya sido designado con un diverso cargo, como el de apoderado general. Cfr. BONELLI, F., "La responsabilità dell'amministratore di fatto", *Giur. Comm.*, 1978-II-107.

(5) IDENSOHN, K., "The regulation of shadow directors", 22 *SA Merc. LJ*, p. 326.

(6) NOONAN, C. — WATSON, S., "The nature of shadow directorship: *ad hoc* statutory intervention or core company law principle?", *Journal of Business Law*, 2006, p. 763, quienes afirman que tratar a los directores *de facto* como directores *de jure* genera efectos de "realidad sustantiva" y da forma a sus funciones.

(7) Se informan como *leading cases* en esta materia los siguientes: "Tasbian Ltd." (nro. 3), 1993 BCLC 297 (CA); "Unisoft Group Ltd." (nro. 3), 1994, 1 BCLC 609; "Hydrodan (Corby) Ltd.", 1994, 2 BCLC 180 (ChD); "PFTZM Ltd. (in liquidation)", 1995, 2 BCLC 354 (ChD); "Kaytech International plc.; Secretary of State for Trade and Industry v. Kaczer & Others", 1999, 2 BCLC 351 (CA); "Secretary of State for Trade and Industry v. Deverell", 2001 Ch 340 [CA (Civ. Div.)]; "Secretary of State for Trade and Industry v. Becker", 2003, 1 BCLC 555; "Ultraframe (UK) Ltd. v. Fielding", 2005 EWHC 1638 (Ch).

(8) CARROLL, R., "Shadow director and other third party liability for corporate activity", en RAMSAY, I. M. (dir.), *Corporate governance and the duties of company directors*, Ed. Centre for Corporate Law and Securities Regulation, Faculty of Law, The University of Melbourne, Melbourne, 1997, p. 162; MARKOVIC, M., "The law of shadow directorships", *Australian Journal of Corporate Law*, 1996 , p. 323; KOH, P. M. C., "Shadow director, shadow director, who art thou?", *Company and Securities Law Journal*, 1996 , p. 340.

(9) En el derecho comparado, se acepta que, pese que a una persona jurídica no puede ser un director de derecho, sí puede ser un *shadow director* (y, por ende, asumir sus consecuencias). RAMSAY, I. — STAPLEDON, G., "Corporate groups in Australia", Ed. Centre for Corporate Law and Securities Regulation, University of Melbourne, 1998, p. 21.

(10) Incluso se alude al carácter sistemático y su desempeño efectivo, aunque en la sombra, del papel de administrador, como así también a la existencia de una interferencia sistemática y penetrante en la gestión de la sociedad. Cfr. ABRIANI, G., "Gli amministratori di fato delle societá di capitali", *Quaderni di Giurisprudenza Commerciale*, nro. 1, Ed. Giuffrè, Milano, 1998, p. 90.

(11) Audiencia Provincial de Barcelona, auto 155/2009, 18/09/2009, Sección 15ª (AC 2009/2227). También STS, sala Segunda, 26/06/2010. Cfr. ASTARLOA, E., "¿Por fin

También se ha dicho que se configura cuando "el aparentemente mero apoderado es materialmente quien toma las decisiones en la sociedad, ejerciendo en realidad un poder de dirección y gestión similar al que ordinariamente incumbe a un administrador, de manera constante e independiente, sin subordinación real al administrador y con consentimiento, si quiere implícito, de la sociedad, también estaremos ante un administrador de hecho" **(12)**.

Respecto de los elementos caracterizantes del administrador de hecho, con transcripción de otro fallo **(13)**, se ha dicho lo siguiente **(14)**: "(i) una efectiva intervención en la dirección, administración y gestión de la sociedad; (ii) que dicha actividad directiva y de gestión se ejerza con total independencia o autonomía de decisión; y (iii) que el desempeño de las funciones propias del cargo de administrador lo sea de un modo permanente o constante".

También se han establecido estas notas definitorias **(15)**:

"(i) elemento esencial es la autonomía o falta de subordinación a un órgano de la administración social, de tal modo que pueda razonablemente entenderse que esa persona, al margen de un nombramiento formal o regular, está ejercitando en la práctica cotidiana las funciones del poder efectivo de gestión, administración y gobierno de que se trate, asumiendo la sociedad los actos de esa persona como vinculantes para ella y, por tanto, como expresión de la voluntad social;

"(ii) la habitualidad en el ejercicio de tales funciones, permanencia o continuidad que excluyen una intervención puntual en la gestión de la sociedad; y

"(iii) cierta calidad en el ejercicio de dichas funciones, con exclusión de este concepto de aquellos cuya actuación se quede en la esfera previa a la decisión, lo que no es sino consecuencia del requisito de la autonomía de decisión".

Para ser administrador de hecho deben ejecutarse funciones, justamente, de administrador (de manera efectiva, concreta y con efectos en el giro de los negocios) **(16)**. No alcanza solo con una visión estratégica o global de la sociedad (propias de un consultor o profesional), sino que se requiere una materialidad de funciones y relaciones con la gestión y manejo de los activos societarios.

No es suficiente porque existen muchos empleados que tienen gestión o dirección, pero sin embargo no pueden ser concebidos como administradores de hecho por la falta de independencia o autonomía en la decisión **(17)**. Es fundamental que el administrador de hecho tenga la posibilidad de "gestionar" con independencia **(18)** de la estructura societaria o formal que ha sido designada. Se requiere falta de subordinación a la estructura orgánica; desde lo fáctico, es la administración formal u orgánica la que se subordina a la de hecho. Esa subordinación o independencia debe ser evidente y visible a simple vista, y se materializa mediante decisiones de gestión, órdenes a empleados, o aun suscripción de contratos relevantes o contratación de

un concepto unívoco de 'administrador de hecho' en derecho penal y derecho societario?", *Revista Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, Número Especial: "Homenaje al Profesor Juan Luis Iglesias Prada", 2011, p. 63.

(12) Audiencia Provincial de La Rioja, auto 504/2010, 27/12/2010 (AC 2011/802); esta última con cita de Audiencia Provincial de La Coruña, Sección Cuarta, 26/06/2009 (AC 2009/1742), y Audiencia Provincial de Asturias, Sección Sexta, 10/03/2003 (Prov. 2003/187520).

(13) Audiencia Provincial de Pontevedra, auto 624/2009, 17/12/2009 (JUR 2010/68550).

(14) Audiencia Provincial de La Rioja, auto 1/2011, 05/01/2011 (AC 2011/240).

(15) Audiencia Provincial de La Coruña, Sección Cuarta, auto 312/2011, 06/07/2011 (JUR 2011/319319).

(16) Se ha dicho que no toda persona que asesora o cuyas instrucciones son seguidas por el directorio es un *shadow director*, más aún si la persona tiene un genuino interés en asesorar al director. Obviamente, el director de hecho no debe tener el control de todas las facetas de la compañía o incluso cuando la compañía no sigue al pie de la letra sus instrucciones. Cfr. "Buzzle Operations Pty Ltd. (in liq.) v. Apple Computer Australia Pty Ltd.", 2011 NSWCA 109.

(17) En el derecho canadiense se alude a un test para medir esta cuestión (*power and discretion test*). Cfr. MOORE, C. R., "Obligations in the shade: the application of fiduciary directors' duties to shadow directors", Ed. Cambridge University Press, 02/01/2018, p. 23.

(18) En el derecho inglés se alude a "por propia cuenta" (VIACHESLAVIVNA KOLOHOIDA, O., "The concept of shadow directors' liability under the United Kingdom and Ukrainian legislation", *Recht der Osteuropäischen Staaten*, ReOS 03/16, p. 126).

personas estratégicas (sin requerir el consenso del directorio o la asamblea, según el caso).

Al administrador de hecho le es indiferente el nombramiento formal (directorio, administración, apoderados, sistema de representación, etc.). No requiere de su autorización o validación de su actuar. Tiene el poder efectivo en la administración societaria más allá de los papeles y puede, de algún modo, expresar la voluntad social del ente de manera autonómica y definir el giro de los negocios (o influyendo directa y efectivamente en el órgano competente respectivo).

Si bien la autonomía en la gestión de hecho es determinante, no pueden encuadrarse en este concepto quienes no lo hacen de manera habitual o constante. Es esencial que el desempeño de las funciones fácticas de gestión no sea esporádico o aislado. Se requiere permanencia o continuidad en la gestión. Un solo acto de gestión no tiene entidad para justificar la existencia de la figura.

Aun cuando existen normas que aceptan la figura **(19)**, se trata naturalmente de una cuestión de hecho y de contexto probatorio. No todas las conductas tienen la misma intensidad o influencia en la gestión. Pueden existir muchos actos de gestión con poca incidencia en la estructura orgánica (y que son casi una consecuencia de una gestión ya definida por el directorio) o pocas intervenciones, pero con gran impacto en la dirección, gestión y gobierno de la compañía. Lo determinante no es solo la cantidad que define la habitualidad; es esencial la incidencia concreta (en un contexto permanente y con constante influencia fáctica) en los negocios concretos.

En el derecho inglés, la visión jurisprudencial de esta figura era restrictiva. En "PFTZM" **(20)** se sostuvo que una persona no puede ser un director de hecho si los directores de derecho tenían alguna opción de no seguir las direcciones o instrucciones del director de hecho. Pero recientemente los casos fueron analizados bajo construcciones más amplias y con aproximaciones más flexibles y prácticas. En "Deverell" **(21)**, por ejemplo, se fijaron los siguientes principios:

(i) la definición debe construirse de manera de asumir las consecuencias legales de la protección pública y no debe ser interpretada estrictamente solo porque podría tener consecuencias casi penales;

(ii) independientemente de cualquier comunicación, conducta o palabras, deberá analizarse que la directiva o instrucción sea determinada objetivamente a la luz de toda la evidencia;

(iii) no es necesario que las directivas o instrucciones sean sobre todas las materias de los actos del director o sobre todas las áreas de la compañía;

(iv) incluso es posible la existencia de un director de hecho cuando existe un director único en la sociedad; en los casos donde existe más de un director, todos o al menos una mayoría consistente de ellos deben seguir las directivas o instrucciones del *shadow director*;

(v) no es necesario demostrar que el director de derecho asumió un rol servicial, discreto, que "actuara como una mera mascota" (*acted as mere puppets*) o bajo compulsión para obedecer las directivas o instrucciones; sin embargo, debe existir dominación o subversión como evidencia de la relación de dirección;

(vi) pese a la expresión "administrador de las sombras" (*shadow directors*), no es necesario para su caracterización que se esconda en las sombras o que esconda su influencia; un director de hecho puede operar de manera abierta.

Sin perjuicio de lo señalado, en la evolución jurisprudencial del *common law* tuvo especial relevancia el caso "Buzzle" **(22)**; es relevante que las directivas o instrucciones del *shadow director* deban ser sobre las facultades que tiene el director de derecho, aun cuando el direc-

(19) No solo en el derecho continental europeo, sino también en el *common law*: *Section 251 of the Companies Act 2006 English Law; Sections 60 and 60 of the Australian Corporations Law 2001; Section 126 of the New Zealand Companies Act 1993; Section 351, as read with Section 2, of the Hong Kong Companies Ordinance L. N. 139 of 2008.*

(20) "PFTZM Ltd. (in liquidation)", 1995, 2 BCLC 354 (ChD).

(21) "Secretary of State for Trade and Industry v. Deverell", 2001 Ch 340 [CA (Civ. Div.)].

(22) "Buzzle Operations Pty Ltd. (in liq.) v. Apple Computer Australia Pty Ltd.", 2011 NSWCA 109.

tor de derecho mantenga alguna competencia. Quizás lo más relevante es que la actuación del director requiere necesariamente de un "vínculo causal" o conexión con la actuación del director de hecho, y que "la mera presión comercial" no es suficiente en todos los casos, pero es muy importante evaluar la verdadera influencia del director putativo **(23)**.

III. Elementos definitorios

Los cuatro elementos que definen al administrador de hecho son:

(i) elemento objetivo: realización material y efectiva de funciones de gestión, dirección y gobierno que son propias del órgano de administración y que inciden directamente en la actividad y en los negocios de la persona jurídica (y que tienen valor vinculante);

(ii) elemento formal: dichas gestiones se hacen al margen del nombramiento formal o societario y de quién es el órgano competente para ello;

(iii) elemento subjetivo: las tareas y la intervención del gestor deben realizarse con independencia, autonomía o falta de subordinación no solo de la estructura orgánica, sino también de otras personas vinculadas a la sociedad;

(iv) elemento temporal: las funciones deben ejercerse de manera habitual, constante, permanente y con una cierta cotidianeidad.

IV. Denominación

En la legislación argentina esta figura no se ha denominado de manera expresa o puntual. En general se hacen alusiones genéricas a quien, sin ser director, toma sus decisiones.

En el derecho comparado se alude a "administrador de hecho" **(24)**, "de hecho notorio" **(25)**, "director putativo" **(26)** o *amministratori di fatto* **(27)**, *de facto* **(28)**, *de facto director* **(29)**, "administrador oculto", *imprenditore occulto* **(30)**, "administrador a la sombra" **(31)** o *shadow director* **(32)**, "dirigentes de hecho u ocultos" **(33)**, entre muchas otras denominaciones.

Pese a su falta de denominación en el ordenamiento argentino, la noción de administrador o director "de hecho" o *de facto* suele ser la más común y permite cierta precisión en orden a la designación de la figura en cuestión, demostrando uno de sus elementos más característicos, que es la realización fáctica de la gestión por sobre la legal **(34)**.

Igualmente, la inclusión de "oculto" en la denominación no siempre es precisa, por cuanto

(23) JAMIESON, N. — KELLY, H., "The identification of shadow directors under English law: what guidance might Buzzle provide?", *Butterworths Journal of International Banking and Financial Law*, junio de 2012, p. 364.

(24) FAVIER DUBOIS, E. M. (h.), "El representante 'de hecho' y la apariencia en la actuación societaria", *Revista Doctrina Societaria*, nro. 105, Ed. Errepar, agosto de 1996, p. 202.

(25) HERNÁNDEZ MARTÍNEZ, W. D., "Los supuestos de aplicación del administrador de hecho: un análisis del caso español a propósito de la sociedad por acciones simplificada", *Revista Estudio Socio-Jurídico*, nro. 14, Universidad del Rosario, 2012, p. 241.

(26) JAMIESON, N. — KELLY, H., "The identification of shadow directors...", ob. cit., p. 364.

(27) ABRIANI, N., "Gli amministratori di fatto delle società di capitali", ob. cit.

(28) CUSNIR, A. R., "Directores *de facto* y teoría de la apariencia", RDCO 1970-239.

(29) Supreme Court of Australia, "Harris v. S.", 1976 ACLR 51.

(30) ASCARELLI, T., "Ancora in tema de imprenditore occulto", *Rivista delle Societá*, año 3, 1958, p. 1153.

(31) GARCÍA-CRUCES, J. A., "Administradores sociales y administradores de hecho", en *Estudios de derecho mercantil en memoria del Profesor Aníbal Sánchez Andrés*, Ed. Civitas, Madrid, 2010, p. 527.

(32) CARROLL, R., "Shadow director...", ob. cit., p. 162. Ver también: KOH, P. M. C., "Shadow director...", ob. cit., p. 340; GIRVIN, S., "Statutory liability of shadow directors", *Juridical Review*, 1995, p. 414.

(33) Art. 99, Ley de Quiebras de 1967. Cfr. FARGOSI, A. E. — FARGOSI, H., "Nota sobre los directores de hecho", LA LEY 1987-E, 577.

(34) Sasot Betes y Sasot entienden que son directores de hecho quienes administran la sociedad no sobre la base del título jurídico por el cual se es administrador, sino sobre la base del hecho de la administración, que puede ocurrir independientemente del título y de la investidura (SASOT BETES, M. A. — SASOT, M., "Sociedades anónimas. El órgano de administración", Ed. Ábaco, Buenos Aires, 1980, p. 73).

el administrador de hecho no necesariamente debe actuar ocultamente. Puede ocurrir que sea una gestión conocida por todos (no solo por accionistas y empleados, sino también por terceros ajenos a la sociedad; se alude al "administrador de hecho notorio"), y ello no invalida la aplicación del régimen general de la figura en cuestión.

V. Regulación normativa

No existe una regulación completa del administrador de hecho. Solo existen reglamentaciones fragmentadas que, en general, aluden a la responsabilidad del administrador de hecho, pero no hacen un desarrollo sistemático e integrado **(35)**. De todas formas, una adecuada construcción sobre la base de esos elementos permite determinar no solo la caracterización de la figura, sino también los límites y las condiciones de procedencia.

La cuestión en nuestro país tuvo mayor interés a partir de la regulación expresa en el régimen de sociedades por acciones simplificadas **(36)**, que básicamente incluyó la figura **(37)** en función del esquema de la ley colombiana **(38)** y la ley española **(39)**.

El art. 52, 2º párr., ley 27.349, cuando regula las sociedades por acciones simplificadas, señala: "Las personas humanas que sin ser administradoras o representantes legales de una sociedad por acciones simplificada o las personas jurídicas que intervinieren en una actividad positiva de gestión, administración o dirección de la sociedad incurrirán en las mismas responsabilidades aplicables a los administradores y su responsabilidad se extenderá a los actos en que no hubieren intervenido cuando su actuación administrativa fuere habitual".

No existe una regulación similar en otras leyes especiales [LGS, CNV **(40)**, Ley de Cooperativas, etc.].

Pese a ello, dentro de esta categoría cabe incluir a los administradores que fueron designados para ejercer la función por un acto irregular (asamblea nula) **(41)**, los que entran en funciones antes de la fecha prevista en la designación y aquellos que pese a haber sido removidos continúan ejerciendo el cargo de administradores; también se incluye a los que nunca fueron designados y por distintas circunstancias en los hechos llevan adelante la administración, como así también a quienes se encuentran inhabilitados o presentan incompatibilidades según el art. 264, LGS, sean estas prohibiciones o incompatibilidades originarias o sobrevinientes **(42)**; incluso también se ha incluido al director suplente que participa en reuniones de directorio **(43)**, votando en las decisiones cuando están presentes los otros miembros.

(35) La falta de una regulación sistematizada no es solo en nuestro país, sino también en el sistema angloamericano. Ver, por ejemplo, MOORE, C. R., "Obligations in the shade...", ob. cit., p. 23.

(36) MOLINA SANDOVAL, C. A., "Sociedad por acciones simplificada (SAS)", LA LEY 2017-B, 991.

(37) VILLANUEVA, J., "El administrador de hecho en la SAS", LA LEY del 19/07/2019, 1.

(38) El art. 27, 3º párr., ley 1258 de 2009, señala: "las personas naturales o jurídicas que, sin ser administradores de una sociedad por acciones simplificada, se inmiscuyan en una actividad positiva de gestión, administración o dirección de la sociedad, incurrirán en las mismas responsabilidades y sanciones aplicables a los administradores".

(39) HERNÁNDEZ MARTÍNEZ, W. D., "Los supuestos de aplicación del administrador de hecho... ", ob. cit., p. 241.

(40) De manera diferente, el art. 95 de la Ley de Mercado de Valores de España (modificada por ley 37/1998) menciona no exactamente al administrador de hecho, pero sí a quienes ostentasen de hecho o de derecho cargos de administración o dirección de las personas físicas y entidades a las que resultan de aplicación los preceptos de la Ley del Mercado de Valores. Y, por ello, si tales personas infringen las normas del ordenamiento de disciplina del Mercado de Valores, incurrirían en responsabilidad administrativa sancionable.

(41) CESARETTI, M. — CESARETTI, O. D., "La representación societaria y la apariencia jurídica. Los directores electos en asambleas irregularmente celebradas", *Revista del Notariado*, nro. 916, p. 24.

(42) FERRER, G. L., "Responsabilidad de los administradores societarios", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2009, p. 114. Ver también: ETCHEVERRY, R. A., "La buena fe en los administradores de hecho en las sociedades comerciales", en CÓRDOBA, M. (dir.), *Tratado de la buena fe en el derecho*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2004, t. I, p. 741; ALLENDE, L. A., "Administradores de hecho", en *El directorio en las sociedades anónimas. Estudios en homenaje al profesor consulto Dr. Odriozola*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, p. 277.

(43) GAGLIARDO, M., "El directorio en la sociedad anónima", Ed. AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2007, p. 485.

En materia concursal, la alusión no es expresa **(44)**, sino que es implícita **(45)**, pero requiere dolo (directo o eventual) **(46)**. El art. 173, LCQ, señala que los representantes, administradores, mandatarios o gestores de negocios del fallido que dolosamente hubieran producido, facilitado, permitido o agravado la situación patrimonial del deudor o su insolvencia deben indemnizar los perjuicios causados. Y agrega: "Quienes de cualquier forma participen dolosamente en actos tendientes a la disminución del activo o exageración del pasivo, antes o después de la declaración de quiebra, deben reintegrar los bienes que aún tengan en su poder e indemnizar los daños causados, no pudiendo tampoco reclamar ningún derecho en el concurso".

En materia fiscal, el art. 6º, ley 11.683, dice que están obligados a pagar el tributo al Fisco con los recursos que administran, perciben o que disponen, como responsables del cumplimiento de la deuda tributaria de sus representados, mandantes, acreedores, titulares de los bienes administrados o en liquidación, etc., en la forma y oportunidad que rijan para aquellos o que especialmente se fijen para tales responsables bajo pena de las sanciones de esta ley; y menciona también a: "(d) Los directores, gerentes y demás representantes de las personas jurídicas, sociedades, asociaciones, entidades, empresas y patrimonios a que se refiere el art. 5º en sus incs. b) y c). (e) Los administradores de patrimonios, empresas o bienes que en ejercicio de sus funciones puedan determinar íntegramente la materia imponible que gravan las respectivas leyes tributarias con relación a los titulares de aquellos y pagar el gravamen correspondiente; y, en las mismas condiciones, los mandatarios con facultad de percibir dinero".

El art. 7º, 2º párr., ley 11.683, dice: "Las personas mencionadas en los incs. d) y e) de dicho artículo tienen que cumplir los mismos deberes que para esos fines incumben también a las personas, entidades, etc., con que ellas se vinculan", y el art. 8º, 1º y 2º párrs., ley 11.683, dice: "Responden con sus bienes propios y solidariamente con los deudores del tributo y, si los hubiere, con otros responsables del mismo gravamen, sin perjuicio de las sanciones correspondientes a las infracciones cometidas: a) Todos los responsables enumerados en los primeros 5 incisos del art. 6º cuando, por incumplimiento de sus deberes tributarios, no abonaran oportunamente el debido tributo, si los deudores no cumplen la intimación administrativa de pago para regularizar su situación fiscal dentro del plazo fijado por el segundo párrafo del art. 17. No existirá, sin embargo, esta responsabilidad personal y solidaria con respecto a quienes demuestren debidamente a la AFIP que sus representados, mandantes, etc., los han colocado en la imposibilidad de cumplir correcta y oportunamente con sus deberes fiscales. En las mismas condiciones del párrafo anterior, los socios de sociedades irregulares o, de hecho. También serán responsables, en su caso, los socios solidariamente responsables de acuerdo con el derecho común, respecto de las obligaciones fiscales que correspondan a las sociedades o personas jurídicas que los mismos representen o integren".

El art. 172, Cód. Penal, dice: "Será reprimido con prisión de un mes a seis años, el que defraudare a otro con nombre supuesto, calidad simulada, falsos títulos, influencia mentida, abuso de confianza o aparentando bienes, crédito, comisión, empresa o negociación o valiéndose de cualquier otro ardid o engaño". El art. 173, inc. 7º, Cód. Penal, dice: "Sin perjuicio de la disposición general del artículo precedente, se considerarán casos especiales de defraudación y sufrirán la pena que él establece: (...) El que, por disposición de la ley, de la autoridad o por un acto jurídico, tuviera a su cargo el manejo, la administración o el cuidado de bienes o intereses pecuniarios ajenos, y con el fin de procurar para sí o para un tercero un lucro indebido o para causar daño, violando sus deberes perjudicare los intereses confiados u obligare abusivamente al titular de estos" **(47)**.

(44) JUNYENT BAS, F. — MOLINA SANDOVAL, C., "Responsabilidad de terceros en la quiebra", JA del 14/11/2001, p. 3.

(45) JUNYENT BAS, F. — MOLINA SANDOVAL, C., "Ley de Concursos y Quiebras comentada", 4ª ed., Ed. AbeledoPerrot, Buenos Aires, t. II, p. 234.

(46) MOLINA SANDOVAL, C., "El dolo en la responsabilidad civil", LA LEY del 09/09/2018, 1.

(47) En el derecho penal español, se entendería incluido en los términos "administrador de hecho" no solo el administrador de hecho notorio, sino también el administrador de hecho oculto (tanto el que actúa bajo otra apariencia como el que permanece en la sombra). Cfr.

VI. Teoría de la apariencia

Uno de los fundamentos de la responsabilidad (o régimen jurídico) del administrador de hecho [de los que "de hecho administran" **(48)**] se vincula con la teoría de la apariencia. Esta, aun cuando tiene carácter excepcional **(49)** y no es aceptada como un principio en su sentido fuerte **(50)**, se relaciona con la posibilidad de otorgar efectos jurídicos a quien "aparentó" **(51)** una determinada situación jurídica, aun cuando esta no se compadezca con la realidad.

La justificación se relaciona con la protección del tráfico (seguridad dinámica). Se ha dicho que en el conflicto que en tales casos se produce entre la seguridad del tráfico y la seguridad del derecho vence la protección a la primera, por el alcance práctico del principio protector de la seguridad del tráfico, que es característico del derecho mercantil y se traduce en la subordinación de la realidad a la apariencia jurídica **(52)**.

Por ello, se prioriza a los terceros perjudicados por sobre el formalismo de una designación societaria que podría afectarlos sobre la base de una confusión en la conducta **(53)**. Pese a la fal-

FERNÁNDEZ BAUTISTA, S., "El administrador de hecho y de derecho. Aproximación a los delitos en sede de autoría", Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 34. En STS 59/2007, de 26/01/2007, RJ 2007/1586, dice la sentencia: "El concepto de administrador de derecho no presenta especiales problemas. Por tal ha de entenderse a quien tiene efectuado el nombramiento como tal administrador de acuerdo con las normas legales que rigen la respectiva modalidad societaria. Mayores problemas plantea la inteligencia de lo que deba entenderse por administrador de hecho. Una concepción restringida incluiría en su entendimiento el concepto puramente mercantil del término, es decir, aquel que pudiendo ser administrador de derecho no pueda, todavía, serlo por no reunir las condiciones de nombramiento, por falta de aceptación o de inscripción registral o de mantenimiento y prórroga del mandato, o supuestos de formación social a los que se alude en preceptos del ordenamiento mercantil. Esta acepción supondría una subordinación del ordenamiento penal al mercantil sin base legal que lo permitiera y dejaría al margen del derecho penal situaciones fácticas del mundo negocial en el que intervienen personas con funciones reales de administración formalmente no señaladas en sus respectivas normas de funcionamiento. Es por ello que la doctrina ha optado por una interpretación que permite integrar en su comprensión a las situaciones de ejercicio real de las funciones de administración dando preferencia a la realidad económica y negocial frente a la realidad registral, de manera que puedan solventarse a través de esta concepción los supuestos de autoría mediata o de la inducción y cubrirse lagunas de punibilidad aprovechando las formalidades previstas en el ordenamiento para la administración de la sociedad".

(48) PERDICES HUETOS, A., "Significado actual de los administradores de hecho: los que administran de hecho y los que de hecho administran. A propósito de la STS de 24 de septiembre de 2001 (RJ 2001, 7489)", *Revista de Sociedades*, nro. 18, 2002-1, Ed. Aranzadi, España, p. 2801.

(49) LADARIA CALDENTEY, J., "Legitimación y apariencia jurídica", Ed. Bosch, Barcelona, 1952, p. 133.

(50) TOBÍAS, J. W., "Apariencia jurídica", LA LEY 1994-D, 316. Igualmente, en las X Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Corrientes, 1985), la Comisión Nº 8 estableció: 1) La protección de la apariencia constituye un principio de derecho que se extrae de una interpretación integradora del ordenamiento jurídico, y deriva de la finalidad de cubrir las necesidades del tráfico, la seguridad dinámica y la buena fe. 2) El principio puede ser extendido fuera de los casos legalmente establecidos siempre que se den los presupuestos de aplicación. 3) Son requisitos generales de aplicación de la teoría de apariencia: a) Una situación de hecho que, por su notoriedad, sea objetivamente idónea para llevar a engaño a los terceros acerca del estado real de aquella; b) Frente a terceros, entre otros, produce los siguientes: o podido conocer la verdadera situación, obrando con la debida diligencia. 4) En los actos de adquisición de derecho por terceros, se requiere que haya sido efectuada a título oneroso, salvo norma expresa que establezca la protección del adquirente a título gratuito. 5) Son efectos de la aplicación de la teoría de la apariencia: a) Entre las partes del acto: entre otros, en ciertos casos la invalidez del acto queda saneada por la apariencia. b) Frente a terceros, entre otros, produce los siguientes: I) Convalida la adquisición del derecho por el tercero de buena fe y a título oneroso, que lo obtiene por un acto válido de quien lo tuvo a consecuencia de un acto inválido o ineficaz (subadquirente); II) Legitima el ejercicio de un derecho por quien no es su titular (representación aparente); III) En algunos casos produce la inoponibilidad (ejemplo: contradocumento privado o público no anotado en la escritura matriz); c) Respecto del titular del derecho: la pérdida o limitación de su derecho, lo faculta al ejercicio de las acciones resarcitorias que correspondieren.

(51) COMPAGNUCCI DE CASO, R. H., "Apariencia jurídica y actos ficticios", LA LEY 2013-D, 670.

(52) GARRIGUES, J., "Temas de derecho vivo", Ed. Tecnos, Madrid, 1978, p. 47.

(53) Existe consenso en que los actos que realizan los administradores de hecho deben reputarse realizados por la sociedad en mérito a la teoría del órgano y a la teoría de la apariencia. Cfr. FERRER, G. L., "Responsabilidad de los administradores societarios", ob. cit., p. 115; MARTORELL, E. E., "Los directores de la sociedad anónima", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1994, p. 196; SASOT BETES, M. A. — SASOT, M., "El órgano de administración",

ta de imputabilidad (por cuanto el administrador de hecho carece de facultades para obligar a la sociedad), se prioriza la tutela del tercero en sentido amplio (y aun los accionistas) y se sustenta no solo en aparentar una situación (administración) que en realidad no existe, sino en la "aceptación" de la sociedad en esa dinámica patológica (en la que un sujeto ajeno a la sociedad desarrolla la gestión y dirección de la sociedad).

Incluso no es necesario que se haya inducido al carácter de actuación de este sujeto ajeno a la estructura orgánica, sino que es suficiente con que actúe en ese sentido (más allá de lo que el tercero de buena fe puede o no haber creído). Si el administrador de hecho actúa en "apariencia" de un verdadero administrador societario, así debe ser tratado por el ordenamiento (y, por supuesto, responsabilizado de los daños que ocasione a terceros).

Le Tourneau señala que, si existe un derecho realista, él es el de la responsabilidad civil, y, por excepción, en vías de socorrer a la víctima, las acciones de responsabilidad pueden estar fundadas sobre la apariencia. "En la responsabilidad personal solamente puede, en principio, ser condenado aquel cuya culpa ha causado el daño (abstracción hecha de las responsabilidades por el hecho del otro). Sin embargo, aquel que es condenado fuera de esta condición, lo es porque ha dado la apariencia de ser el autor del hecho dañoso. *Error communis facit jus!* Finalmente, su culpa que apareja su condena consiste en haber dejado crear esta apariencia. De ese modo las sentencias que declaran la responsabilidad de un productor por los actos de un comerciante independiente dejan planteada la ambigüedad sobre la naturaleza de sus relaciones jurídicas con este último, que parece ser uno de sus concesionarios. Sea que el distribuidor continúe apareciendo como tal, mientras que no lo había sido más; sea, a la inversa, que su calidad de comerciante independiente está enmascarada (...). No obstante, la existencia de la relación de causalidad entre esta culpa y el daño es dudosa, salvo para sostener un daño propio, como el hecho de haber perdido la chance de demandar al verdadero responsable. Cuando ella es conocida, una condena *in solidum* del responsable aparente y del responsable real podrá sobrevenir (...). En fin, en virtud de un mandato aparente, la creencia legítima de un tercero sobre los poderes de un mandatario aparente vincula al pretendido mandante, como si él hubiera otorgado un verdadero mandato (...). En otra época la doctrina afirmaba que la apariencia se había vuelto una fuente nueva y autónoma de obligaciones, *quæ vagatur per omnes categoras* (que deambulaba en todas las categorías). Pero ese punto de vista no resultaba satisfactorio en la medida en que la creación de una nueva fuente de obligaciones parece exceder los poderes de los jueces. Creemos preferible integrar la apariencia a los cuasicontratos. En efecto el mandante queda vinculado sin haberlo querido (debido a la creencia legítima del tercero), y esto porque tales vínculos contractuales se corresponden mejor con la definición de cuasicontrato" **(54)**.

Dentro del esquema de la representación voluntaria, el art. 367, Cód. Civ. y Com., recepta expresamente la "representación aparente", diciendo: "Cuando alguien ha obrado de manera de inducir a un tercero a celebrar un acto jurídico, dejándolo creer razonablemente que negocia con su representante, sin que haya representación expresa, se entiende que le ha otorgado tácitamente poder suficiente. A tal efecto se presume que: (a) quien de manera notoria tiene la administración de un establecimiento abierto al público es apoderado para todos los actos propios de la gestión ordinaria de este; (b) los dependientes que se desempeñan en el establecimiento están facultados para todos los actos que ordinariamente corresponden a las funciones que realizan; (c) los dependientes encargados de entregar mercaderías fuera del establecimiento están facultados a percibir su precio otorgando el pertinente recibo".

La figura del administrador de hecho es la contracara del art. 58, LGS. Según este dispositivo, el representante societario obliga a la sociedad no solo en actos que exceden (aun cuando no de manera notoria) el objeto social,

ob. cit., p. 76; ALLENDE, L. A., "Administradores de hecho", ob. cit., p. 284.

(54) LE TOURNEAU, Ph., "Nuevas reflexiones panorámicas sobre la responsabilidad civil", trad. de M. J. López Mesa; TREBUCQ, F. J. — ÁLVAREZ, A., en TRIGO REPRESAS, F. A. — LÓPEZ MESA, M. J., "Tratado de la responsabilidad civil", 2ª ed., Ed. La Ley, Buenos Aires, 2011, t. VII, p. 456.

sino en aquellos supuestos en que —pese a haberse quebrantado el régimen de organización plural— se realizaron actos entre ausentes, con formularios predispuestos o de adhesión o mediante títulos valores, salvo que el tercero tuviera conocimiento efectivo de él **(55)**.

La idea del art. 58, LGS, impone hacer responsable a la persona jurídica pese a la infracción del representante **(56)**. La administración de hecho hace responsable a quien —de manera fáctica y efectiva— tuvo la gestión, pese a no tener facultades orgánicas de representación y/o gestión. Pero esa apariencia de gestión por cuenta y orden de la sociedad es la que justifica la extensión de responsabilidad al administrador de hecho.

Un aspecto del administrador de hecho se sustenta en la apariencia **(57)** y en hacer creer razonablemente a los terceros que actúa por cuenta y orden del ente porque de manera "notoria" tiene la administración de un establecimiento [o sea, un mandato aparente **(58)**].

En el derecho anglosajón, según Favier Dubois, la cuestión parece lo suficientemente consolidada en el sentido de que la apariencia sería un principio general en materia de representación societaria. Se establecen seis reglas del derecho inglés relativas a la actuación. Se parte de un principio general, que es la regla (i) Se presume que cualquiera que contrate con una sociedad conoce sus documentos e instrumentos públicos (por consiguiente, cualquier acto que sea claramente contrario a estos documentos no obligaría a la compañía, a menos que sea subsiguientemente ratificado por ella a través de sus órganos apropiados) **(59)**.

A esta regla siguen una serie de excepciones. Así, por ejemplo, la regla (ii) Aceptado el enunciado de la regla precedente, resultará que siempre que en una compañía los actos aparezcan regularmente realizados en todo cuanto pueda ser constatado en los documentos públicos, el tercero que contrate con ella tiene derecho a presumir que se ha cumplido con todas las regulaciones internas de la compañía, a menos que tenga conocimiento de lo contrario, que existan algunas circunstancias sospechosas que las pongan en duda. La regla (iii) establece algunas salvedades para el conocimiento que tuviera expreso el tercero.

La regla (iv) dice: las facultades del funcionario de hecho no pueden ser mayores que las que tendría el funcionario *de iure*. La regla (v) coincide con el art. 180 de la *Company Act* de 1948, que dice que los actos de un director o gerente serán válidos no obstante cualquier defecto que después pueda descubrirse en su designación o calidades. Finalmente, la regla (vi) se refiere a un caso de falsificación en el que también se hace responsable a la compañía.

Lo que el derecho anglosajón en general considera dirimente es el efectivo ejercicio del cargo, o sea, la apariencia de estar en posesión del cargo, lo que denominan "el color": el color que tiene la actuación de que la persona con la cual se ha contratado está en ejercicio del cargo **(60)**.

Se ha afirmado que en el ordenamiento colombiano **(61)** se pueden aplicar tres variantes

(55) MOLINA SANDOVAL, C. A., "Régimen societario. Parte general", Ed. LexisNexis, Buenos Aires, 2004, t. I, p. 148.

(56) "El sentido de esta norma es dotar al representante legal de plenas facultades de obligar a la sociedad frente a terceros, sin necesidad de que su actuación requiera autorización previa del directorio o de la asamblea, y tornar inoponibles a terceros las limitaciones internas que pudiera tener la actuación del presidente" (CESARETTI, M. — CESARETTI, O. D., "La representación societaria y la apariencia jurídica...", ob. cit., p. 24). Incluso se ha dicho: "la formación y exteriorización de la voluntad social requiere distinguir dos sectores distintos e independientes entre sí: a) la administración, que atiende a la tarea de cumplir el objeto social, decidiendo en tal sentido e internamente la voluntad del ente; b) la representación, por medio de la cual se transmiten las decisiones a los terceros en general" (BENSEÑOR, N. R. — WEISVEIN, M. J., "La representación orgánica en el ámbito notarial", LA LEY 1998-E, 1087).

(57) CANO MARTÍNEZ DE VELAZCO, I., "La exteriorización de los actos jurídicos: su forma y la protección de su apariencia", Ed. Bosch, Barcelona, 1990, p. 58

(58) MERHAR, G., "El mandato aparente en las sociedades comerciales", DJ del 29/04/2009, p. 1081.

(59) FAVIER DUBOIS, E. M. (h.), "El representante 'de hecho' y la apariencia en la actuación societaria", ob. cit., p. 202.

(60) FAVIER DUBOIS, E. M. (h.), "El representante 'de hecho' y la apariencia en la actuación societaria", ob. cit.

(61) HERNÁNDEZ MARTÍNEZ, W. D., "Los supuestos de aplicación del administrador de hecho...", ob. cit., ps. 241/288.

o situaciones para determinar que existe un administrador oculto o a la sombra:

(a) Gestor de negocios que encubre a un administrador: en esta situación, el *shadow director* realiza distintas gestiones y negocios con terceros ajenos a la compañía, pero se encubre en la calidad de un administrador societario.

(b) Administrador que se oculta detrás de un cargo directivo: esta variable es propia de las situaciones en las cuales el cargo directivo es de papel y quien en realidad toma las decisiones de la compañía es un sujeto a la sombra, el cual usa al administrador elegido formalmente para encubrir su posición.

(c) Falsos apoderados: los falsos apoderados se relacionan con sujetos que dicen estar actuando a nombre y por cuenta de otro, pero en realidad realizan la gestión directamente sin tener en cuenta las directrices del mandante, hasta llegar en algunos casos a contrariar los intereses de la compañía.

VII. Sociedad por acciones simplificada

La cuestión en la sociedad por acciones simplificada está regulada en el art. 52, 2º párr., ley 27.349. La regulación de en este tipo societario contempla los elementos generalmente aceptados para la configuración del *shadow director*. Impone expresamente el elemento objetivo o fáctico en la gestión ("intervinieren en una actividad positiva de gestión, administración o dirección de la sociedad", dice la ley).

Incluso la ley 27.349 requiere "actividad positiva de gestión" en orden a ratificar que no es suficiente con una omisión en la gestión **(62)**. Si no hay actividad positiva y solo omisión, no puede haber administración fáctica (más allá de la responsabilidad por omisión que se acepta para otros casos de responsabilidad). La visión gráfica de la causalidad en la administración de hecho requiere de actos, hechos o conductas positivas **(63)**. Lo usual es que la acción genere un resultado y la no acción (omisión) no lo genere. La omisión también tiene incidencia en el encadenamiento causal de un resultado dañoso. La estructura de causalidad material suele no tener una respuesta razonable para conductas omisivas. Por ello, el art. 1717, Cód. Civ. y Com., alude también a cualquier omisión que causa un daño; pero la determinación de los efectos de las omisiones (actos omisivos) suele ser compleja, dificultosa y requiere de un esfuerzo intelectual mayor que en las conductas activas.

Es usual la distinción entre "comisión por omisión" (la persona realiza un hecho positivo —v.gr., genera un riesgo— y uno negativo —v.gr., omite neutralizarlo—) y "omisión pura" (en caso de inercia frente a un evento dañoso, pero cuando existe obligación de actuar o, incluso, frente al deber genérico de evitar un daño). Ambos tienen impacto causal, más allá de que la comisión por omisión requiere de una primera conducta activa. Así también en el derecho colombiano **(64)**. Una omisión es causal cuando "la acción esperada tenía aptitud para evitar el resultado, en cuya virtud, de ser realizada, verosímilmente habría detenido el curso nocivo" **(65)**.

La norma especial de sociedades por acciones simplificadas también requiere el elemento for-

(62) La redacción "actividad positiva de gestión" sigue en algún punto a la ley colombiana. Cfr. PINO SOLANO, M. M. — ARMERO OSORIO, V. M. — CUBILLOS GARZÓ, C., "El administrador de hecho (SAS) frente al director oculto", *Revista E-Mercatoria*, vol. 9, nro. 1, 2010, p. 11.

(63) PREVOT, J. M., "¿Hay causalidad en la omisión?", RCyS 2006-164.

(64) En el derecho colombiano, también existen dos tipos de omisiones: la omisión en la acción y la omisión pura y simple. La omisión en la acción se presenta cuando la víctima, a la vez que realiza una conducta vinculada fácticamente con el daño, omite otra que es determinante para el resultado. No encender las luces del vehículo por la noche es una instancia de omisión en la acción. En opinión de Tamayo Jaramillo, no estaríamos aquí ante una verdadera omisión, toda vez que la conducta del agente puede ser plausiblemente descripta como conducir durante la noche con las luces apagadas. Es decir, puede ser reconstruida como una acción cuya vinculación fáctica con el resultado es incuestionable, siempre que el daño se haya producido por falta de iluminación. En el segundo caso, no hay un vínculo físico con el daño, sino solo jurídico. El agente no causó el daño, pero tampoco intervino para romper el curso de causalidad iniciado con independencia de su conducta (por ello, la existencia de responsabilidad requiere que la omisión constituya la violación de un deber jurídico). Cfr. TAMAYO JARAMILLO, "Tratado de la responsabilidad civil", ob. cit., t. 2, p. 194.

(65) ZAVALA DE GONZÁLEZ, M., "La responsabilidad civil en el nuevo Código", Ed. Alveroni, Córdoba, 2017, t. II, p. 190.

mal (realizar gestiones "sin ser administradoras o representantes legales", *sic*) y el temporal de habitualidad (expresamente dice: "cuando su actuación administrativa fuere habitual", *sic*).

Dicho artículo, pese a ser claro e indubitable en su exigencia, es en algún punto impreciso. Solo alude a "las personas humanas que sin ser administradoras o representantes legales de una SAS...", pero la condición de no ser "administradora" o "representante legal" no es solo para personas humanas, sino para cualquier persona jurídica.

El concepto no incluye a los administradores para los que se venció el plazo, porque continúan sujetos al mismo régimen societario y de obligaciones (art. 257, LGS) **(66)**.

El hecho de que, en teoría, jurídicamente la administración de la sociedad por acciones simplificada solo pueda estar a cargo de personas humanas (socios o no, art. 50, ley 27.349) no importa, al menos no necesariamente, que la cuestión formal de falta de designación como administrador o representante legal solo incluya a personas humanas. Incluye a cualquier persona.

Más aún, podría haber una situación en la que una persona jurídica sea nombrada administradora en "contravención" con el régimen legal (caso típico de administración de hecho). Pese a haber designación expresa (nula, pero designación formal al fin), igualmente se configura la situación de hecho en la administración. En el derecho comparado, además, se admite que personas jurídicas integren el órgano de administración (razón por la cual podría darse una situación de sociedad extranjera en la que sí se admite la designación de una persona jurídica como administrador o representante legal).

Paralelamente, el déficit en la redacción pareciera indicar que los únicos que pueden tener actividad positiva de gestión son las personas jurídicas (y que la responsabilidad de las personas humanas administradoras de hecho sería más amplia y podría abarcar también responsabilidad por omisión). Nada más alejado de la finalidad de la norma y de una interpretación sistemática lógica en función de la finalidad del dispositivo.

Por ello, se ha dicho que, en cuanto a los alcances generales de la norma, esta consagra una excepción al art. 50, LACE (y al art. 266, LGS), al admitir la administración de hecho de personas jurídicas, imponiéndoles responsabilidad en concordancia con el art. 1763 del Cód. Civ. y Com. **(67)**.

Lo importante no es la designación formal en sí (menos aún ser persona humana o jurídica), sino que lo relevante es no revestir la condición de administrador e intervenir en "actividades de gestión, administración o dirección". Por ello, no toda actividad desplegada por terceros no administradores puede configurar el supuesto *de facto*, ya que no quedarían comprendidos los asesores, profesionales e incluso los socios en ejercicios de sus derechos, siempre que sus conductas no configuren el ejercicio de funciones de gestión operativa, empresaria, de cogestión ni representación **(68)**.

El dispositivo legal bajo examen no exige que la intervención del administrador de hecho (no designado, que desarrolle tareas y lo haga de manera habitual) sea realizada con independencia, autonomía **(69)** o falta de subordinación. Pero la falta de mención expresa en la ley no excluye la necesidad de que se configure. Incluso se ha dicho que es menester también una conducta acorde de la sociedad que consienta o

(66) Así también en el derecho italiano. Cfr. MINERVINI, G., "Gli amministratori di società per azioni", Ed. Giuffrè, Milano, 1956, p. 484.

(67) BALBÍN, S., "SAS. Sociedad por acciones simplificada", Ed. Cathedra Jurídica, Buenos Aires, 2019, p. 140.

(68) RAGAZZI, G., "La sociedad por acciones simplificada (breves notas sobre sus antecedentes y régimen legal)", RDCO 285-485, 2017.

(69) "El actuar del administrador de hecho debe ser autónomo. Esto quiere decir que el administrador de hecho debe realizar su gestión sin influencia de terceros y sin seguir, por ende, las directrices o instrucciones de los administradores de derecho" (JEQUIER LEHUEDÉ, E., "Premisas para el tratamiento de los grupos empresariales y administradores de hecho en el derecho chileno", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 41, nro. 1, p. 39). En palabras de Pertiñez, el administrador de hecho realiza "funciones propias de la administración social, con una cierta extensión y continuidad y de manera autónoma, es decir, sin subordinación a un órgano de administración social" (PERTIÑEZ VÍLCHEZ, F., "La responsabilidad concursal de los administradores sociales ex art. 172.3, LC: una reflexión más sobre cuándo, cómo y quién", *Aranzadi Civil*, nro. 5, 2009, p. 2235).

tolere la actuación de este tercero como representante o administrador de la sociedad.

La no exigencia de "independencia" **(70)** (o "falta de subordinación") podría tornar difusa y vaga la noción de administración de hecho y podría extender la aplicación a supuestos que no necesariamente configuran la noción en cuestión. Sin el requisito de independencia quedarían alcanzados en la figura del *shadow director* (especialmente en la responsabilidad) los empleados (que pueden tener gestión habitual de actividades), los mandatarios (vinculados para una serie de actos puntuales) o, incluso, otras formas contractuales (*management*, agencia, etc.).

Más allá de las particularidades de cada caso, en todos se configura un común denominador: la falta de independencia o autonomía. La independencia en dichas decisiones es el elemento necesario que produce la ruptura en la estructura del vínculo en responsabilidad indirecta (o por hecho ajeno). En este caso, los actos que realiza ese tercero no administrador no pueden ser imputados al ente societario, sino que sus consecuencias dañosas pueden adjudicársele.

La responsabilidad de los directores de hecho no excluirá la responsabilidad que pueda caber a los administradores de derecho **(71)**.

VIII. Sociedad anónima y sociedad de responsabilidad limitada

El régimen del directorio de la sociedad anónima (arts. 255 y ss., LGS) y su sistema de responsabilidad (arts. 59, 274 a 276, LGS) no sancionan (ni condicionan) expresamente al administrador de hecho **(72)**. Algo similar acontece con la sociedad de responsabilidad limitada, y especialmente la remisión expresa al sistema de la sociedad anónima en los derechos, obligaciones, prohibiciones e incompatibilidades (arts. 157, 3º párr., primera parte, LGS) o su responsabilidad (arts. 157, 4º párr., *in fine*, LGS) **(73)**.

Igualmente, ambos sistemas [derivados de una noción general de "sociedades de capital" **(74)**] están estructurados sobre la base de la "personalidad" e "indelegabilidad" del cargo (art. 266, LGS) y una idea de responsabilidad solidaria entre quienes participaron en el acto (y quienes no lo hicieron).

Ello no solo no fue excusa para no aceptar la idea del administrador de hecho frente a terceros que podían verse perjudicados en la práctica. La jurisprudencia, incluso, aceptó señeramente la figura en el caso "Frigorífico Setti SA" **(75)**, y la responsabilidad concursal (art. 173, LCQ) también ha permitido hacer más énfasis en el desarrollo fáctico que en los aspectos formales societarios. El art. 58, LGS, sobre la base de actos notoriamente extraños al objeto social y la posibilidad de imputar actos al representante que

(70) FERRER, G. L., "Responsabilidad de los administradores societarios", ob. cit., p. 113; CABANELLAS DE LAS CUEVAS, G., "Derecho societario. Parte general. Los órganos societarios", Ed. Heliasta, Buenos Aires, 1996, t. 4, p. 608.

(71) RAMÍREZ, A. H., "SAS. Sociedad por acciones simplificada", Ed. Astrea, Buenos Aires, 2019, p. 257.

(72) El art. 133 de la Ley de Sociedades Anónimas española dice: "El que actúa como administrador de hecho de la sociedad, responderá personalmente frente a la sociedad, frente a los accionistas y frente a los acreedores del daño que cause por actos contrarios a la ley o a los estatutos o por los realizados incumpliendo los deberes que esta ley impone a quienes formalmente ostenten con arreglo a esta la condición de administrador".

(73) "Los actos de los administradores de hecho son atribuidos a la sociedad, conforme a la teoría del órgano y la teoría de la apariencia. Además, a los administradores de hecho se les aplican exactamente las mismas normas de responsabilidad que a los administradores de derecho. Solo varía, en el orden probatorio, la acreditación de administrador de la sociedad a los primeros. Surge tal responsabilidad por el hecho de haber asumido la administración y desempeñarla, así como también cuando se acredita que influyeron en forma determinante en la toma de decisiones de los administradores de la sociedad. Por otra parte, en virtud de la teoría de los actos propios, el administrador de hecho no puede fundarse en la falta de designación en forma en su cargo, dado que siempre actuó como si esa designación hubiese existido" (SÁNCHEZ HERRERO, P., "Tratado de la sociedad de responsabilidad limitada", Ed. Astrea, Buenos Aires, 2019, t. 2-A, p. 452).

(74) Siempre sobre la base de que el administrador de hecho es "opuesto" al de derecho y es un administrador irregular, pero la "habitualidad" y la "profesionalidad" o incluso la intensidad cuantitativa y cualitativa de la gestión tienen importancia. Cfr. LATORRE CHINER, N., "El administrador de hecho en las sociedades de capital", Ed. Comares, Granada, 2003, ps. 15 y ss.

(75) CNCom., sala B, 02/12/1966, "Frigoríficos Setti s/ quiebra", LA LEY 125-94.

actúe en exceso de su competencia orgánica, también coadyuva a la posibilidad de responsabilizar, incluso, a quien teniendo un vínculo societario lo hace en exceso.

La idea eje impone hacer responsable al mandatario aparente en clara protección de los terceros que pueden haberse visto perjudicados por esa idea.

El hecho de la administración y la conducta del sujeto que sin designación (o con su designación viciada) administra la sociedad acarrea como consecuencia inmediata la equiparación del administrador de hecho al administrador de derecho, obligando al primero a observar conductas impuestas por la ley a los administradores de derecho **(76)**.

El tema es, incluso, más sencillo hoy, no solo porque subsisten los mismos fundamentos normativos y axiológicos, sino porque también podría aceptarse la extensión analógica de la figura por vía de su regulación en la sociedad por acciones simplificada **(77)**.

VIII.1. Otros tipos societarios

Lo señalado también se extiende a las sociedades de la Sección IV (informales), a las sociedades del Estado, a las cooperativas, fundaciones, asociaciones civiles, etcétera.

No solo porque la estructura de la administración (y dirección orgánica de los diversos entes) tiene mucha similitud en todos los tipos societarios, sino porque los razonamientos existentes previos a la regulación en la sociedad por acciones simplificada se pueden replicar sin mayores inconvenientes (indelegabilidad de la gestión, apariencia, imputación de actos dañosos, etc.).

Respecto de las sociedades de hecho, se ha dicho que cuando la conducta de ese pseudoadministrador —consentida por sus consocios o la sociedad— ha sido idónea para crear una apariencia de atribución de facultades suficientes, quien crea una apariencia se hace prisionero de ella, y que si la actuación (o silencio) de la sociedad fueron idóneos para crear una apariencia de atribución de facultades para contratar o suscribir títulos valores, aun en infracción del art. 58, LGS, la sociedad debe quedar obligada **(78)**.

La cuestión en estos casos es, incluso, más "fáctica" que en otros, porque la cuestión de hecho se debe constatar en dos facetas: (i) la existencia de la sociedad (que se prueba muchas veces con elementos fácticos); (ii) la existencia de la pseudorrepresentación (administración de hecho), no tanto en su enfoque externo (responsabilidad frente a terceros), sino en la responsabilidad interna (respecto de los socios).

Se ha dicho que en muchas cooperativas de servicios, muchos consejeros son administradores de "asiento" y no están involucrados con los destinos de la entidad y mucho menos con la actividad diaria de esta, y que, como consecuencia de dicha realidad, la mayoría de los miembros solo convalidan, en reuniones esporádicas, el accionar de los administradores que son parte de la mesa directiva (normalmente conformada por presidente, vicepresidente, tesorero y secretario general), dado que son ellos quienes concurren diariamente a la entidad **(79)**.

IX. Enfoque jurisprudencial

En nuestro país, antes de la sanción de la ley 19.550 se resolvió sobre la cuestión en el caso "Frigorífico Setti SA" **(80)**, en el que textualmente se dijo: "los actos celebrados por el directorio o por quienes actúan como directores son válidos, no obstante que después se descubra que existía algún vicio en su designación o de quien

(76) FILIPPI, L. L., "El administrador de hecho en la sociedad anónima", Ed. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, Córdoba, 2006, p. 260.

(77) En Colombia, Reyes Villamizar señala que gracias a la ley 1258/2008 se puede hacer referencia al administrador de hecho, y sostiene que la normatividad contemporánea del ordenamiento jurídico está orientada a hacer extensivo el régimen de responsabilidad de los administradores a otras personas que, sin tener cargo formal al interior de la sociedad, ejecutan o celebran algún tipo de gestión en el giro de los negocios de la compañía. Cfr. REYES VILLAMIZAR, F., "La sociedad por acciones simplificada", Ed. Legis, Bogotá, 2013, p. 23.

(78) MUGUILLO, R. A., "Sociedades no constituidas regularmente", Ed. Astrea, Buenos Aires, 2016, p. 104.

(79) Cfr. FERNÁNDEZ DE ANDREANI, P., "Cooperativas prestadoras de servicios públicos", Ed. Astrea, Buenos Aires, 2017, p. 310.

(80) CNCom., sala B, 02/12/1966, "Frigoríficos Setti s/ quiebra", LA LEY 125-94.

actuó como tal o que cualquiera de entre ellos carecía de calidades para desempeñarse como tal; esos actos son válidos como si esos directores hubieran sido correctamente elegidos o calificados" **(81)**.

El concurso preventivo de Frigorífico Setti SA había sido abierto a instancias de un directorio designado en una asamblea que, con posterioridad, fue declarada nula. Con sustento en ese argumento, y tras haberse declarado la quiebra por fracaso de tal concurso, se solicitó la anulación de todo lo actuado **(82)**; lo que fue rechazado no solo por la Cámara Comercial, sino también por la Corte Suprema de Justicia de la Nación **(83)**. Esta jurisprudencia fue replicada sistemáticamente varios años después **(84)**.

IX.1. Supuestos relativamente actuales

Favier Dubois reseña tres casos relativamente actuales en los que se trató la figura del director de hecho **(85)**.

(i) Directorio designado sin decisión asamblearia **(86)**: Se trata de una acción de nulidad de la sentencia de quiebra pedida por el presidente de la sociedad. Ese presidente había renunciado a su cargo y el directorio aceptó su renuncia; luego el presidente se fue del país, invocando razones de persecución político-ideológica. A su regreso, se presenta ante el directorio y este declara nula de nulidad absoluta su renuncia (por fuerza mayor) y lo reinstala en el cargo, sin que la asamblea de accionistas lo designe.

Con la reinstalación en el cargo, el presidente de la sociedad plantea la nulidad del auto de quiebra. Diez años después, se indaga y se advierte que se trataba de un presidente que, en realidad, había reasumido su cargo por un acto del directorio y no por un acto de la asamblea. Entonces, si el presidente había renunciado conforme a la ley, y si había sido separado del cargo, solo podría ser reinstalado en el cargo por una asamblea y no por el directorio. La Cámara entiende que se trata de un director *de facto*, pero que no puede declarar retroactivamente que lo actuado fue nulo, sino que convalidó la actuación del director *de facto* (y le confiere 30 días para que acredite una representación suficiente, o no va a ser en el futuro considerado parte en este juicio) **(87)**.

(ii) Apariencia registral **(88)**: era un caso de un pagaré firmado por el vicepresidente de la sociedad, que había cesado en sus funciones, pero cuyo cese no estaba inscripto. Dijo la Cámara: "La designación o sucesión de administradores y representantes, tiene efectos como tal, desde el acto decisorio y no desde su inscripción, dado el acto declarativo de esta última. Sin embargo, si el exvicepresidente de una sociedad anónima librara títulos cambiarios durante el período comprendido entre la decisión de la sociedad de

(81) En "Frigorífico Setti SA" se reiteró lo resuelto en "Kohan c. Inastillex SA", del 22/04/1966 (LA LEY 123-1006), en la que se dijo que eran inoponibles los conflictos internos que se producen entre sus órganos o en el interior de ellos, porque para los terceros son válidas las actuaciones de quien o quienes se hallan en el desempeño de sus funciones por así exigirlo la buena fe y la seguridad de los negocios.

(82) Similar plataforma fáctica se dio en "Andbrava" (CNCom, sala F, 02/05/2017, "Storey, Andrés Eduardo c. Andbrava SRL s/ ordinario"), aunque la cuestión versó sobre la nulidad de una asamblea y no del directorio (aunque el fundamento era similar: no perjudicar a terceros).

(83) CUSNIR, A. R., "Directores *de facto*...", ob. cit., p. 255.

(84) CCiv. y Com. Azul, sala II, 18/11/2004, "Laguna La Tosca SA s/ concurso preventivo s/ inc. de verificación tardía por Robert, Hugo y otros", en la que se dijo que corresponde verificar el crédito y el privilegio, si no se ha alegado ni probado que los acreedores hipotecarios conocían el cese de los administradores que contrataron en nombre de la sociedad; la contundencia de la prevalencia de la apariencia jurídica, la buena fe presumida, la seguridad y la celeridad del tráfico comercial desplazan como indicio computable en contra de los terceros la publicidad edictal del cese de la representación social.

(85) FAVIER DUBOIS, E. M. (h.), "El representante 'de hecho' y la apariencia en la actuación societaria", ob. cit., p. 202.

(86) CNCom., sala D, 17/11/1994, "Dar SA de Ahorro y Préstamo para la Vivienda s/ quiebra incidente de nulidad".

(87) Gagliardo no solo lo limita al derecho privado sino también al público; señala que es la persona que sin título o merced a un título irregular ejerce la función de administrador como si fuera un verdadero funcionario (GAGLIARDO, M., "Responsabilidad de los directores de sociedades anónimas", Ed. AbeledoPerrot, Buenos Aires, 1994, p. 484).

(88) CNCom., sala C, 27/02/1990, "Balbi de Cevallos c. Salaberry".

separarlo de su cargo y antes de la inscripción de esta, tales títulos obligan a la sociedad, si no se pudiera probar que el tercero conocía o debía conocer dicha circunstancia".

(iii) Cese registral versus continuidad fáctica **(89)**: una persona fue designada presidente de una sociedad y luego renunció. Dicha renuncia es aceptada por la sociedad y se nombra a otro presidente. La renuncia fue inscripta en la autoridad registral, pero, pese a ello, siguió desempeñándose como presidente *de facto* y celebró un contrato de mutuo y recibió el dinero. Frente a la ejecución, la sociedad argumenta la inscripción de la renuncia y que por ello no está obligada. La Cámara concluye que la sociedad quedó obligada por la apariencia.

IX.2. Reciente tendencia

Más recientemente se resolvieron tres casos con relación a procesos concursales y la interdicción para salir del país **(90)**. En dos supuestos de apertura de concurso preventivo ("Correo Argentino SA" y "Telearte SA"), se desarrolló la noción de "administrador de hecho" como medio de extender la interdicción de salida del país establecida en el art. 25, LCQ, tanto a los administradores de las sociedades concursadas cuanto a los administradores de las sociedades controlantes y al socio controlante de esta última.

En ambos pronunciamientos se extendió el concepto de administrador de la LCQ a los interdictados. En el caso "Correo Argentino SA" se dijo que "teniendo en cuenta que cuando el art. 25, LCQ, alude a los 'administradores', debe entenderse también comprensivo de los administradores 'de hecho', o sea aquellos sujetos que, sin una investidura formal, dirigen los negocios sociales y pueden dar explicaciones sobre los mismos. Corresponderá interdictar a los directores de las sociedades controlantes de la concursada y a la persona controlante de todo el grupo, en atención a que también este debe reputarse un director de hecho"; por ello, se dispuso la interdicción de salida del país a Francisco Macri.

En autos "Telearte SA", el tribunal dispuso, a más de las mismas consideraciones que las transcriptas en el caso anterior, que "atento que de las constancias obrantes en autos, HFS Media SA posee en forma directa el 99.99% del capital accionario de Prime Argentina SA (Holdings) y esta a su vez posee el 99.99% de las acciones de Telearte SA Empresa de Radio y Televisión ABC SA corresponde extender la medida dispuesta *supra* al Sr. Gerardo Daniel Hadad (...) quien sería el titular del paquete accionario de control de HFS Media SA y como tal, ejercería el rol de controlante de todo el grupo, hecho que reviste el carácter de 'notorio' a estar a publicaciones de diarios y revistas de los últimos tiempos"; y agrega que "cabe señalar que el Sr. Hadad ejerció el cargo de presidente del directorio de HFS Media SA hasta el día 04/06/2003, fecha en la cual presentó su renuncia, lo que permite inferir que se desempeñó en tal función durante el período de cesación de pagos, y hasta muy pocos días antes de producirse la presentación en concurso del agrupamiento (11/06/2003). En consecuencia, cabe concluir que se encuentra alcanzado por el deber de colaboración y cooperación a que alude la normativa concursal y, en cuya virtud, podrá eventualmente requerírsele toda la información necesaria que permita asegurar el buen desarrollo del proceso".

En otro caso **(91)**, relacionado directamente con los anteriores, se dispuso la interdicción de salida del país —en ocasión de decretar la quiebra de la sociedad local— al vicepresidente de la casa matriz, fundándose en el art. 103, 2º, párr., LCQ, el que autoriza al juez a extender la interdicción de salida del país a otras personas, y sobre la base de la vinculación evidente —que no fue negada— entre el vicepresidente de la casa matriz y la fallida.

Los fallos muestran algunos elementos en común que conviene analizar. En todos los fallos hubo actuación efectiva (*elemento objetivo*) de una persona como administrador de la sociedad (sea porque suscribió un contrato o un pagaré, o porque ocupaba un rol relevante en la gestión de sociedad). También en cada caso se dio la situación de que no existía designación vigente (*elemento formal*) de los administradores (sea porque se declaró nula la decisión de designa-

(89) CNCom., sala D, 19/10/1987, "Frate c. Cavi".

(90) FILIPPI, L., "La figura del 'administrador de hecho' en las sociedades anónimas", LA LEY 2004-A, 1262.

(91) CNCom., sala B, del 27/06/2001, "IMG Latin América Inc. s/ quiebra s/ incidente de apelación", *Doctrina Societaria y Concursal*, nro. 169, p. 634.

ción de un director, porque asumió el cargo de director sin ser elegido por la asamblea, porque actuó de hecho incluso después de la inscripción de la renuncia o porque frente a terceros se mostraba como el administrador de la sociedad pese a no figurar en las asambleas). Incluso se constató la habitualidad necesaria (sea porque desarrolló gestión durante diez años o porque pese a la renuncia, inscripta o no, siguió actuando o porque administró el grupo de manera general).

Quizá la cuestión más compleja de determinar está relacionada con el criterio de independencia o autonomía (que parece más evidente en los casos de interdicción concursal para salir del país, pero no está suficientemente exteriorizado en los casos de apariencia frente a terceros).

Pero de ambos grupos de fallos la diferencia es relevante. Cuando actuaron como directores (con mandato nulo, renunciado, inscripto, etc.), si bien existe actuación de hecho, el razonamiento judicial equipara al director de hecho con el director de derecho a los fines de poder adjudicar las consecuencias de su actuar al ente societario. En otros términos: sería una aplicación extensiva (y adaptada) del art. 58, LGS, que permite la adecuada eficacia imputativa del acto sobre la sociedad. Pese a ser extraño al objeto social (pero no de manera notoria) o pese a ser la designación del director nula (o su renuncia inscripta), igualmente se adjudica a la sociedad.

En los casos concursales, el enfoque es diferente: lo que se busca es atribuir las responsabilidades de los directores de derecho a los directores *de facto*. Aunque el director *de facto* no sea director [simplemente por no haber sido nunca designado o porque cesó en el cargo **(92)**], debe asumir las mismas consecuencias que los directores de derecho, entre ellas la imposibilidad para salir del país en los términos concursales.

Quizás la versión más evolucionada se vislumbra en los tres casos concursales citados, y es la que permite construir adecuadamente desde el punto de vista metodológico la figura del administrador de hecho: aquel que debe responder frente a la sociedad, los accionistas o incluso terceros de la misma manera en que lo haría un director de derecho.

X. Empresas familiares

El matiz fáctico (concreto y material) que tiene la noción de administrador de hecho puede llevar, en muchos casos, a entender erróneamente que cualquier persona que tenga incidencia en la gestión y no sea director debe ser asimilada a un administrador de hecho (y ser sometido al mismo régimen de responsabilidad). La cuestión es muchas veces más delicada en empresas familiares, en las que los miembros de una familia participan de muchas actividades no siempre bien definidas o delimitadas. Quizás el rol de la profesionalización consiste no solo en el enfoque de los tres círculos (familia, propiedad y gestión), sino también en la utilización de una estructura societaria adecuada que permita dicha diferenciación profesional.

En general, la consultoría en empresas familiares procura tratar a la familia como familia, a los accionistas como accionistas y a los directores y empleados como gestores. Y determinar el rol de la familia en cada una de las funciones en la empresa.

Más allá de cuestiones vinculadas con la estrategia general (e incluso el plan de sucesión en la dirección empresaria) y un planteo consistente de pautas muy relevantes (valores, cultura, política de retribución, ingreso de familiares, etc.) o incluso la redacción de un protocolo familiar, puede ser común que se confunda al fundador con un administrador de hecho.

El fundador, pese a ser el primer socio de la sociedad y, muchas veces, también su director, y ser un elemento fundamental en la estrategia de la empresa, no necesariamente es un administrador de hecho. No solo porque voluntariamente puede haber resignado su rol como director (y asistir al directorio solo como consultor), sino porque no necesariamente la

(92) Dentro de las causas de cesación del cargo pueden mencionarse: (i) la muerte del sujeto; (ii) la incapacidad relativa de hecho o derecho y absoluta de hecho; (iii) causales de inhabilitación originaria o sobreviniente del sujeto electo como director; (iv) la remoción *ad nutum*; (v) la renuncia del director; (vi) el vencimiento del término por el cual ha sido designado; (vii) la pérdida de otros requisitos legales o estatutariamente dispuestos; (viii) la decisión asamblearia de iniciar acciones de responsabilidad; y (ix) la quiebra de la sociedad. FILIPPI, L. L., "El administrador de hecho en la sociedad anónima", ob. cit., p. 260.

realización de ciertos actos de gestión importa administración *de facto*.

La configuración del administrador de hecho es de procedencia restrictiva, por cuanto no solo importa la asignación de derechos y obligaciones a un tercero ajeno a la sociedad, sino porque se funda en una apariencia fáctica que debe ser lo suficientemente consistente para generar responsabilidad.

Al igual que cualquier persona, para ser asimilado al administrador de hecho se requiere superar el test de los cuatro elementos (objetivo, formal, subjetivo y temporal). Más allá del alejamiento del fundador (o de directores de generaciones siguientes) para dar paso al sucesor elegido, es común que siga realizando actos materiales en la gestión o dirección de la compañía de manera habitual, sin mantener societariamente su cargo de director electo por la asamblea. Lo determinante es, en este caso, que dichas tareas de gestión sean realizadas con independencia o autonomía de la dirección formal de la sociedad.

Solo en el caso en que el director (que delegó su rol en la siguiente generación) siga desarrollando habitualmente dicha actividad de gestión, pero sin atenerse a las reglas o pautas que la propia administración societaria pudiera establecer. Pero si el exdirector (o fundador) retiene alguna tarea puntual (comercial, producción, consultoría, etc.) o incluso se encarga de ciertas relaciones institucionales, no puede entenderse *per se* (mucho menos presumirse) que configura un director *de facto*.

XI. Control societario

El controlante, incluso el controlante de hecho, no es un administrador *de facto* **(93)**. Se trata de dos funciones distintas que se ejercen sobre el ente societario. De la misma manera que el órgano de administración y el de gobierno tienen estructuras y funciones diferenciadas, así también ocurre con el controlante (que incide en el gobierno). La cuestión es, quizás, más difusa en el caso de las sociedades unipersonales **(94)** (sociedad anónima unipersonal o sociedad por acciones simplificada).

XI.1. Noción de control

La noción de control es una noción compleja **(95)**. Aun en materia societaria y concursal, el término "control" puede responder a distintos y dispares significados. Cuando se alude a "control" se hace alusión al nexo (pues para que haya control debe haber por lo menos dos sujetos —controlado y controlante—) de "dominio,

(93) "La jurisprudencia francesa ha sido cuidadosa en definir una noción restrictiva del concepto. En otras palabras, no cualquier actuación de un individuo que no desempeñe cargos de administración en la sociedad puede dar lugar a considerarlo administrador *de facto*. Se requiere la realización de actos positivos que trascienden la mera titularidad de porcentajes de control en el capital de la sociedad. Sobre este particular es relevante, por ejemplo, la determinación del Tribunal de Comercio de París, adoptada en febrero de 2001, en el sentido de desestimar la existencia de una situación de administrador de hecho en un caso en que la sociedad matriz detentaba el 95% de las acciones de otra sociedad. En el mismo caso, dos de los empleados de la matriz ocupaban puestos a título personal en la junta directiva de la filial. Tampoco esta última circunstancia fue suficiente para darle aplicación a la mencionada doctrina. La doctrina también ha sido cuidadosa en restringir el alcance del concepto de administrador de hecho, al distinguirlo claramente al ejercicio del poder de las mayorías en el seno de la asamblea. Por ello se ha afirmado que, 'el poder de definir el sentido de las decisiones de la asamblea no es característico de la calidad de administrador *de facto*. El control que un asociado mayoritario [aun extremadamente mayoritario] ejerce sobre la sociedad en razón de las facultades que por ministerio de la ley o los estatutos se le otorgan al accionista, no es suficiente para caracterizar la dirección *de facto*'" (VIDAL, D., "Droit des sociétés", 5ª ed., Ed. LGDJ, París, 2006, p. 217, cit. por REYES VILLAMIZAR, F., "Responsabilidad de los administradores en la sociedad por acciones simplificada", *Panóptica*, nro. 18, 2010, p. 210).

(94) Aunque no puede desconocerse el fundamento dogmático de la sociedad unipersonal y los fines de política jurídica a que responde su reconocimiento legal. CARBAJO CASCÓN, F., "La sociedad de capital unipersonal", Ed. Aranzadi, Pamplona, 2002, ps. 101 y ss.

(95) La complejidad también es pregonada en el derecho italiano. Por todos, ver MARCHETTI, P., "Note sulla nozione di controllo nella legislazione speciale", *Rivista delle Società (fondata da Tullio Ascarelli)*, Ed. Giuffrè, Milano, 1992, ps. 1 y ss. También señala Spolidoro que la pluralidad de definiciones de "control" de una sociedad o de una empresa en la reciente legislación comercial italiana es por sí misma suficientemente ardua para proponer una idea tentativa como si se tratara de un concepto unitario [SPOLIDORO, M. S., "Il concetto di controllo nel Codice Civile e nella legge *antitrust*", *Rivista delle Società (fondata da Tullio Ascarelli)*, Ed. Giuffrè, Milano, 1995, p. 456].

mando, gobierno o dirección". Champaud **(96)** ha caracterizado el control como "el poder efectivo de dirección de los negocios sociales"; como el "derecho de disponer de los bienes de otro como propietario". Especifica: "controlar una empresa es tener el control de los bienes que están afectados a ella (derecho de disponer de ellos como propietario) de tal suerte de ser dueño o de dirigir su actividad económica", o sea que "controlar una sociedad es tener el control de los bienes sociales (derecho a disponer de ellos como propietario) de tal suerte de ser dueño de la actividad económica de la empresa social".

En otro importante aporte **(97)** ha expresado que el control patrimonial es "a la vez el resultado de la unidad de decisión y el mejor medio —si no el único— de asegurar la solidez, la constancia y la duración de esta unidad. Puede definirse como un señorío organizado por medios del derecho, que transfieren a los detenedores del control prerrogativas sobre los bienes del patrimonio controlado que, por su naturaleza, son poderes del propietario", agregando: "Por lo que el control es un medio de realizar o conservar la unidad de decisión" **(98)**.

Así entendido el control **(99)**, pierde significación si no se lo interpreta en un entorno adecuado, en un sentido activo o vivaz. El control es, por definición, un concepto esencialmente "dinámico". Una persona controlante que no ejerce dicho control, aunque "potencialmente" mantiene tal condición de controlante, deja de serlo, "suspende" su condición a la deriva de otros sujetos, que "en concreto" pueden ejecutarlo. El control, si no es concebido dinámicamente, no es control; es una *mera* posibilidad, pero solo posibilidad. Es tan solo una sombra que incesantemente persigue la vida de la sociedad, pero carece de cuerpo. El control, embebido de *pura relación*, vincula a dos partícipes; es una institución que, ejercida por un sujeto sobre otro, debe canalizarse —y así se hace— mediante diversas maneras, algunas típicamente societarias, otras de corte contractual.

XI.2. Clases de control

Atendiendo a la caracterización "clásica", el control, como "poder efectivo de dirección de los negocios sociales, mediante la posibilidad de formación de la voluntad social" **(100)**, puede ser interno (societario) o externo (contractual), el que puede ejercerse de una manera "directa" o "indirecta". También puede ser *de hecho* o *de derecho*.

El "control interno" es aquel en el que el socio, según su capacidad de voto, puede imponer la voluntad social. Es sujeto controlante aquel socio que posee la participación societaria "necesaria" para manejar de la decisión social. Debe enfatizarse que el vocablo que se utilizó ("necesaria") es un término que en su extensión abarca tanto el control minoritario (de hecho) como el mayoritario (de derecho). Este control, el interno, puede ser de derecho o de hecho.

El *control interno de derecho* —o mayoritario— es el que está ejercido por el titular de los votos suficientes para predominar en la reunión del órgano deliberativo (asamblea en las sociedades anónimas o reunión de socios en las sociedades de responsabilidad limitada). Cuando quien lo ejerce tiene la mayoría de los votos, calculada sobre la totalidad de los votos posibles según la clase de la sociedad y su contrato o estatuto, se trata de una mayoría absoluta y de derecho, que se computa *in abstracto* y sobre la totalidad de los votos posibles **(101)**.

El control mayoritario depende, como se dijo, del tipo de sociedad y de lo pactado en el esta-

(96) CHAMPAUD, C., "Le pouvoir de concentration de la société par actions", Ed. Sirey, París, 1962, ps. 107 y 161, cit. por ALEGRIA, H., "Algunas reflexiones sobre los conceptos de sociedad controlante, sociedad controlada y situación de control", RDCO 1978-303).

(97) CHAMPAUD, C., "Los métodos de agrupación de sociedades", trad. de Isaac Halperin, RDCO 1969-121.

(98) SPOLIDORO, M. S., "Il concetto di controllo...", ob. cit., p. 465.

(99) "El elemento que caracteriza por excelencia la materia en estudio —se refiere a los grupos de sociedad— es la relación de dominio que ejerce un sujeto (o varios) sobre una sociedad, la cual será dependiente de aquel. El binomio dominio-dependencia refleja el presupuesto básico para toda la regulación grupal conocida en la materia en el derecho universal" (MANÓVIL, R. M., "Grupos de sociedades en el derecho comparado", Ed. AbeledoPerrot, Buenos Aires, 1998, p. 251).

(100) RIVERA, J. C., "Instituciones de derecho concursal", Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1997, t. 2, p. 279.

(101) ALEGRIA, H., "Algunas reflexiones sobre los conceptos de sociedad controlante", ob. cit., p. 305.

tuto. Así, si para determinados supuestos se hubiese pactado algún sistema de mayoría agravada, solo tendrá el control de derecho aquel socio que tenga los votos que se requieren para tal decisión colegial. Dependerá, entonces, del caso concreto y del esquema societario planteado al efecto. En la doctrina especializada mayoritaria ha predominado el criterio de que es suficiente, para hablar de control de derecho (interno, por supuesto), con que el socio pueda predominar, por su participación accionaria, en las asambleas ordinarias (o equivalentes para otros tipos de sociedad).

Con respecto al *control de hecho*, Manóvil ha dicho que "se configura la relación de dominación cuando la controlante no posee la mayoría de capital o de los votos, pero sí una participación suficiente para que, en los hechos, prevalezca en las decisiones" **(102)**. Lo que es lo mismo, aquel que se ejerce "de hecho" por la efectiva concurrencia y votación en las asambleas o reuniones en las cuales se toman las decisiones **(103)**. Este control fáctico depende del *ausentismo en las asambleas*.

El control interno, a su vez, puede ser directo o indirecto, según como (o mejor: mediante quien) se ejecute. Si se ejerce directamente por el sujeto controlante, será, valga de redundancia, directo; si se concreta mediante personas interpuestas, también controladas, será indirecto. El control indirecto, puede ejercerse a través de otros sujetos contralados —por poseer, por ejemplo, las mayorías para determinar su voluntad social—. Estas consideraciones son aplicables a todo tipo de control: de hecho o de derecho, interno o externo.

XI.3. Control contractual

El control externo, también nominado *contractual,* tiene como fuente principal —aunque no exclusiva— los ligámenes contractuales. Se hizo la aclaración ("aunque no exclusiva"), pues, si bien en la gran mayoría de los casos el control se ejercerá mediante vínculos contractuales, también puede configurarse mediante otro tipo de relaciones **(104)**. Resulta "emergente de relaciones contractuales y otros vínculos ejercidos por una sociedad directamente sobre otra o a través de otra sociedad interpósita" **(105)**. Este tipo de dominación se diferencia notablemente de la "interna", ya que la participación accionaria no juega ningún papel preponderante y es más difícil determinar la existencia de control. En esta hipótesis "externa" resulta necesario que se genere el preordenamiento de la actividad del órgano de gestión de la sociedad controlada en lo concerniente a la actividad principal de su objeto. Además, esta situación fáctica deberá ser duradera y completa, pudiéndose probar por cualquier medio la influencia dominante sobre la administración de la sociedad controlada **(106)**.

El *control externo de derecho*, también llamado "jurídico", ha sido definido como "el ejercido en virtud de contratos celebrados entre la sociedad controlante y una sociedad controlada que faculta a la sociedad controlante para impartir instrucciones al directorio u órgano de administración de la sociedad controlada, instrucciones que deben ser acatadas" **(107)**; cuando tiene como "causa-fin" **(108)** el establecimiento del control. Es decir que dicho supuesto se da cuando las sociedades integrantes han celebrado un "contrato" con el objeto de constituir un

(102) MANÓVIL, R. M., "Grupos de sociedades en el derecho comparado", ob. cit., p. 305. "Es el ejercido mediante participaciones societarias que confieren la posibilidad de contar con el quórum y la mayoría antes citados, pero de mediar un ausentismo habitual de los restantes socios" (OTAEGUI, J. C., "Concentración societaria", Ed. Ábaco, Buenos Aires, 1984, p. 80).

(103) ALEGRIA, H., "Algunas reflexiones sobre los conceptos de sociedad controlante", ob. cit., p. 305 y cita en su apoyo: FANELLI, G., "Considerazioni in tema di controllo reciproco fra società per azioni", *Rivista delle Società*, 1956-I-665; CHAMPAUD, C., "Le pouvoir de concentration de la société par actions", ob. cit., p. 113; LIBONATI, B., "*Holding* e *investment trust*", Ed. Giuffrè, Milán, 1959, ps. 127 y 151.

(104) Ver los ejemplos ilustrados por Manóvil (MANÓVIL, R. M., "Grupos de sociedades en el derecho comparado", ob. cit., p. 305, punto 2.8.2: "Algunos supuestos que encuadran en los 'especiales vínculos'. ¿Relaciones de derecho público?").

(105) RICHARD, E. H. — MUIÑO, O. M., "Derecho societario", Ed. Astrea, Buenos Aires, 1997, p. 717.

(106) RICHARD, E. H. — MUIÑO, O. M., "Derecho societario", ob. cit., p. 718.

(107) OTAEGUI, J. C., "Concentración societaria", ob. cit., p. 80.

(108) OTAEGUI, J. C., "Concentración societaria", ob. cit., p. 244.

grupo **(109)**. Es importante destacar que esta forma de dominación no es lícita en nuestro ordenamiento. No así en Brasil y Alemania **(110)**.

El control es de hecho cuando surge de vinculaciones —contractuales o no— que unen a la controlante y al controlado, y que, si bien no autorizan al primero (sujeto controlante) a ordenar directamente al órgano de administración del controlado, habilitan la dirección o mando en algunas decisiones que debe tomar el administrador del ente societario **(111)**. Esta vinculación no tiene como objeto directo el ejercicio del *control*, pero surgen relaciones intersocietarias que subordinan algunos sujetos a otros **(112)**.

XI.4. Recepción normativa del control

El art. 33, inc. 1º, LGS, incorpora el *control interno de derecho*: cuando se posea "participación, por cualquier título, que otorgue los votos necesarios para formar la voluntad social en las reuniones sociales o asambleas ordinarias". La hipótesis legal hace referencia a los votos "necesarios", independientemente del vocablo "acciones", pues existen algunas sin derecho a voto (art. 217, LGS). La norma alude a la formación de la voluntad social en asambleas "ordinarias" (arts. 234 y 243, LGS). Esta calificación excluye, lógicamente, a las mayorías necesarias en las asambleas extraordinarias (arts. 235 y 244, LGS), sobre todo en los supuestos especiales (art. 244, 4º párr., LGS).

El *control interno de hecho* surge del art. 33, inc. 2º, LGS: cuando "ejerza una influencia dominante como consecuencia de acciones, cuotas o partes de interés poseídas". No se requieren los votos necesarios; es suficiente que la dominación (influencia dominante) provenga de la participación societaria, aunque no sea *in abstracto* mayoritaria.

Las variantes "directo" e "indirecto" se incorporan en el art. 33, 1º párr., LGS, cuando expresa que dicha modalidad puede ser "en forma —*sic*— directa o por intermedio de otra sociedad a su vez controlada". Ambas modalidades son aplicables a todas las formas posibles de control. La ley prevé el *control externo de hecho*: "ejerza una influencia dominante (...) por los especiales vínculos existentes entre las sociedades" (art. 33, inc. 2º, LGS). El hecho de que la legislación se refiera a "especiales vínculos" independiza la figura de relaciones exclusivamente contractuales. Solo es menester una vinculación, que puede no derivar de un pacto expreso; puede no ser un *particolari vincoli contrattuali* que exige la legislación italiana (art. 2359). Por supuesto, la influencia "dominante" **(113)**. La LGS no contempla el control externo de derecho.

XI.5. Sanción del abuso de control

El control, por sí mismo, no es malo; solo lo es cuando existe "dominación abusiva" **(114)**. El régimen societario contiene normas sancio-

(109) JAMBRINA, A. — CRISTÓBAL, N. — TSANIS, J., "Los grupos societarios en nuestra legislación", en *I Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y la Empresa. V Congreso de Derecho Societario. Derecho Societario y de la Empresa*, Ed. Advocatus, Córdoba, 1992, p. 455.

(110) MARTORELL, E. E., "Breves estudios sobre concursos y quiebras: ¿Procede la extensión de quiebra por abuso de control contractual?", LA LEY 1993-E, 712; OTAEGUI, J. C., "Concentración societaria. El control externo", ob. cit., p. 80, y en "Concentración societaria", ob. cit., p. 244; JAMBRINA, A. — CRISTÓBAL, N. — TSANIS, J., "Los grupos societarios en nuestra legislación", ob. cit., p. 455.

(111) Ilustra Otaegui: "cuando es la consecuencia directa de un contrato que no tiene por fin el establecimiento de dicho control pero que integra las actividades de la sociedad controlada con las de la controlante, supeditando fácticamente las decisiones de aquella a las de esta" (OTAEGUI, J. C., "Concentración societaria", ob. cit., p. 244).

(112) En un sentido similar: JAMBRINA, A. — CRISTÓBAL, N. — TSANIS, J., "Los grupos societarios en nuestra legislación", ob. cit., p. 456. "El contrato de dominación es un contrato cuya finalidad principal es redistribuir las competencias orgánicas de la sociedad dependiente, asignando una parte —generalmente sustancial— de las mismas a la empresa dominante. La materia de la distribución de competencias se traslada así de la esfera interna de un sujeto societario, a una relación que deja de ser intrasubjetiva para convertirse en intersubjetiva" (MANÓVIL, R. M., "Grupos de sociedades en el derecho comparado", ob. cit., p. 423).

(113) En la doctrina italiana se distingue la influencia "dominante" de la "determinante" [CERRAL, A., "La imprese editoriali", en COLOMBO, G. E. — PORTALE, G. B. (dirs.), *Trattato delle società per azioni*, vol. 8, Torino, 1992, p. 489; SPOLIDORO, M. S., "Il concetto di controllo...", ob. cit., p. 465].

(114) FIMMANÒ, F., "Dal socio tiranno al dominus abusivo", *Il Fallimento*, 2007, p. 419.

nadoras del control abusivo [o "normas punitivas" **(115)**]. La norma punitiva por excelencia es el art. 54, LGS, y regula supuestos de responsabilidad del controlante (1º y 2º párrs.) y la inoponibilidad de la persona jurídica (o del tipo societario) **(116)** (3º párr.), que ha sido incorporada en el art. 144, Cód. Civ. y Com.

El art. 161, inc. 2º, LCQ, por su parte, dispone que la quiebra se extiende "a toda persona controlante de sociedad fallida, cuando ha desviado indebidamente el interés social de la controlada, sometiéndola a una dirección unificada en interés de la controlante o del grupo económico del que forma parte. A los fines de esta sección, se entiende por persona controlante: a) Aquella que en forma directa o por intermedio de una sociedad a su vez controlada, posee participación, por cualquier título, que otorgue los votos necesarios para formar la voluntad social. b) Cada una de las personas que, actuando conjuntamente, poseen participación en la proporción indicada en el párrafo a) precedente y sean responsables de la conducta descripta en el primer párrafo de este inciso".

Es una norma de naturaleza "sancionatoria" **(117)**: tiende a castigar el desvío indebido del interés social de la controlada y se reprime con la extensión de quiebra. La caracterización que la norma efectúa del control (o mejor: del sujeto controlante, art. 161, inc. 2º, LCQ) ha omitido toda referencia al control externo de hecho —y con mayor razón, el de derecho—. Ha recortado el art. 33, LGS, dejando de lado la alusión a los "especiales vínculos existentes".

Para que proceda la extensión falencial al controlante no es suficiente la mera existencia de control. Se exigen otros requisitos o presupuestos que configuren el tipo previsto en el art. 161, inc. 2º, LCQ. Ellos han sido correctamente sistematizados por la doctrina **(118)**: (i) sociedad fallida (controlada); (ii) sujeto controlante (persona física o jurídica); (iii) control (interno); (iv) desvío indebido del interés social de la controlada, adjudicable a la controlante; (v) dirección unificada; (vi) interés de la propia controlante o del grupo.

XI.6. Régimen comparado

Se ha dicho que se ha hecho popular la doctrina que ve al sujeto dominante como administrador o director *de facto* o como director en las sombras (*shadow director*) **(119)**. Como se lo describió en un fallo de la jurisprudencia inglesa, "un *shadow director* es una persona de acuerdo a cuyas directivas e instrucciones están acostumbrados a actuar los directores de una compañía" **(120)**, y a él le es aplicable la Sección 214 de la *Insolvency Act* de 1986, que responsabiliza personalmente a los directores por las deudas de una compañía insolvente cuando sabía o debió haber sabido que la compañía caería en ese estado y no prueba que hizo todo lo posible por evitarlo **(121)**.

(115) OTAEGUI, J. C., "Concentración societaria", ob. cit., p. 444. Este último autor discrimina entre normas "preventivas" y "punitivas". Dentro de esta última categoría ubica la responsabilidad del art. 54, LGS, y los supuestos de extensión de quiebra (arts. 160 y 161, LCQ).

(116) Ver el debate en JUNYENT BAS, F., "Responsabilidad de los administradores societarios", Ed. Advocatus, Córdoba, 1998, p. 238.

(117) "La ley concursal penetra en la formulación del abuso del derecho estableciendo un régimen sancionatorio fundado en el mismo" [ESCUTI, I. (h.) — JUNYENT BAS, F., "Instituciones de derecho concursal. Ley 24.522", Ed. Alveroni, Córdoba, 1996, p. 319]. Se ha puesto de manifiesto la vinculación de este tipo de extensión con el "abuso del derecho" (art. 1071, Cód. Civil): ROITMAN, H., "Extensión de quiebra por abuso de control dominante", RDPC, nro. 16: "Abuso del derecho", Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1998, p. 182.

(118) ROITMAN, H., "Extensión de quiebra por abuso de control dominante", ob. cit., ps. 179 y ss.

(119) MANÓVIL, R. M., "Grupos de sociedades: responsabilidad de la sociedad dominante por la actuación instrumental del órgano de administración de la sociedad dependiente", RCyS 2000, p. 24, de quien se transcriben las citas de derecho comparado en el párrafo que sigue.

(120) Caso "Augustus Barnett & Son Ltd." (1986), publicado en BCLC 170, cit. por COLLINS, H., "Adscription of legal responsibility to groups in complex patterns of economic integration", *The Modern Law Review*, 1990, t. 51, p. 741. Ver también TUNC, A., "The fiduciary duties of a dominant shareholder", en SCHMNITTHOFF, C. M. — WOOLDRIGE, F. (dirs.), *Groups of companies*, Ed. Sweet & Maxwell, London, 1991, p. 2.

(121) Véanse la *Section 251* de la misma *Insolvency Act* y también la *Section 721* de la *Company Act* de 1985, así como los comentarios de PRENTICE, D. D., "Corporate groups in Great Britain", en *I gruppi di società. Atti del Con-*

En algunos de los más importantes ordenamientos del derecho continental europeo se han desarrollado versiones similares de esta doctrina. Así ha ocurrido especialmente en Francia **(122)**, en Bélgica **(123)**, en Holanda **(124)**, en Suiza **(125)**, en Alemania **(126)** y en Italia **(127)**. Ello además de la previsión del art. 9º del Proyecto de IX Directiva Comunitaria sobre grupos (versión de 1984), el cual equipara expresamente a la empresa controlante que actúe como administrador de hecho con los directores o administradores *de jure* de la sociedad controlada, haciéndola responsable "por cualquier daño derivado de su actuación y causado por un error en la administración". Ello así debido a que, en ese caso, está también sometido al deber de velar por los intereses de la controlada que, *de facto*, administra. El segundo párrafo del art. 9º define esta situación sencillamente como la del

vegno Internazionale di Studi, Venezia, 16 al 18/11/1995, Ed. Giuffrè, Milano, 1996, vol. I, ps. 298/9, donde se cita el fallo "Produce Marketing Consortium Ltd." (nro. 2) (publicado en 1989 BCLC 250), en el cual se formularon precisiones sobre el alcance de la indemnización debida.

(122) HOUIN, R., "Les groupes de sociétés en droit français", en *Groups of companies in European laws, Legal and economic analyses on multinational enterprises*, Ed. Gruyter, Berlin — New York, 1982, vol. II, p. 54; BÉJOT, M., "Einige Elemente der konzernrechtlichen Sonderregeln in Frankreich", en *Das Gesellschaftsrecht der Konzerne im internationalen Vergleich*, Ed. Nomos, Baden-Baden, 1990, p. 179. La Corte de Casación define al dirigente de hecho como aquel que "se caracteriza por una actividad positiva y habitual de alta gestión, con toda independencia y libertad" (así en fallo del 05/11/1991, publicado en *Bull. Civ.*, t. IV, nro. 332, p. 230, y también en fallo del 09/11/1993, publicado en *Revue des Sociétés*, año 112, 1994, p. 321, con nota de P. Le Tourneau). La condición de dirigente de hecho fue incluso aplicada al Estado en una sentencia del Tribunal Comercial de Rouen del 10/03/1981 (publicado en DS, 1981, sumario 337, con comentario de Vasseur), en un caso en que, en razón de un compromiso asumido por el Estado "de asegurar las condiciones de la continuación de la actividad de la sociedad a la espera de la puesta en funcionamiento de un plan duradero de reestructuración", el tribunal fue persuadido para continuar la explotación de una sociedad en *règlement judiciaire* (equivalente al concurso preventivo), en lugar de convertirla en liquidación. Se le impuso al Estado el pago de las pérdidas de explotación resultantes de la continuación de esa actividad (caso citado por OHL, D., "Les prêts et avances entre sociétés d'un même groupe", Ed. Librairies Techniques, Paris, 1982, p. 270, nota 41). En la Argentina no es de mi conocimiento que se haya intentado, en situaciones sustancialmente similares, responsabilizar al Banco Central por mantener en funcionamiento bancos y entidades financieras en dificultades o ya insolventes, incluso sujetas a su propia intervención, agravando así su situación patrimonial.

(123) VAN OMMELSLAGHE, P., "Les groupes de sociétés et l'expérience du droit belge", en *Groups of companies in European laws...*, ob. cit., vol. II, ps. 93 y ss. En Bélgica, incluso el Estado fue condenado como director *de facto* por su conducta negligente al otorgar un crédito para el rescate de la empresa luego fallida (Tribunal de Commerce de Bruxelles, 22/10/1982, cit. por HOPT, K. J., "Legal elements and policy decisions in regulating groups of companies", en SCHMITTHOFF, Clive M. — WOOLDRIDGE, Frank, *Groups of companies*, Ed. Sweet & Maxwell, London, 1991, p. 91).

(124) HOPT, K. J., "Legal elements..."; ob. cit., p. 103.

(125) WOHLMANN, H., "Die Treupflicht des Aktionärs. Die Anwendung eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes auf den Aktionär", Ed. Schulthess, Zürich, 1968, ps. 127/30; GEHRIGER, P. O., "Faktische Organe im Gesellschaftsrecht", Ed. Schulthess, Zürich, 1979, ps. 22/6, 61/3 y 91/116; PETITPIERRE-SAUVAIN, A., "Responsabilité du groupe et à l'intérieur du groupe", en *I gruppi di società...*, ob. cit., vol. III, ps. 1805/7, donde señala que al aplicar de esta doctrina "se trata de tomar en consideración por el derecho de la realidad económica" (p. 1806).

(126) STEIN, U., "Das faktische Organ", Ed. Heymanns, Köln — Berlin — Bonn — München, 1984, p. 143.

(127) RESCIGNO, M., "Der Konzern im italienischen Recht", en *Das Gesellschaftsrecht der Konzerne im internationalen Vergleich*, Ed. Nomos, Baden-Baden, 1990, ps. 366/7; JAEGER, P. G., "La responsabilità solidale degli amministratori della capogruppo nella legge sull'amministrazione straordinaria", en *Disciplina giuridica del gruppo di imprese. Jornadas de Bellagio del 19 y 20 de junio de 1981, Associazione Italiana Giuristi d'Impresa*, Ed. Giuffrè, Milano, 1982, p. 99 (el mismo trabajo también está en *Giurisprudenza Commerciale*, 1981-I-407), con cita, en nota 38, de BONELLI, F. — FERRI, G., "Le società", en VASSALLI, Filippo, *Trattato di diritto civile italiano*, 2ª ed., Ed. UTET, Torino, 1985, vol. X, t. 3, p. 972, con cita, en nota 8, de FRANCESCHELLI, V., "Rapporti di fatto", ps. 29 y 313, y de GIANNATASIO, "Azione sociale di responsabilità nei confronti dell'amministratore di fatto di una società di capitali", nota al fallo del Tribunal de Casación del 05/01/1972, en *Giustizia Civile*, 1972-I-246. También BONELLI, F., "La responsabilità dell'amministratore di fatto", *Giur. Comm.*, 1984-I-107, y fallo del Tribunal de Casación del 12/01/1984, en el caso "Gelmi c. Fall. Calzaturificio Sipea SRL", cit. por JAEGER, P. G., "Direzione unitaria di gruppo e responsabilità degli amministratori (Ancora sull'art. 3º, ult. cpv., della legge sull'amministrazione straordinaria)", *Rivista delle Società*, año 30, 1985, p. 824, nota 20. En sentido similar, LO CASCIO, G., "La responsabilità dell'amministratore di fatto di società di capitali", en *Giurisprudenza Commerciale*, 1986-I-192/201. En contra de esta figura, STOLFI, C., "Le società multinazioali nel diritto comunitario", Ed. Giuffrè, Milano, 1984, p. 290.

ejercicio de una "influencia determinante sobre la adopción de decisiones de los órganos de dirección de la sociedad" **(128)**.

XI.7. Su relación con el administrador de hecho

Ninguna de las normas argentinas se relaciona necesariamente con la responsabilidad del controlante como administrador (arts. 54 y 248, LGS, y 161, LCQ) **(129)**, aun en la sociedad por acciones simplificada **(130)**. Incluso en materia concursal existen dos ejes bien determinados: extensión de quiebra por abuso de control (art. 161, LCQ) y responsabilidad concursal (art. 173, LCQ). Ello no quiere decir que pueda existir superposición de funciones y roles; pero la sola configuración de un control (interno o externo, de hecho o de derecho, directo o indirecto) no es suficiente para justificar el entramado fáctico que permite el encuadramiento del administrador de hecho.

Los elementos exigidos para la administración no se configuran, no solo porque el controlante no tiene la administración (más allá de que pueda influir sobre ella mediante su designación y/o remoción) y tampoco la ejerce materialmente; el controlante no tiene necesariamente gestión; obviamente que no tiene nombramiento formal y la noción de control supone habitualidad o permanencia, pero no existe realización material y efectiva de gestión y administración.

Obviamente, así como existen controlantes que, a la vez, son directores de derecho, también pueden existir controlantes que a la vez sean directores de hecho. Pero se trata de dos conceptos claramente diferentes, que se desarrollan sobre matices fácticos y jurídicos diferentes y que no pueden intercambiarse sin que exista arbitrariedad **(131)**. El controlante no necesariamente es un administrador de hecho **(132)**, aun cuando fuera socio único **(133)**.

(128) MANÓVIL, R. M., "Grupos de sociedades: responsabilidad de la sociedad dominante... ", ob. cit., p. 24.

(129) Manóvil señala que el art. 54, LGS, establece este régimen particular de responsabilidad y reparación a cargo del socio, cualquiera sea la entidad relativa de su participación, y a cargo del controlante, aunque no sea socio, sin distinguir de qué medios se haya valido para ejercer el poder suficiente como para determinar la realización de los hechos incriminados. A mi juicio, ello está desvinculado del título jurídico que ostente cada uno de ellos en el marco interno de la sociedad. La equiparación del controlante no administrador al socio administrador propuesta por Otaegui obligaría inexorablemente a la calificación del primero como administrador *de facto* (OTAEGUI, J. C., "Concentración societaria", ob. cit., p. 446), es decir, en primer término, como administrador. Pero ello trae aparejada la objeción que se formuló al respecto en el derecho italiano: la doctrina del administrador *de facto* requiere de una actuación continua e intensa cumpliendo funciones propias o equiparables a las de los administradores de derecho (JAEGER, P. G., "Direzione unitaria di gruppo...", ob. cit., p. 824; BORGIOLI, A., "Dirección unitaria y responsabilidad en la administración extraordinaria", trad. de Tonón, RDCO 1986-527/9, año 19), lo cual importaría restringir el ámbito de una norma a la que, al no exigir tal permanencia en la actuación, le basta con que se haya incurrido en la conducta disvaliosa, aunque ello sea en forma esporádica o aislada.

(130) FAVIER DUBOIS, E. M. (h.) — SPAGNOLO, L., "Sociedad por acciones simplificada y empresa familiar. Dos astros alineados", Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2018, p. 46.

(131) "El controlante responderá solo en supuesto de abuso de control, o de ejercicio desviado de control, y no cuando el órgano de administrador viole o incumpla sus obligaciones, o cuando los directores no se comporten con el estándar del bueno hombre de negocios. Al controlante no se le exige el cumplimiento del art. 59, LGS, se le exige que no abuse de su poder causando perjuicios a la sociedad, los socios o los terceros. La responsabilidad del controlante se encuentra regulada específicamente en el art. 54, LGS, mientras que la responsabilidad del administrador de hecho se rige por los arts. 59 y 274 y ss., LGS" (FERRER, G. L., "Responsabilidad de los administradores societarios", ob. cit., p. 120).

(132) Pero la responsabilidad del administrador de hecho en los grupos no exonera la responsabilidad individual de los directores de las sociedades integrantes. Cfr. DOMÍNGUEZ RUIZ DE HUIDOBRO, A., "Cuestiones sobre la responsabilidad de los administradores en los grupos de sociedades. Particular referencia a la teoría del administrador de hecho", en *Derecho de sociedades. Libro homenaje a Fernando Sánchez Calero*, Ed. Mc Graw-Hill, Madrid, 2002, vol. II, p. 1312.

(133) "El carácter de socio único de la dominante respecto de la dominada no implica, de por sí, que nos encontremos ante una administración de hecho. Cuando la dominante reúna la totalidad del capital de su filial será una circunstancia —en más de una ocasión, verdaderamente relevante— que habrá de valorarse a fin de afirmar la posibilidad de su consideración como administrador de hecho respecto de la dominada" (GARCÍA-CRUCES, J. A., "Insolvencia de la filial y responsabilidad de la sociedad dominante como 'administrador de hecho'", *Rivista di Diritto Societario*, fasc. 4, 2010, p. 223), quien agrega que habrá que señalar cómo la afirmación de la responsabilidad de la dominante como administrador de hecho de la filial obliga, entonces, a encarar un deli-

Cabe mencionar una resolución de un Juzgado español **(134)**, que diferencia las figuras de los administradores notorios, de los administradores ocultos, de los apoderados y del socio único mayoritario. En este caso puntualizó que "la sociedad dominante no podrá considerarse como administrador de hecho de la sociedad filial concursada cuando la actuación de su administrador o administradores no haya sido realizada por cuenta y en interés de la sociedad dominante, sino en su propio y exclusivo interés, cuando las instrucciones o directrices recibidas por la sociedad concursada no tienen un carácter 'orgánico' pues no han sido adoptadas respetando las exigencias de procedimiento y competencia que disciplinan la actuación de los órganos societarios y no pueden por tanto considerarse propiamente como la voluntad de la sociedad dominante, en cuyo caso serán estas personas físicas y no la sociedad dominante, quienes tendrán la consideración de administradores de hecho de la sociedad filial concursada" **(135)**.

Respecto de la sociedad por acciones simplificada se ha dicho que el supuesto en cuestión se reduce a quienes "intervinieren en una actividad positiva de gestión, administración o dirección", esto es, a administradores de hecho, lo que excluye a controlantes y administradores de la controlante (estos últimos no ejercen por sí las facultades otorgadas a los administradores de derecho de la controlada, sino que imparten instrucciones a dichos administradores, mientras que los administradores de hecho son sujetos que administran la sociedad controlada en forma directa y habitual). Por otra parte, el control se encuentra definido y diferenciado de la administración en el art. 33, LGS, por lo que el art. 52, 2ª parte, ley 27.349, debe circunscribirse al administrador de hecho en sentido estricto y que puede resumirse en dos supuestos: (i) cuando un sujeto en forma concreta ejercita poderes típicos de la administración sin estar investido de un regular nombramiento, ya sea porque la designación no haya tenido los requisitos que la ley o el estatuto disponen, o porque dicho nombramiento ha caducado, o (ii) cuando un sujeto realiza funciones que le corresponden al órgano de administración, ya sean internas o de representación, prescindiendo totalmente del título suficiente para tal fin (el elemento relevante es el ejercicio efectivo de las funciones, siendo indiferente la ausencia de relación jurídica con la sociedad) **(136)**.

XII. Mandato

Mediante el mandato, una parte se obliga a realizar uno o más actos en interés de otra. Este mandato puede ser expreso o tácito (por ejemplo, cuando alguien está haciendo algo en su interés y no lo impide pudiendo hacerlo). Puede ser con o sin representación; en este último caso cuando existe "poder" (arts. 362, Cód. Civ. y Com.); en este caso, es una forma contractual de representación voluntaria. La falta de instrumentación expresa hace que el mandato tácito dependa no solo de los hechos que se realicen en favor del mandante, sino también de los contextos fácticos que rodean la realización de un acto en interés de otro. Falta "formalidad expresa", pero existe un consentimiento tácito al no impedir cuando se tiene conocimiento de dicha gestión.

El mandato tiene particularidades en cuanto a la capacidad (ya que puede ser conferido a una persona incapaz), en cuanto a la serie de obligaciones que cumplir, en cuanto se presume oneroso y porque puede ser sustituido. Incluso tiene formas especiales de extinción y puede ser conferido como irrevocable.

El poder, por su parte, debe ser otorgado en la forma prescripta para el acto que el representante debe realizar (art. 363, Cód. Civ. y Com.). Si el apoderado actúa dentro de los límites del

cado problema, pues debemos interrogarnos acerca de si esa extensión de responsabilidad supone la exoneración de responsabilidad de los administradores —con nombramiento válido, formal y vigente— de la sociedad dominada. En realidad, el problema al que se hace referencia se subsume en el más general de si la extensión de responsabilidad a quien es administrador de hecho implica la inexigibilidad de tal responsabilidad a quien fuera administrador de derecho.

(134) Juzg. Mercantil Nº 1 Palmas de Gran Canarias, sentencia 136/2011 de 18/07/2011.

(135) Ver también: ASTARLOA, E., "La administración controlada no es un supuesto de administración de hecho", en EMBID IRUJO, J. E. — VÍTOLO, D. R. (dirs.), *Las sociedades comerciales y su actuación en el mercado*, Ed. Comares, Granada, 2003, p. 927.

(136) BALBÍN, S., "SAS. Sociedad por acciones simplificada", ob. cit., p. 144.

poder, obliga directamente al representado; si no es así, se obliga personalmente.

A estos efectos, es interesante recordar el art. 367, Cód. Civ. y Com., que trata la representación aparente. Es claro que no puede confundirse la teoría del mandato con la representación orgánica. Afortunadamente, es una discusión superada hace mucho tiempo. Más allá de ello, a los efectos prácticos, la imputación del acto en ambos casos se realiza a la persona jurídica diferente de quien ejecutó el acto. Tienen en común, además, que tanto la representación aparente como la administración de hecho tratan a quien ejecutó el acto como representantes (contractuales u orgánicos), más allá de su efectiva e insuficiente designación **(137)**.

La visión general, sin embargo, difiere. La finalidad fundamental de la representación aparente es la tutela del tercero de buena fe, lo que —en general— no necesariamente ocurre en la administración fáctica. Esta puede tener un doble enfoque: tutelar al tercero de buena fe; pero también imponer a ese director las mismas obligaciones que debió asumir el director societario, no solo responsabilizándolo, sino también inhabilitándolo para desarrollar ciertas tareas (v.gr., competencia, conflicto de interés, etc.).

Ello no empece a que un *modus operandi* fáctico del administrador de hecho sea mediante apoderamiento de la persona jurídica (que justifique su participación por el ente) **(138)**. Se ha discutido la validez de los poderes generales de administración y disposición. El art. 58, res. IGJ 7/2015, señala que objetará la inscripción de cláusulas atinentes a la organización de la administración que prevean el otorgamiento de poderes generales de administración y disposición de bienes sociales.

Es usual advertir que quien desarrolla materialmente las funciones de gestión, pero no está investido del elemento formal (nombramiento por asamblea como director), suele "vestirse" para ese acto mediante mandatos, autorizaciones o poderes que permitan tener un control total de la situación societaria (y especialmente de decisiones trascendentales en orden a la dirección del ente societario o la disposición de sus activos).

Obvio es que el mandato no resulta *per se* un elemento necesario (o suficiente) para la existencia de la administración de hecho. Se requiere, además de ese poder, no solo de la habitualidad o permanencia en los actos de gestión, sino también la realización de estos de manera inconsulta, unilateral y con una independencia suficiente que permita presumir que actúa como un verdadero director (más allá del disfraz contractual). Será una cuestión de prueba en la que deberán valorarse hechos y cuestiones concretas que permitan tener una dimensión adecuada de la actuación y su debido encuadramiento jurídico.

XIII. Responsabilidad

XIII.1. Standard *de actuación y reglas generales*

Un punto esencial es la responsabilidad del *shadow director* y la explicación racional del fundamento por el cual un tercero ajeno a la persona jurídica puede ser responsabilizado no solo por terceros sino por la sociedad o, incluso, por los mismos accionistas, según la responsabilidad sea social o individual **(139)**. El eje ana-

(137) Se ha dicho que "la delegación de funciones, que constituye un elemento imprescindible en la organización empresarial, da lugar a la posibilidad de que los mandatarios incurran en desviaciones al ejecutar las atribuciones que a ellos le son conferidas. Teóricamente, sería posible evitar los costos de mandato a que se ha aludido mediante una determinación precisa de las funciones delegadas en el agente" (REYES VILLAMIZAR, F., "Análisis económico del derecho societario", Ed. Astrea, Buenos Aires, 2019, p. 48).

(138) "Comienza a ser un uso relativamente extendido en la práctica la utilización de personas insolventes, muchas veces meros trabajadores de la sociedad sin especial cualificación profesional, para ocupar los cargos de administrador. Tal designación es promovida por el accionista mayoritario, que suele instalarse, en su caso, en la cómoda posición de apoderado general, aparentemente nombrado por el órgano administrativo. Se produce, así, un desplazamiento del centro de decisión empresarial, desde el lugar donde la ley teóricamente lo sitúa, también en el plano de la responsabilidad, a otros supuestos gerenciales" (JUSTE MENCÍA, J., "En torno a la aplicación del régimen de responsabilidad de los administradores al apoderado general de la sociedad", *Revista de Derecho de Sociedades*, nro. 14, 2000, p. 444).

(139) La responsabilidad del administrador de hecho se basa no solo en la causa de la responsabilidad (que se sustenta en el ejercicio de la función de administrador y, si existe ejercicio, existe responsabilidad, incluso en un mal desempeño por omisión), sino también en las reglas

lítico, en el fondo, consiste en tratar al director de hecho como director societario y sujetarlo a las mismas reglas y responsabilidades **(140)**.

Por ello, la valoración de la conducta del administrador de hecho debe ser sobre la base de un *standard* de conducta, que permitirá al juez valorar en cada caso concreto la responsabilidad **(141)**. El art. 59, LGS (y su reflejo en los arts. 159 y 160, Cód. Civ. y Com.), impone el deber de obrar con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios (y su reflejo en los arts. 274, 157, 133 y ss., LGS). Más detallista es el art. 78 de la ley 26.831 de Mercado de Capitales, que establece expresamente "la prohibición de hacer uso de los activos sociales" y de "información confidencial con fines privados", así como la de "aprovechar o permitir que otro aproveche" las oportunidades de negocios de la sociedad, la obligación de ejercer sus facultades en el marco de la ley, del estatuto o de la decisión asamblearia que se las confirió y, también, y sobre todo, la obligación "de velar escrupulosamente para que su actuación nunca incurra en conflicto de intereses".

No es una responsabilidad objetiva (art. 1757, Cód. Civ. y Com.), sino subjetiva **(142)** y claramente de medios (no de resultado) **(143)**. Incluso existe cierta tendencia doctrinaria en aceptar la regla del *business judgment* del derecho norteamericano, iniciada a partir del caso "Briggs v. Spaulding" **(144)**. Este caso se suele sindicar como un *leading case* que luego fue aceptado uniformemente, según el cual, a falta de mala fe o algún otro motivo corrupto, los directores no son responsables por sus errores de juicio. Existe cierta uniformidad en aceptar la *business judgment rule* para evitar que los tribunales analicen el mérito de las decisiones de negocios realizadas por los directores y en función de ello asignarles responsabilidad por sus actos o decisiones; los tribunales deben limitarse simplemente a investigar cuáles fueron los procedimientos seguidos para arribar a la decisión que diera eventualmente base a un reclamo por responsabilidad **(145)**.

Existe, asimismo, solidaridad entre los miembros del órgano y también un mecanismo para eximirse (o extinguir) la responsabilidad respecto de ciertos directores (arts. 274 y 275, LGS).

El esquema de las acciones de responsabilidad en contra de los directores societarios es estructurado, en primer lugar, en la acción social (que es la que debe ser iniciada por la mis-

---

del mandato y de la gestión de negocios ajenos (más allá de la diferencia entre la representación orgánica y la convencional, pero que a los fines de la analogía sería válida), ya que sería injusto tratar con mayor rigurosidad a quien ejerce un rol en función de un acto regular y válido que a quien se ha inmiscuido de hecho en la administración o cuya designación no es válida, y en función del art. 270, LGS, que brinda una buena pauta interpretativa. Cfr. FERRER, G. L., "Responsabilidad de los administradores societarios", ob. cit., p. 118.

(140) FARGOSI, A. E. — FARGOSI, H., "Nota sobre los directores de hecho", ob. cit., p. 577; ALLENDE, L. A., "Administradores de hecho", ob. cit., p. 285.

(141) "Para mantenernos, todavía, en el campo del órgano de administración, resulta útil señalar que se introduce, reformando el art. 2497 del Cód. Civil italiano, una nueva estructuración de la responsabilidad, que se ha señalado como de significativa importancia para el caso de los grupos, pero que alcanza a los llamados directores de hecho y cuyas características son el estar integrando un capítulo titulado *Direzione e coordinamento di società*" (FARGOSI, H., "Breve apunte sobre novedades en la regulación de las sociedades comerciales", LA LEY 2003-F, 1059).

(142) "Es innegable que en el derecho francés se hable del *directeur de fait*, pero en aquel ordenamiento la figura reviste una naturaleza diferente a la que es objeto de nuestro estudio. En efecto, la *loi* 94-1 de 03 enero 1994 en su art. 5º, parte final, a pesar de no mencionar la figura del administrador de hecho, sí se hace alusión a un supuesto de extensión de la responsabilidad penal para aquellas personas que directa o indirectamente logren inmiscuirse en la administración de la SAS; sin embargo, no se hace mención a la extensión de la responsabilidad civil sobre la persona que ejerza la función de administrador de la SAS, como tampoco lo hace la jurisprudencia francesa a la extensión de los deberes del administrador de derecho a los *directeur de fait*" [PINO SOLANO, M. M. — ARMERO OSORIO, V. M. — CUBILLOS GARZÓ, C., "El administrador de hecho (SAS) frente al director oculto", ob. cit., p. 15].

(143) RIVERA, J. C., "La responsabilidad civil del síndico societario", Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1986, p. 32. Este criterio ya había sido expuesto en su voto en los autos CNCom., sala D, 02/04/1984, "Álvarez, Manuel y otros c. Guezeni, Julio y otros".

(144) "Briggs v. Spaulding", 141 US 132, 11 S. Ct. 924, 35 L. Ed. 662 (1891).

(145) KNEPPER, W. E. — BAILEY, D. A., "Liability of corporate officers and directors", 7ª ed., Ed. LexisNexis — Bender, 2003, vol. I, p. 2.

ma sociedad para recomponer los daños ocasionados en su patrimonio por la actuación del directorio) y en la acción social *ut singuli* [en la que, frente a la falta de inicio de la acción por la sociedad, puede ser iniciada por los accionistas interesados, siempre en beneficio de la sociedad y sin que el accionista que inicia la acción tenga recompensa alguna **(146)**]. En estos dos casos, el resarcimiento ordenado como consecuencia de la responsabilidad del directorio se transforma en un crédito a favor de la sociedad y que debe ingresar en su patrimonio societario **(147)**.

La acción social debe ser iniciada por la sociedad, previa decisión de la asamblea **(148)**. Es lo que señala art. 276, LGS: "la acción social de responsabilidad contra los directores corresponde a la sociedad, previa resolución de la asamblea de accionistas". La decisión de iniciar la acción social lleva implícita la remoción del director afectado (a quien se va a demandar).

La acción *ut singuli* requiere inactividad de la sociedad, sea porque, tratada y aprobada la responsabilidad del director en la asamblea, la acción no es iniciada dentro de los tres meses de haberse decidido (en cuyo caso, cualquier accionista queda legitimado para hacerlo, art. 277, LGS), sea porque, convocada a ese efecto, no se decidió aprobar la responsabilidad del director con un porcentaje menor al noventa y cinco por ciento, en cuyo caso no sería menester que el accionista que votó a favor de la responsabilidad impugne la asamblea (art. 251, LGS).

Manóvil señala que cuando la asamblea rechazó el ejercicio de la acción planteada y quien pretende ejercerla votó en favor de su promoción y el voto favorable fue del cinco por ciento o más del capital social, el accionista puede promoverla sin ningún otro recaudo. En caso contrario, para ejercer la acción social de responsabilidad *ut singuli* deberá, previa o simultáneamente, impugnar la resolución asamblearia que rechazó el ejercicio **(149)**. La acción de responsabilidad estará subordinada a la admisión de la nulidad de esa resolución **(150)**.

En la acción individual, el legitimado es un tercero (o, incluso, un accionista minoritario), pero por un perjuicio no ya del patrimonio societario sino del patrimonio personal del legitimado activo **(151)**.

Como en toda acción de responsabilidad, se debe cumplir con los presupuestos **(152)** [antijuridicidad, nexo de causalidad **(153)**, factor de atribución, pero especialmente daño] y con los marcos procesales y probatorios pertinentes **(154)**.

---

(146) Esto es diferente, por ejemplo, en las acciones de ineficacia, en las que se premia a quien inicia la acción no solo con el resarcimiento de sus gastos, sino también con una preferencia especial sobre los bienes recuperados, que determina el juez entre la tercera y la décima parte del producido de este, con el límite en el monto de su crédito (art. 120, *in fine*, LCQ).

(147) Según las particularidades de cada caso, se ha aceptado, si la sociedad se encuentra en etapa de liquidación o cuando esta carece de actividad alguna, la posibilidad de que el accionista que inició la acción *ut singuli* perciba directamente la indemnización en proporción a su tenencia accionaria.

(148) La decisión de iniciar la acción de responsabilidad se toma en asamblea general ordinaria por mayoría de votos presentes que pueden emitirse. No pueden votar los accionistas que sean directores sobre su propia responsabilidad (art. 241, LGS) ni quienes tengan interés en conflicto con el de la sociedad (art. 248, LGS).

(149) Sobre la cuestión de la necesidad de la impugnación de nulidad y en qué casos, véase OTAEGUI, J. C., "Administración societaria", Ed. Ábaco, Buenos Aires, p. 394; ALEGRIA, H., "Prescripción de acciones contra directores de sociedades anónimas", *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, nro. 22, 2000, p. 269.

(150) MANÓVIL, R. M., "Responsabilidad civil de los administradores societarios", *Revista de Derecho de Daños*, 2016-3, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, p. 255.

(151) El daño causado en el patrimonio personal como consecuencia de una "disminución del valor de su participación societaria" no puede entenderse como suficiente para el ejercicio de las acciones individuales y debe ser canalizado por una acción social (propiamente dicha o *ut singuli*).

(152) ALONSO UREBA, A., ·Presupuestos de la responsabilidad social de los administradores de una sociedad anónima", *Revista de Derecho Mercantil*, nro. 198, 1990, p. 674.

(153) En el caso "Buzzle" se hizo especial énfasis en el *causal link*. Cfr. JAMIESON, N. — KELLY, H., "The identification of shadow directors...", ob. cit., p. 364.

(154) "Tanto el régimen de la responsabilidad de los administradores de derecho cuanto los de hecho se rigen por las mismas normas y los mismos requisitos, es decir son aplicables a los administradores de hecho; se rigen por las mismas normas y los mismos requisitos, es decir son apli-

Más allá de la dilución de la diferencia, se ha discutido si la responsabilidad de los administradores es contractual o extracontractual. Es obvio que, si la responsabilidad del administrador de derecho es extracontractual, *a fortiori* lo será la del administrador de hecho; a la inversa, no es tan claro si se afirma que la responsabilidad es contractual, porque —en sentido estricto— no existe un vínculo entre la sociedad y el administrado de hecho.

Se ha dicho con acierto que sea que se considere contractual o extracontractual, la responsabilidad se encuentra sometida a las mismas reglas. El director de hecho, cuando asumió esa función, también asumió un cúmulo de obligaciones que esta tarea conlleva (ley, estatuto, reglamento) y deberá cumplirlas.

Por ello, la prescripción de la acción **(155)** será la misma que la de la acción de la responsabilidad de los administradores de derecho **(156)**. Además, porque sería injusto diferenciar en perjuicio, justamente, del administrador de derecho **(157)**.

El art. 2543, inc. 4º, Cód. Civ. y Com., señala que el curso de la prescripción se suspende entre la persona jurídica y sus administradores, mientras estos continúen en el ejercicio del cargo. Parece razonable, en el mismo sentido, que mientras el administrador de hecho desarrolle funciones de manera independiente, el plazo también se suspenda, de manera de no mejorar la posición de los administradores *de jure* respecto de los de hecho.

XIV. Diferencia con el socio oculto

A diferencia de otras figuras, la responsabilidad del administrador oculto no importa responsabilidad solidaria por el pasivo societario por el solo hecho de comprobar que el administrador actuó sin designación. Es esencial que se cumplan los presupuestos de la responsabilidad.

Por ello, no puede equipararse a la del socio oculto **(158)** (art. 34, LGS). El dec. 27/2018, arrogándose funciones legislativas de excepción, modifica los arts. 34 y 35, LGS, y establece: (i) La actuación como socio oculto y como socio aparente, prestanombre o testaferro en una sociedad, sea por persona humana o persona jurídica, es un "acto prohibido por la ley"; (ii) son responsables en forma ilimitada, solidaria y subsidiaria, por las deudas sociales, tanto el socio aparente, presta nombre o testaferro, como el socio oculto; (iii) en virtud de tal prohibición, la sociedad, los restantes socios y los terceros podrán desconocer el acto e impedir la actuación del testaferro en los actos sociales, imputando el acto al principal o socio oculto.

La diferencia con el administrador de hecho ha sido señalada de esta manera: "La prohibición no afecta la eventual licitud de otros negocios donde hay 'mandato sin representación' y solo se aplica para titularidades de acciones, cuotas o partes sociales y no para otras funciones societarias" **(159)**.

---

cable al administrador de hecho todos los presupuestos de la responsabilidad, los requisitos para accionar (arts. 275 a 279, LGS), las causas de exención y extinción de responsabilidad, etc. La única diferencia entre un régimen y otro será de orden probatorio en cuanto a su calidad de administrador. Mientras en el caso del administrador de derecho bastará con acreditar que el órgano competente llevó adelante la designación y que el director la aceptó para considerarlo dentro de la función, en el supuesto de hecho será necesario acreditar que efectivamente tomó posesión del cargo de administrador. Para ello, no bastará con acreditar que representó en uno o varios actos de la sociedad, sino que será menester probar que de hecho ejercía el cargo de administrador con todo lo que ello implica, sin que la circunstancia de ser mandatario o gestor en algún acto determinado pueda llevar a sostener que se trata de un administrador de hecho" (FERRER, G. L., "Responsabilidad de los administradores societarios", ob. cit., p. 119).

(155) "El plazo de prescripción de la acción social de responsabilidad no se encuentra previsto en la LGS, por lo que resulta necesario remitirse sobre el particular al régimen del Código Civil y Comercial (...), cabe aplicar el plazo general de prescripción de cinco años, salvo para aquellos supuestos en que la LGS disponga uno mayor o menor (art. 2560)" (BALBÍN, S., "Manual de derecho societario. Ley General de Sociedades", Ed. AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2016, p. 597).

(156) FERRER, G. L., "Responsabilidad de los administradores societarios", ob. cit., p. 118.

(157) LO CASCIO, G., "La responsabilità dell'amministratore...", ob. cit., p. 193.

(158) Ver en este punto la diferencia en FERRI (Jr.), G., "Società di fatto e imprenditore occulto", *Rivista di Diritto Societario*, 3/2016, p. 614.

(159) FAVIER DUBOIS, E. M., "La prohibición del 'testaferro' como 'socio': alcances y efectos legales del decreto 27/2018", *Revista de Derecho Comercial*, nro. 10, Ed. Erreius, 2018, p. 189.

La clarificación de esta diferencia ontológica no es menor **(160)**. Sus consecuencias son diferentes. La sola configuración como "socio oculto" hace al socio oculto (y al aparente) responsables solidarios por el pasivo societario; por todo el pasivo societario. Es indiferente la influencia que dicho socio oculto haya tenido en la determinación de la deuda societaria; es responsable solidariamente por todo el pasivo. El socio no debe estar necesariamente en la gestión de la sociedad; y, por ello, es responsable independientemente de sus actos de gestión.

El administrador de hecho no es responsable por todo el pasivo societario, sino por aquellos actos que causen un perjuicio a la sociedad (acción social) o a terceros (incluidos socios minoritarios, acción individual). La responsabilidad no es subsidiaria de la societaria. Incluso en la acción social es el administrador el que debe resarcir al ente societario (y, por ello, la solidaridad carecería de efectos). Debe existir un daño relacionado causalmente con su actuar; y la relación de causalidad es precisamente la que determina los límites del resarcimiento.

Si bien en ambos casos se trata de cuestiones fácticas (y carentes de una designación formal o instrumental), es importante enfatizar que ambas figuras trabajan sobre órganos societarios diferentes: el socio oculto (y el presta nombre) sobre el órgano de gobierno, y el administrador oculto sobre el de administración. Si no hay actos de gestión societaria no puede haber *shadow director*.

De todas formas, tampoco se trata de figuras excluyentes. Así como puede haber un accionista de control que sea, a su vez, director e, incluso, presidente del directorio, no existen óbices para que un socio oculto pueda, a la vez, desarrollar gestiones de hecho. Obviamente, al ser la responsabilidad (y consecuencia patrimonial) del socio oculto mucho más grave con relación a la del gestor de hecho, acreditada la condición de socio oculto, el tercero podría demandar por todas las deudas sociales, independientemente de la constatación de los presupuestos de la responsabilidad.

(160) Incluso en el derecho italiano (GALASSO, G., "Responsabilità del socio occulto", *Le Società*, 1989, p. 1255).

XV. Deberes y obligaciones

El ordenamiento societario impone a los administradores deberes y obligaciones que debe cumplir; deberes y obligaciones que también alcanzan a los administradores de hecho, aun cuando no hayan sido designados formalmente. Es la esencia misma de la figura. Por ello, el no cumplimiento de esos deberes acarrea responsabilidades para los administradores fácticos **(161)**.

Pese a su falta de designación societaria, el *shadow director* debe actuar con lealtad y como un buen hombre de negocios **(162)**. El *standard* de actuación es el mismo del art. 59, LGS, como así también los alcances de su responsabilidad. Frente a un mismo acto de gestión, el director de hecho tiene la misma (no mayor, no menor) que un director de derecho. Lo que determina el contorno del deber de resarcimiento no es su matiz fáctico, sino el nexo adecuado de causalidad.

Por ello, el administrador de hecho no puede utilizar en su beneficio los bienes o activos de la sociedad o aprovechar información societaria en su propio interés; menos aún tomar las oportunidades de la sociedad o competir con la sociedad en contradicción con lo estipulado por el régimen societario. Aun cuando su desempeño es de hecho, debe actuar en clara protección del interés societario.

Incluso el director de derecho no podría escudarse manifestando que su conducta es contraria a la del administrador de hecho, pues no podría volverse contra sus propios actos intentando liberarse de responsabilidad cuando la ha consentido o adherido de manera sistémica **(163)**.

XVI. Mecanismos societarios para la responsabilidad

Comprobado el daño ocasionado por el gestor de hecho [y que, respecto de este, se cum-

(161) Ello es así también en el derecho inglés. IDENSOHN, K., "The regulation of shadow directors", ob. cit., p. 330.

(162) O, incluso, deberes fiduciarios: MOORE, C. I., "Duties of a shadow director: recent developments considered", 345 CLN 1 at 2, 2013.

(163) MOSSA, L., "Rappresentanza statutaria e di fatto della società anónima", *Riv. Dir. Comm.*, vol. XXXVI, p. 389.

plen los presupuestos para hacerlo responsable **(164)**], cabe también tener en cuenta el patrimonio afectado para determinar quién debe iniciar la acción (y quién será el acreedor del crédito resarcitorio).

XVI.1. Precisiones

El administrador de hecho puede desviar oportunidades de negocios en perjuicio de la sociedad o incluso utilizar bienes de la sociedad en su propio beneficio. Si el daño es ocasionado al patrimonio societario (lo que desde la perspectiva formal se llama acción social), es la sociedad la que está legitimada para iniciar la acción y sobre quien deberá repararse el daño. Caben aquí dos posibles alternativas prácticas: (i) exigir respecto del administrador de hecho el mismo procedimiento societario que se exige respecto del de derecho; (ii) habilitar directamente las acciones sociales *ut singuli* y o individuales, sin que sea necesario llamar a una asamblea, decidir la cuestión o, incluso, impugnarla en caso de que no se logre la decisión.

No es razonable exigir un procedimiento formal a quien no fue formalmente designado director. Tampoco existe ningún derecho de defensa que tutelar desde la perspectiva interna societaria (ya que el director no podría participar ni de la reunión de directorio ni de la asamblea). En la responsabilidad del director formal, la convocatoria a asamblea permite no solo el tratamiento de la cuestión por la asamblea, sino, incluso, en el momento de convocarla por el mismo directorio. Incluso el propio director tendría la facultad de intervenir en la asamblea o impugnarla si no se cumplieron ciertos esquemas legales.

Pero la responsabilidad del director de hecho, en nuestra opinión, tiene otro sentido. Si el daño es causado a la sociedad, no es necesario que lo decida la asamblea. Mucho menos esa asamblea podría generar la remoción de quien no fue designado formalmente. Por ello, la acción social podría articularse libremente no solo por la sociedad (directores societarios), sino por cualquier accionista; eventualmente, sería razonable que el accionista emplace al directorio para que ejerza la acción en el plazo de tres meses. Pero solo al efecto de procurar un adecuado encauzamiento de la legitimación activa y permitir a la misma sociedad iniciar las acciones sociales.

Ante la inacción, el accionista podrá iniciar directamente la acción. No será menester acreditar porcentaje alguno, por cuanto una decisión unánime de la asamblea no podría extinguir la sociedad de un director de hecho. Claramente, deberá ser iniciada por un accionista. Un tercero no está legitimado para una acción social (salvo en supuestos especiales de un acreedor en el marco de una acción subrogatoria).

En la acción individual, la cuestión es más simple, por cuanto, aun en el caso de un director de derecho, no es menester ningún procedimiento especial. El art. 279, LGS, legitima a accionistas y a terceros a iniciar la acción individual cuando el patrimonio afectado es el individual del socio (o tercero), y no la sociedad.

Esta acción individual podría ser iniciada por acreedores de la sociedad cuando el director de hecho realizó actos en su perjuicio. Incluso por accionistas minoritarios que podrían verse afectados por una gestión en beneficio de la mayoría (o incluso del propio administrador de hecho) y en perjuicio de los socios.

XVI.2. Tratamiento en la asamblea

Puede ocurrir que en asamblea se decida el inicio de la acción social de responsabilidad (o, realizada, se decida con un porcentaje menor al noventa y cinco por ciento). En este caso, no existirían óbices para hacer solidariamente responsables a los directores de hecho por la gestión del director de derecho. La ley impone la solidaridad entre todos los miembros del directorio; y esta solidaridad también debe extenderse a quienes, aun no siendo designado directores formales, actuaron de hecho como administradores. Obviamente, respecto de los shadow directors deberá acreditarse cada uno de los extremos o elementos que justifiquen su condición de director de hecho y su responsabilidad.

El único director respecto del cual se debería cumplir con el procedimiento societario sería el que fue designado formalmente. Respecto de los directores de hecho, no es una condición de admisión.

(164) Ver: MOLINA SANDOVAL, C. A., "Derecho de daños. Responsabilidad civil. Reparación. Prevención. Punición", Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2020, p. 834.

Los presupuestos para la responsabilidad son similares e igualmente confusos [*standard* del buen hombre de negocios, mal desempeño del cargo, violación de la ley, el estatuto o el reglamento, dolo y abuso de facultades **(165)**].

XVI.3. Criterio de imputación

El criterio de imputación de la responsabilidad se hará atendiendo a la actuación individual de cada director de hecho. A diferencia del director de derecho (en el que solo se deberá tener el criterio de imputación personal cuando se hubiere asignado funciones a cada director designado), la cuestión en los administradores de hecho es fáctica, concreta y depende de los actos que se le pueden imputar. No se le puede imputar una conducta que no realizó.

Es cierto que el criterio de permanencia o habitualidad que impone la noción misma de administrador fáctico podría inducir a hacerlo responsable solidariamente de todos los actos; pero la noción del administrador de hecho debe tener una clara relación con los hechos realizados por este y no puede presumirse. Por ello, si determinado tipo de actos no estaban a su cargo, sería ilógico cargarlo con dichas consecuencias dañosas; máxime cuando el criterio de asignación de funciones solo puede exigirse a quienes sean directores formales y participen del directorio.

Queda, incluso, la duda de si el director de hecho puede eximirse de responsabilidad en el supuesto del art. 274, *in fine*, LGS (esto es, cuando quien participó de la decisión directoral deje constancia escrita y dé noticia al síndico). La falta de posibilidad legal de un administrador de hecho para participar con voz y voto en las reuniones de directorio o, incluso, tomar medidas en ese sentido (v.gr., impugnación de actos del directorio) impide exigirle los mismos requisitos a un director de hecho que a uno formal.

Por ello, el art. 274, LGS, debe interpretarse con razonabilidad y sentido común. Para eximirse de responsabilidad no se le puede exigir a un director que no puede participar en la reunión de directorio que deje constancia escrita de su protesta o que ejerza la acción judicial. Igualmente, no sería ilógico exigir que diera noticia al síndico (en función de su conocimiento) o que incluso así lo denuncie al directorio o a los accionistas a los efectos de que tomen conocimiento de la situación y puedan ejercer las medidas que correspondan para proteger el patrimonio social.

La extinción de la responsabilidad (esto es, la obligación de resarcir nace para el administrador y, luego, por un acto posterior se extingue) tiene algunas particularidades. En realidad, toda la "interacción" normativa entre el administrador de hecho y el de derecho la tiene (por cuanto muchas veces es difícil, si no imposible, integrar dos esferas —fáctica y legal— claramente diferentes de una misma función).

La extinción se produce por "aprobación de la gestión", por renuncia expresa o transacción resuelta en la asamblea (si la responsabilidad no es por violación de la ley, estatuto o reglamento y no media oposición del cinco por ciento del capital social). Si bien la LGS no autoriza expresamente este tipo de actos respecto del administrador fáctico, lo cierto es que la asamblea puede resolver cualquier tema que le someta el directorio o soliciten los accionistas (siempre dentro de los límites de su competencia). Si la asamblea decide "renunciar" (extinguir) a la responsabilidad civil del administrador de hecho, no hay ningún problema en que lo haga. Se trata de derechos disponibles que las partes pueden renunciar. Tampoco se prohíbe que haya una transacción o, incluso, que se apruebe una gestión de hecho, lo cual puede ocurrir en tanto y en cuanto no afecte el derecho de terceros.

Obviamente, esta liquidación será ineficaz en caso de liquidación concursal (quiebra o algún tipo de liquidación judicial, como compañías de seguros) y, por ello, la acción social podría ser iniciada por el síndico concursal en función de las pautas del régimen concursal a los efectos de proteger el patrimonio societario (sea en la reducción de los activos o en el incremento de los pasivos).

XVII. Retribución

Una cuestión importante se relaciona con la aplicabilidad del art. 261, LGS, a los *shadow di-*

(165) Recuérdese en este punto que la LGS mezcla no solo factores de atribución (dolo y culpa grave), sino también la ilicitud (violación de la ley, estatuto o reglamento), incluso sin desarrollar adecuadamente la estructuración básica de la responsabilidad civil.

rectors **(166)** y los límites de la retribución. Pensamos que sí y que todos los directores, aun los de hecho, deben respetar dicha norma. El hecho de no ser designado "societariamente" no puede servir de excusa, justamente, para burlar dicha norma (sería un contrasentido).

El administrador de hecho no solo funciona como una regla de responsabilidad, sino como una estructura de cumplimiento de deberes fiduciarios de la sociedad. Ningún administrador podría eludir el cumplimiento de las normas societarias sobre la base de la inexistencia de una designación formal. Más aún cuando se trata de normas que se le exigen a cualquier director. Un director de hecho no podría justamente utilizar como excusa el incumplimiento de la norma respecto de la competencia societaria y de la eventual designación formal.

Por ello, el director de hecho no podría percibir honorarios en exceso del veinticinco por ciento de las ganancias (porcentaje que se reduce al cinco por ciento cuando no hay distribución de utilidades, reducción que será proporcional al monto que se distribuye).

Incluso cuando el director de hecho desarrollara "comisiones especiales" o "funciones técnico-administrativas", lo que perciba el director de hecho no podrá exceder dicho monto, aun cuando se apruebe por la asamblea de accionistas. La asamblea no podría validar este exceso en perjuicio de accionistas minoritarios u otros interesados.

XVIII. Celebración de contratos con el administrador de hecho

Este mismo fundamento sustenta la plena aplicabilidad del art. 271, LGS, al director de hecho. Esta norma señala que el director puede celebrar con la sociedad los contratos que sean de la actividad en que esta opere y siempre que se concierten en las condiciones del mercado. Los contratos que no reúnan los requisitos del párrafo anterior solo podrán celebrarse previa aprobación del directorio o conformidad de la sindicatura, si no existiese quórum. De estas operaciones deberá darse cuenta a la asamblea. Si la asamblea desaprobare los contratos celebrados, los directores o la sindicatura, en su caso, serán responsables solidariamente por los daños y perjuicios irrogados a la sociedad. Los contratos celebrados en violación de lo dispuesto en el párrafo segundo y que no fueren ratificados por la asamblea son nulos, sin perjuicio de la responsabilidad prevista en el párrafo tercero.

En consecuencia, es obvio que el administrador en las sombras solo puede celebrar contratos con la sociedad que se relacionen con la actividad del administrador y "siempre que se realice en condiciones de mercado" (*sic*). El administrador de hecho podría prestar servicios a la sociedad y facturar por ello, incluso periódicamente; pero no podría prestar un asesoramiento técnico que no sea relacionado con su especialidad o por montos que excedan lo razonable (v.gr., asesoramiento comercial).

Si el contrato no reúne dichas condiciones, será nulo, y el director será responsable personalmente por los pagos que se pudieran hacer al administrador de hecho.

La asamblea no podría validar contratos que fueron realizados fuera de las condiciones de mercado o que no fueran de especialidad del director. Incluso, en caso de infracción a esta norma, también podrían ser responsables solidarios por el daño ocasionado (*rectius:* la restitución del dinero percibido originado en la nulidad del contrato) no solo los directores societarios (designados formalmente y solidarios entre ellos), sino también el síndico.

(166) Art. 261, LGS: "El estatuto podrá establecer la remuneración del directorio y del consejo de vigilancia; en su defecto, la fijará la asamblea o el consejo de vigilancia en su caso. El monto máximo de las retribuciones que por todo concepto puedan percibir los miembros del directorio y del consejo de vigilancia en su caso, incluidos sueldos y otras remuneraciones por el desempeño de funciones técnico-administrativas de carácter permanente, no podrán exceder del 25% de las ganancias. Dicho monto máximo se limitará al 5% cuando no se distribuyan dividendos a los accionistas, y se incrementará proporcionalmente a la distribución, hasta alcanzar aquel límite cuando se reparta el total de las ganancias. A los fines de la aplicación de esta disposición, no se tendrá en cuenta la reducción en la distribución de dividendos, resultante de deducir las retribuciones del directorio y del consejo de vigilancia. Cuando el ejercicio de comisiones especiales o de funciones técnico-administrativas por parte de uno o más directores, frente a lo reducido o inexistencia de ganancias imponga la necesidad de exceder los límites prefijados, solo podrán hacerse efectivas tales remuneraciones en exceso si fuesen expresamente acordadas por la asamblea de accionistas, a cuyo efecto deberá incluirse el asunto como uno de los puntos del orden del día".

Salvo el caso de asambleas unánimes (o incluso una sociedad anónima unipersonal) en la que no existan accionistas que puedan no haber aprobado dicha decisión asamblearia, parece ilógico que la asamblea por mayoría "subvierta" una situación anómala como es la del director de hecho y en perjuicio de accionistas minoritarios, ausentes o que no expresaron su voluntad de manera expresa. Sería un contrasentido imponerles a estos la obligación de impugnar una decisión asamblearia (art. 251, LGS) cuando el director de hecho es un administrador que funciona *anorgánicamente* [esto es, al margen de toda la estructura orgánica societaria **(167)**].

XIX. Pólizas de seguros (D&O)

Es relevante la función que hoy tienen los seguros para directores societarios (también llamados *directors and officers* o, por sus siglas, "D&O"). Se trata de una figura que procura la limitación de la responsabilidad personal y brinda indemnidad. Evita que el director deba erogar sumas de dinero derivadas de su responsabilidad civil. El art. 75, ley 26.831 de Mercado de Capitales, señala que, salvo disposición contraria del estatuto, la sociedad podrá contratar un seguro de responsabilidad civil para sus directores para la cobertura de riesgos inherentes al ejercicio de sus funciones.

En principio, este seguro puede ser contratado por la misma sociedad (seguro por cuenta ajena) y muchas veces es una suerte de pago en especie; pero también puede ser contratado por el propio director asegurado (aun cuando no puede cubrir culpa grave y dolo del asegurado, art. 70, ley 17.418 de Seguros).

Más allá de la discusión sobre los límites de esta forma de aseguramiento, es importante determinar si es posible que un director de hecho se asegure por responsabilidad societaria. No parece razonable que un director de hecho cuente, justamente, con un seguro de derecho que —en algún punto— exteriorice esta suerte de dirección fáctica. Menos que la propia sociedad asuma un seguro de dirección societaria para una persona que no es, justamente, su director formal y que realiza actividades en infracción al régimen orgánico societario.

Igualmente, podría ocurrir que el director de hecho fuera empleado de la sociedad (o incluso tuviere alguna forma de apoderamiento societario) y que se entienda como razonable su debida cobertura. Recuérdese, incluso, que los gerentes (art. 270, LGS) son responsables solidariamente con los directores.

Por ello, y sin perjuicio de lo opinable del tema, solo en la medida en que exista licitud del interés asegurable y del riesgo asegurado, no existen óbices para que se celebre este tipo de pólizas. Que la relación sea una cuestión de hecho (y no societaria) no transforma necesariamente en ilícita la relación; la regla —en general— es que el ordenamiento jurídico lo debe tratar como un verdadero director. Y si así lo debe tratar, no debería existir inconveniente en que suscriban estos seguros directores y oficiales, en la medida en que la información sea plena sobre el rol del director de hecho.

XX. Conflictos de interés y prohibición de competencia

El art. 241, LGS, impone a los directores ciertas inhabilitaciones para votar en asambleas **(168)**. Los directores, síndicos, miembros del consejo de vigilancia y gerentes generales no pueden votar en las decisiones vinculadas con la aprobación de sus actos de gestión. Tampoco lo pueden hacer en las resoluciones atinentes a su responsabilidad o remoción con causa. La cuestión es solo trascedente cuando el director tiene interés personal, contrario al social (art. 248, LGS) y es accionista. El conflicto de interés se determina, más que por su posición de director, por su condición de accionista. Se trata de un conflicto de interés en la asamblea, y no necesariamente en la sociedad. Incluso el art. 241, LGS, es una especie de un principio más general (que engloba la teoría del interés contrario). Cabe

(167) QUIJANO GONZÁLEZ, J., "La responsabilidad civil de los administradores de la sociedad anónima", Ed. Universidad Valladolid, Valladolid, 1985, p. 372, quien sigue fundamentalmente la doctrina italiana, francesa y alemana en el particular.

(168) Este dispositivo debe relacionarse con el art. 248, LGS, que dice que el accionista o su representante que en una operación determinada tenga por cuenta propia o ajena un interés contrario al de la sociedad tiene obligación de abstenerse de votar los acuerdos relativos a aquella. Si contraviniese esta disposición, será responsable de los daños y perjuicios cuando sin su voto no se hubiera logrado la mayoría necesaria para una decisión válida.

aclarar, igualmente, que el "interés contrario" no es consustancial con la noción de administrador de hecho **(169)** (que puede existir aun cuando no haya interés contrario al societario).

La cuestión, en cambio, es muy relevante en la dinámica del directorio, sea para celebrar contratos con la sociedad (art. 271, LGS), sea cuando tuviera interés contrario al social (art. 272, LGS) **(170)** o para actividad en competencia (art. 273, LGS). La regulación societaria es la siguiente:

Art. 271, LGS: "El director puede celebrar con la sociedad los contratos que sean de la actividad en que esta opere y siempre que se concierten en las condiciones del mercado. Los contratos que no reúnan los requisitos del párrafo anterior solo podrán celebrarse previa aprobación del directorio o conformidad de la sindicatura si no existiese quórum. De estas operaciones deberá darse cuenta a la asamblea. Si la asamblea desaprobare los contratos celebrados, los directores o la sindicatura en su caso, serán responsables solidariamente por los daños y perjuicios irrogados a la sociedad. Los contratos celebrados en violación de lo dispuesto en el párrafo segundo y que no fueren ratificados por la asamblea son nulos, sin perjuicio de la responsabilidad prevista en el párrafo tercero".

Art. 272, LGS: "Cuando el director tuviere un interés contrario al de la sociedad, deberá hacerlo saber al directorio y a los síndicos y abstenerse de intervenir en la deliberación, so pena de incurrir en la responsabilidad del art. 59".

Art. 273, LGS: "El director no puede participar por cuenta propia o de terceros, en actividades en competencia con la sociedad, salvo autorización expresa de la asamblea, so pena de incurrir en la responsabilidad del art. 59".

El director de hecho no puede realizar actividad en competencia con la sociedad. Y, si lo hace, será responsable personalmente por los daños y perjuicios que haya ocasionado. Pese a no tener nombramiento formal, la configuración misma de la "realidad fáctica" de la gestión impone el cumplimiento del *standard* de conducta (al menos, buena fe y lealtad como deber general) y con ello la imposibilidad de aprovechar los negocios en competencia que podría lograr por su especial función de gestión, aun cuando esta sea de hecho. Obviamente, la asamblea (ordinaria) podría autorizar la realización de estos actos.

Si la asamblea no lo autorizara, la sociedad no solo podría iniciar una acción de responsabilidad societaria (arts. 59 y 274, LGS), sino también lograr el cese en la conducta anticompetitiva. En estos casos, la posibilidad concreta de cuantificar los daños y perjuicios suele ser muy difícil en función de la complejidad del nexo adecuado de causalidad. Los rendimientos empresarios y la rentabilidad de ciertos activos están sujetos a muchos factores que no necesariamente inciden del mismo modo en la gestión empresarial. Es por ello por lo que muchas veces una misma actividad realizada por una empresa de estructura similar y en un mercado similar puede tener desempeños muy diferentes y con ello también su impacto en las ganancias de la compañía.

Incluso podría ocurrir que en una sociedad sea solo un administrador de hecho, pero en la otra sea "administrador de derecho" (o a la inversa). Pese a la falta de investidura, la cuestión que determina la prohibición de competencia es, en sí misma, la situación fáctica; si actúa como director tiene los mismos deberes que el director. Y, por ello, tiene prohibido participar en otras sociedades con la misma actividad como director de derecho o, también, de hecho.

Incluso cuando se considerara que el fundamento societario de la imposibilidad de competencia (o de celebración de contratos) no fuera suficiente, resultaría —en subsidio— aplicable la normativa de competencia desleal. Recuérdese que el art. 8º, dec. 274/2019 de Lealtad Comercial, señala que están prohibidos los actos de competencia desleal, cualquiera sea la forma que adopten, el medio a través del cual se realicen y el mercado en el que tengan lugar, y

(169) En contra, VIACHESLAVIVNA KOLOHOIDA, O., "The concept of shadow directors'...", ob. cit., p. 126.

(170) Este conflicto podría ser "manifiesto" u "oculto". Al respecto se ha dicho: "Se diferencian según el nivel de exposición que reviste la conducta del administrador. Así, cuando actúa revelando su posición en contraposición de los intereses del principal, adquirirá el carácter de manifiesto o revelado; cuando no revela la existencia de un interés propio o de un tercero y en apariencia actúa en pos del interés de la sociedad, el conflicto permanecerá oculto" (PALACIO, L. A. — FERNÁNDEZ DE ANDREANI, P., "Conflicto de intereses del administrador societario", Ed. Astrea, Buenos Aires, 2020, p. 18).

que no será necesario acreditar la generación de un daño, pudiendo este ser actual o potencial. Incluso el art. 9º dice que constituye un acto de competencia desleal toda acción u omisión que, por medios indebidos, resulte objetivamente apta para afectar la posición competitiva de una persona o el adecuado funcionamiento del proceso competitivo.

La única posibilidad es que sea la propia sociedad la que "apruebe" dicha competencia; dicha decisión debe ser tomada por la asamblea de accionistas, asamblea que deberá ser general (y no especial) y en la que no podrá votar el accionista que —a la vez— sea el que procura realizar la actividad en competencia (no ya por el art. 241, LGS, sino por el art. 248, LGS). Debe tratarse el punto de manera expresa y clara.

Aun cuando se autorizara la actividad en competencia, no se puede permitir la configuración de un ilícito contra la sociedad (v.gr., aprovechamiento de secretos empresarios, utilización de activos societarios en su propio beneficio). Dicha autorización solo habilita la "sana competencia"; pero la "autorización" no hace "leal" una conducta "desleal". Siempre existe la posibilidad de que el accionista minoritario (o aun el externo en grupos societarios) pueda accionar en contra del administrador de hecho, si se dan los presupuestos de la responsabilidad.

XXI. Aspectos concursales

La circunstancia de que la sociedad esté en cesación de pagos, aun de manera inminente **(171)**, no cambia la posibilidad de que se configure una situación fáctica de administración de hecho.

No solo mientras se tramite el proceso concursal (especialmente el concurso preventivo, en el que la administración de los bienes se mantiene en cabeza del concursado), sino por actos que pudieran haberse realizado antes del proceso concursal (sea de concurso preventivo o de quiebra).

XXII. Responsabilidad concursal

Es claro que el art. 173, LCQ, recepta de algún modo, y con cierta similitud en el derecho comparado **(172)**, la figura en el ámbito concursal (concretamente, en la quiebra). La norma no solo hace alusión a los "administradores" o "mandatarios" a secas [y sin diferenciación **(173)**], sino que en su segundo párrafo alude a "quienes de cualquier forma participen dolosamente en actos tendientes a la disminución del activo o exageración del pasivo, antes o después de la quiebra" (*sic*).

La redacción de la norma permite incluir, sin mayor esfuerzo intelectual, al administrador de hecho. La noción de esta figura en el ámbito concursal no varía, pero no necesariamente se requieren los cuatro elementos para que haya responsabilidad (realización efectiva de funciones, ausencia de designación formal, independencia y habitualidad). El dispositivo concursal es más amplio, porque se puede extender la responsabilidad aun cuando no haya independencia ni habitualidad.

Lo importante a estos fines se relaciona con el "dolo" (aun eventual) y la realización de conductas (disminución del activo o exageración del pasivo que hubiera producido, facilitado, permitido o agravado la insolvencia) **(174)**. No se exige que esa disminución sea de manera permanente o habitual ni que haya sido reali-

(171) "No es posible predicar 'prevención' si se exige la efectiva cesación de pagos. Se incorporan, así, dentro de sus alcances, los estados generalmente identificados por la doctrina y legislación más moderna, como de 'insolvencia inminente' de mayor rigor técnico para el concurso aplicable, y se remedia de igual manera el incoherente requerimiento de hechos reveladores (v.gr., el incumplimiento), especialmente el supuesto del concurso preventivo" (BERSTEIN, O., "Inminente cesación de pagos", Ed. Astrea, Buenos Aires, 2018, p. 161).

(172) La Sec. 251 de la *Insolvency Act* de 1985 califica al *shadow director* como aquella persona cuyas directivas o instrucciones los otros directores de la compañía están acostumbrados a cumplir. Cfr. FINCH, V., "Corporate insolvency law. Perspectives and principles", Ed. Cambridge University Press, Cambridge, 2002, ps. 413 y ss. También: Sec. 741 de la *Companies Act* de 1985, y Sec. 22 de la *Company Director Disqualification Act* de 1986.

(173) BERGEL, S. M., "Responsabilidad de terceros en la quiebra", JA 1981-I-742.

(174) En la ley española (ley 22/2003) se introdujo la equivalencia entre los administradores de hecho y de derecho en sus arts. 164.1 y 172.3, en materia de calificación del concurso y régimen de responsabilidad concursal para los administradores, o en el art. 48.3, relativo al régimen cautelar del embargo. En dichas normas se mencionan conjuntamente los administradores de derecho y los de hecho.

zada de manera unilateral. Obviamente, se trata de una figura de interpretación restrictiva (porque es contraria a la presunción de buena fe o inocencia) y en la que debe existir un adecuado nexo de causalidad entre los daños imputados y la conducta del administrador de hecho.

Debe tenerse en cuenta:

(i) la responsabilidad se extiende a actos realizados antes o después de la quiebra;

(ii) si fueran actos desarrollados de manera previa a la quiebra, abarca aquellos actos realizados hasta un año antes de la fecha inicial de la cesación de pagos;

(iii) la acción puede ser iniciada por el síndico [previa autorización de los acreedores **(175)**] o cualquier acreedor en caso de que el síndico no la inicie [no requiere autorización, porque lo hace a su riesgo y costa **(176)**];

(iv) la prescripción es de dos años (contados desde la fecha de la sentencia de quiebra);

(v) debe hacerse en el tribunal donde tramita la quiebra y bajo las reglas del juicio ordinario (salvo por la perención de instancia, que opera a los seis meses);

(vi) puede pedir medidas cautelares (las que se rigen bajo las mismas reglas procesales del lugar del juicio).

XXIII. Extensión de quiebra

La extensión de quiebra no está pensada para "responsabilizar" a los directores; tampoco a los *shadow directors* **(177)**. De hecho, no hay una recomposición *stricto sensu*, sino que se produce la declaración de quiebra de un sujeto distinto de la fallida (como consecuencia de ciertos actos realizados con relación al patrimonio de la fallida).

La aplicación del art. 160, LCQ, deviene impracticable. La norma exige la configuración de la condición de socio (y con responsabilidad ilimitada). Podrá discutirse si la extensión de quiebra alcanza al socio oculto (en función de la eventual ilimitación de la responsabilidad) o al socio de una sociedad de la Sección IV (sobre lo que no existe acuerdo doctrinario), pero la extensión no se produce en función de la gestión de un director (aun oculto), sino por ser socio.

Incluso el art. 161, inc. 2º, LGS, alude al control abusivo (lo que también requiere de la condición de socio y no de gestor; la norma alude a aquella persona "que en forma directa o por intermedio de una sociedad a su vez controlada, posee participación por cualquier título, que otorgue los votos necesarios para formar la voluntad social").

Quizás el supuesto denominado "actuación en interés personal" puede tener puntos de contacto con la figura del administrador de hecho. En efecto, el art. 161, inc. 1º, LCQ, señala que la quiebra se extiende a "toda persona que, bajo la apariencia de la actuación de la fallida, ha efectuado los actos en su interés personal y dispuesto de los bienes como si fueran propios, en fraude a sus acreedores".

Aquí se da un supuesto que podría englobar no solo a los directores formales, sino también a los administradores de hecho. En efecto, el director de hecho podría actuar bajo la apariencia de hacerlo por la fallida (v.gr., con un poder o algún otro contrato que así lo habilite) y realice actos de gestión de la sociedad en su propio interés.

Al igual que la armonización que se produce entre la gestión de hecho y la responsabilidad concursal, aquí lo determinante no es el cumplimiento de los recaudos del director de hecho (actividad, falta de designación, habitualidad

(175) FRICK, P. D., "Aspectos controvertidos en torno al ejercicio de la acción social de responsabilidad por parte del síndico concursal", RDCO 231-144, 2008.

(176) RIVERA, J. C. — CASADÍO MARTÍNEZ, C. A. — DI TULLIO, J. A. — GRAZIABILE, D. J. — RIBERA, C. E., "Derecho concursal", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2010, t. III, p. 709.

(177) Ver, sin embargo, el análisis que realiza Miguens en el derecho inglés, quien dice: "A los efectos de la aplicación de esta norma son considerados directores de los negocios sociales las siguientes personas: a) Los directores de derecho. b) Los directores de hecho, o *shadow director*. Dentro de esta segunda categoría se ha interpretado que encajan los directores de una sociedad dominante de un grupo, en el caso del concurso de la dominada, como así también la aplicabilidad misma de estas normas al caso de grupos de sociedades" (MIGUENS, H. J., "La extensión de la quiebra y la responsabilidad en los grupos de sociedades en el derecho inglés", LA LEY 2001-F, 1115).

e independencia), sino que ese director de hecho haya realizado actos en su interés personal y haya "dispuesto de los bienes como si fueran propios, en fraude a sus acreedores".

Si se configuran los requisitos concursales de la extensión de quiebra en interés personal —los cuales son **(178)**: (i) declaración de quiebra principal (persona física o jurídica); (ii) disposición de bienes del quebrado principal como si fueran propios; (iii) en apariencia de la fallida; (iv) realizados en interés personal; (v) existencia de fraude a los acreedores—, la extensión de quiebra es procedente contra el administrador de hecho que haya dispuesto de bienes como si fueran propios.

A diferencia de la responsabilidad concursal, cabe señalar:

(i) no se requiere fijación de la fecha de cesación de pagos;

(ii) puede ser iniciada por el síndico (sin acreditar autorización de los acreedores) o el acreedor (sin mayor requisito, e incluso con beneficio de litigar sin gastos);

(iii) el plazo es de caducidad (y no de prescripción) y es de seis meses (desde el informe general o luego de la quiebra indirecta);

(iv) tramita ante el juez del concurso, bajo las reglas del ordinario y con perención en seis meses (pero en caso de declararse la quiebra por extensión podrá entender el juez competente respecto de aquel que posea *prima facie* el activo más importante);

(v) también se pueden pedir medidas cautelares y otras medidas propias de los procesos ordinarios.

XXIV. Separación de la administración

Usualmente, la separación de la administración de la sociedad concursada (art. 17, LCQ) está pensada para los directores formalmente designados.

Cuando el concursado realice "actos a título gratuito o que importen alterar la situación de los acreedores por causa o título anterior a la presentación" (art. 16, 1º párr., LCQ) o no pida autorización para ciertos actos (relacionados con bienes registrables, disposición o locación de fondos de comercio, emisión de *debentures* u obligaciones negociables con garantía especial o flotante, prenda o los que excedan de la administración ordinaria de su giro comercial), el juez puede disponer no solo su ineficacia, sino también la separación de la administración. Dicha separación puede ordenarla, incluso, cuando el director salga del país sin comunicación previa, cuando oculte bienes, omita las informaciones que el juez o el síndico le requieran, o incurra en falsedad en las que produzca o realice algún acto en perjuicio evidente para los acreedores.

Esta medida se relaciona con el administrador oculto de dos maneras posibles. En un primer aspecto, la sola existencia de un administrador oculto (o de hecho) importa la omisión de información muy relevante que el juez debería conocer; es un supuesto grave **(179)**. Por ello, una vez conocida dicha circunstancia por el juez, se puede proceder a la separación de la administración no solo del administrador societario, sino también del administrador de hecho. Si bien la LCQ no menciona expresamente esta forma fáctica de administración, el fundamento que sustenta la separación del administrador societario permite su extensión a los administradores de hecho. Expresado en otros términos: la sola existencia de un administrador de hecho es causal suficiente en los términos del art. 17, LCQ, para separar a ambos administradores (formal e informal).

Pero incluso podría darse el caso de que sea el administrador de hecho el que realice actos prohibidos (v.gr., ocultar bienes, incurrir en falsedades o realizar actos en perjuicio de los acreedores). En este caso, la medida podría alcanzar expresamente al administrador de hecho a los fines de evitar dichas conductas. No será posible una coadministración, pues sería —en algún

(178) CNCom., sala E, 06/12/2012, "Frigorífico Moreno SA s/ quiebra c. Rawsing Company SA s/ ordinario", LL AR/JUR/78368/2012; CNCom., sala C, 25/09/2007, "Villaroel Cifuentes, Ismael y otros c. Anda, Alicia Regina y otros", LL AR/JUR/12206/2007; CNCom., sala E, 09/04/2008, "Celular Assistance SA s/ quiebra", LL AR/JUR/3744/2008.

(179) "Los motivos deben ser graves, pues, para situaciones que no sean tales, queda la posibilidad de nombrar un coadministrador, un veedor o un interventor controlador" (GEBHARDT, M., "Ley de Concursos y Quiebras", Ed. Astrea, Buenos Aires, 2008, t. 1, p. 107).

punto— una validación incorrecta de una figura no permitida por el ordenamiento concursal.

Obviamente, según las circunstancias del caso, el juez puede limitar la medida a la designación de un coadministrador, un veedor o un interventor controlador, con las facultades que disponga. Será el juez el que determine los alcances de dicha medida cautelar. Recuérdese que, pese a ser una medida cautelar, no se requiere de una acción de fondo (como sí ocurre con la intervención judicial de la sociedad) ni la prestación de una contracautela (porque es el juez el que la ordena).

XXV. Viaje al exterior

Respecto a la interdicción para salir del país y su extensión al administrador de hecho, cabe remitir a la jurisprudencia citada al respecto, especialmente los casos "Correo Argentino SA" y "Telearte SA".

XXVI. Informes del síndico

El síndico concursal debe informar periódicamente sobre la situación de la empresa. Sus informes incluyen la evolución de la empresa, la existencia de fondos líquidos disponibles y el cumplimiento de las normas legales y fiscales (art. 14, inc. 12, LCQ).

La existencia de un administrador de hecho no es una cuestión menor o intrascendente y hace especialmente a la situación de la empresa, pero especialmente al cumplimiento de normas legales (que impiden la transferencia de la administración por fuera de la estructura orgánica).

Incluso, el informe general debe contener información sobre la administración de la empresa concursada. El art. 39, inc. 5º, LCQ, dice que este informe no solo debe contener referencia sobre las inscripciones del deudor en los registros correspondientes y, en caso de sociedades, sobre las del contrato social y sus modificaciones, sino que debe indicar "el nombre y domicilio de los administradores y socios con responsabilidad" **(180)**. Obviamente, de existir un administrador de hecho, el síndico debería informar esta circunstancia, justificarla (legal y fácticamente) e informar el domicilio de la empresa.

XXVII. Votación en el concurso preventivo

El concursado preventivamente debe obtener las conformidades de los acreedores para el acuerdo que proponga antes del vencimiento del período de exclusividad. En principio, solo votan quienes hayan verificado su crédito y esté reconocido en la sentencia de verificación de créditos (art. 36, LCQ) **(181)**.

El concursado debe lograr la mayoría absoluta de los acreedores dentro de todas y cada una de las categorías, que representen las dos terceras partes del capital computable dentro de cada categoría. El art. 45, *in fine*, LCQ, señala que se excluye del cómputo al cónyuge, los parientes del deudor dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o adoptivos, y sus cesionarios dentro del año anterior a la presentación. Tratándose de sociedades, no se computan los socios, administradores y acreedores que se encuentren respecto de ellos en la situación del párrafo anterior **(182)**. La prohibición no se aplica a los acreedores que sean accionistas de la concursada, salvo que se trate de controlantes de esta.

No existen dudas de que los administradores societarios están excluidos del cómputo de la mayoría. No pueden votar (ya que la LCQ, en general, opta por prohibir el voto complaciente). La exclusión también alcanza al administrador de hecho. El fundamento es similar. Incluso Cámara señala que la ley comprende a los administradores que desempeñan el cargo al momento de expresar el voto; sin embargo, el

(180) Sobre este punto, se ha dicho que "una buena labor en el concurso abrevia luego etapas en la quiebra, evitando el largo tiempo de búsqueda de datos en los registros y lo que suelen ser sucesiones de notificaciones frustradas" [FRICK, P. D. — SCIOTTI, L. — ESCANDELL, J. — VILLOLDO, M., en CHOMER, H. O. (dir.) — FRICK, P. D. (coord.), "Concursos y quiebras. Ley 24.522", Ed. Astrea, Buenos Aires, 2016, t. 1, p. 782].

(181) CASADÍO MARTÍNEZ, C. A., "Insinuación al pasivo concursal", 2ª ed., Ed. Astrea, Buenos Aires, 2007, p. 234; JUNYENT BAS, F. — MOLINA SANDOVAL, C., "Verificación de créditos, fuero de atracción y otras cuestiones conexas", Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2000, p. 165.

(182) Ver los fundamentos en la exclusión de los administradores y de los controlantes en FARINA, J. M. — FARINA, G. V., "Concurso preventivo y quiebra", Ed. Astrea, Buenos Aires, 2008, t. 1, p. 526.

magistrado deberá estar atento al supuesto de renuncias para usar el derecho de voto con fines aviesos **(183)**.

Obviamente, la cuestión en este caso no está dada solo por el encuadre teórico (exclusión del voto de un administrador de hecho), sino por su faz probatoria y su cauce procesal. Si se trata de una situación conocida y aceptada públicamente en la empresa (o incluso reconocida por el mismo administrador), la situación es sencilla: se excluye no solo de la posibilidad del voto, sino también de la base de cálculo.

Pero, a falta de acuerdo sobre los alcances de la situación fáctica (si es realmente un administrador de hecho), la cuestión adquiere otros matices. Quizás el cauce procesal debiera tramitar bajo las reglas de la impugnación de la existencia de las mayorías (art. 50, LCQ).

Una vez que el deudor denuncia la obtención de las mayorías (y acompaña las conformidades al expediente), el juez debe dictar una resolución haciendo saber la existencia del acuerdo preventivo (art. 49, LCQ). Pese al dictado de la resolución, los acreedores con derecho a voto, y quienes hubieren deducido incidente, por no haberse presentado en término, o por no haber sido admitidos sus créditos quirografarios, pueden impugnar el acuerdo, dentro del plazo de cinco días siguientes a que quede notificada por ministerio de la ley la resolución del art. 49, LCQ. Dicha resolución puede fundarse en el error en el cómputo de la mayoría necesaria (art. 50, inc. 1º, LCQ).

El legitimado activamente debe no solo impugnar el acuerdo, sino "acreditar" la existencia de la situación de administrador de hecho a los efectos de poder excluirlo del cómputo de las mayorías.

XXVIII. *Cramdown*

Existe suficiente consenso en que los directores o gerentes de la sociedad deudora no pueden registrarse como interesados a los efectos de competir en el *cramdown* (o salvataje empresario, art. 48, LCQ).

El principio es que el directivo o gerente no puede competir por cuenta propia o de terceros con la sociedad, y que las mayores posibilidades de abuso se encuentran en la especial situación de los administradores. Estos se encuentran en una situación más favorable que cualquiera de los otros inscriptos (pues acceden a información de primera mano sobre el estado patrimonial de la concursada) **(184)**, pero —paralelamente— es un contrasentido porque fueron ellos quienes llevaron a la concursada al estado de cesación de pagos **(185)**.

Ello importa, de manera evidente, que si el administrador societario no podría participar del *cramdown*, tampoco podría hacerlo el director de hecho, aun cuando fuera accionista o socio de la sociedad. El mismo fundamento que impide la presentación del director rige para la situación fáctica. El administrador de hecho no puede competir con la misma sociedad.

XXIX. Responsabilidad del administrador de hecho por las deudas laborales

XXIX.1. Visión general

La responsabilidad de terceros de los administradores (art. 279, LGS) encuentra en el derecho laboral un campo propicio de aplicación, especialmente en el caso de insolvencia de la sociedad. En general, la mayoría de los créditos laborales se vinculan con la falta de registración laboral (trabajo en negro), accidente e infortunios laborales, e incluso otros que derivan del despido laboral.

El planteo práctico del tema demuestra que muchas veces los tribunales confunden la desestimación de la personalidad societaria (art. 54, LGS) con la responsabilidad de los administradores (arts. 59, 157 y 279, LGS). Ello ha llevado a la doctrina y jurisprudencia a polemizar sobre la aplicabilidad de la normativa societaria **(186)** y el alcance que esta tiene en orden a

(183) CÁMARA, H., "El concurso preventivo y la quiebra", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1980, t. II, p. 1002; VAISER, L., "Exclusión de acreedores en el proceso concursal", Ed. Astrea, Buenos Aires, 2015, p. 34.

(184) JUNYENT BAS, F. — CHIAVASSA, E., "El salvataje de la empresa. El *cramdown* en la ley 25.589", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2004, p. 188.

(185) MOSSO, G., "El *cramdown* y otras novedades concursales", Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1998, p. 405.

(186) JUNYENT BAS, F., "Responsabilidad de los administradores societarios por fraude laboral. Apuntes a

la imputación de las obligaciones de la persona jurídica a sus administradores o, incluso, a sus socios.

Se trata, en esencia, de un problema que tiene muchas facetas y en el que confluyen principios del derecho laboral y del derecho societario, sin dejar de advertir los aspectos fácticos, procesales y hasta probatorios que inciden en la cuestión.

Esta confluencia (que no es contradicción) no es solo de principios; también es normativa. El aspecto societario ya ha sido analizado. Desde la perspectiva laboral, tienen importancia las obligaciones del empleador relacionadas a los infortunios laborales (cumplimiento de las normas de higiene y seguridad laboral y contratación de seguro de riesgo laboral); las obligaciones periódicas que se suscitan durante el desarrollo de la relación de empleo (pago del salario, otorgar licencias obligatorias, ocupación efectiva del trabajador, brindar tareas acordes con la categoría laboral etc.) y las obligaciones que surgen como consecuencia de la ruptura del vínculo laboral [indemnizaciones del art. 245, LCT **(187)**, indemnización sustitutiva de preaviso, indemnizaciones especiales, entrega de certificaciones de remuneraciones y servicios, etc.] **(188)**.

XXIX.2. Antecedentes jurisprudenciales

Uno de los primeros casos (en el orden nacional) fue "Duquesly", al que siguieron otros en un sentido similar. En este fallo textualmente se ha sostenido: "La falta de registración de una relación de trabajo constituye un típico fraude laboral y previsional, pues tiene normalmente por objeto y efecto disminuir en forma ilegítima la incidencia del salario normal en las prestaciones complementarias o indemnizatorias y en los aportes al sistema de seguridad social" **(189)**. Y señaló: "El pago en negro perjudica al trabajador, que se ve privado de aquella incidencia; al sector pasivo, que es víctima de la evasión causada por aquel, y a la comunidad comercial en cuanto, al disminuir los costos laborales, pone al autor de la maniobra en mejor condición, para competir en el mercado, que la reservada a otros empleadores respetuosos de la ley (...). Es responsable, conforme al art. 59 de la ley 19.550, el presidente del directorio de una sociedad por el actuar societario en violación a la ley, respondiendo ilimitadamente y solidariamente en virtud del art. 274 del mismo cuerpo legal, si aquel no ha probado su oposición a dicho accionar, ni ha asentado su protesta dando noticia al síndico de la misma, único medio de eximirse de tal responsabilidad" **(190)**.

A similar conclusión, pero sobre la base de la desestimación de la personalidad societaria (art. 54, LGS), se arribó en "Delgadillo", cuando se señaló que "la demandada incurriría en la práctica de no registrar ni documentar una parte del salario efectivamente convenido y pagado, práctica comúnmente denominada pago en negro y prohibida por el art. 140 de la LCT y por el art. 10 de la Ley de Empleo. La conducta asumida por la empleadora constituye un típico fraude laboral y previsional que tiene por objeto y efecto disminuir en forma ilegítima la incidencia del salario normal. El pago en negro perjudica al trabajador; al sector pasivo que es víctima de la evasión previsional, y a la comunidad, al disminuir los costos laborales, colocando al autor de la maniobra en mejor condición para competir en el mercado (...). El art. 54 de la ley 19.550 resulta aplicable en cuanto en la especie se produce una violación de la ley y del orden público laboral y se frustran los derechos del trabajador" **(191)**. Y agrega: "La extensión de la responsabilidad que impone la norma es viable pese a que la actora haya trabajado para la sociedad anónima Shatell y no para los so-

los fallos 'Delgadillo Linares' y 'Duquesly'", RDPC 2000-1: "Sociedades anónimas", p. 183.

(187) Deben ponderarse las reformas de la ley 25.013 para las nuevas contrataciones laborales.

(188) FERRER, G. L. — ROITMAN, H., "Responsabilidad de directores por las obligaciones laborales", *Revista de Derecho de Daños*, nro. 8, Ed. Rubinzal-Culzoni, p. 166.

(189) CNTrab., sala III, 19/02/1998, "Duquesly, Silvia c. Fuar SA y otro", LA LEY 1999-B, 445, con nota de POCLAVA LAFUENTE, J. C., "Trabajo 'en negro'. Socios y controlantes. Un supuesto de solidaridad poco aplicado"; LA LEY 1999-B, 1, con nota de NISSEN, R. A., "Un magnífico fallo en materia de inoponibilidad de la personalidad jurídica"; DT 1998-A, 715; DJ 1999-2, 144; RCyS 1999, 393.

(190) CNTrab., sala III, 19/02/1998, "Duquesly, Silvia c. Fuar SA y otro", LA LEY 1999-B, 445.

(191) CNTrab., sala III , 11/09/1997, "Delgadillo Linares, Adela c. Shatell SA y otros s/ despido", TySS, Ed. Errepar, III.

cios directivos, ya que la demanda contra los socios no se funda en un inexistente contrato de trabajo con ellos, sino en la responsabilidad de estos por los hechos de la sociedad cuando se aplica el art. 54 de la ley societaria" **(192)**. Hubo otros fallos que se pronunciaron en el mismo sentido **(193)**.

El fallo "Palomeque" fue expresamente revocado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en un precedente que aun hoy no tiene aplicación uniforme. Aun luego de la decisión de la Corte Suprema, los precedentes laborales se mantuvieron en una inteligencia similar. De todas formas, existen algunos precedentes que en el 2005 han sido más restrictivos. Se ha señalado que quien insinúa la existencia de un conglomerado de sociedades, así como la utilización de personalidades jurídicas colectivas con la encubierta finalidad de disimular o aparentar, debe suministrar una explicación concreta, genérica y detallada de las razones que justifican la realidad de tal afirmación, y que ella no es una mera conjetura, suministrando los datos que conducen a descorrer el velo de la personería y ofrecer prueba **(194)** de ello. Por ejemplo, proporcionar la integración de las sociedades sospechadas, la formación de sus capitales, la conformación de sus autoridades y niveles gerenciales, los aportes, etc., todo lo cual podría surgir de informes que podrían obtenerse del registro respectivo y del dictamen de un perito contable **(195)**.

En otro precedente se agregó que la preservación de los principios societarios implica que, ante la eventual colisión entre el mantenimiento de la personalidad diferenciada del ente y la aplicación de la extensión de responsabilidad, deberá estarse al mantenimiento de la primera, y solo será posible extender la responsabilidad a los socios, controlantes, administradores y directivos de la entidad en los supuestos en que resulten suficientemente probados y acreditados los hechos que justifiquen la atribución de responsabilidad, por cuanto tiene carácter excepcional **(196)**.

El Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, por intermedio de su sala Laboral, mediante sentencia 2, del 25/02/2003, *in re* "Cossar, Marcelo A. c. R. P. M. SRL y otros - indem. ley 24.013, etc. - rec. de casación", también resolvió un supuesto similar. En el caso, la parte actora cuestionó el pronunciamiento en tanto transgrede el principio lógico de razón suficiente al condenar a la SRL, toda vez que con la prueba rendida quedó acreditado que sus integrantes actuaron en forma personal, no en representación de ningún ente jurídico. La sala Laboral del Tribunal Superior admitió la casación.

En este caso se dijo que carece de razón suficiente la conclusión del tribunal en orden a la actuación fraudulenta de la sociedad demandada, si la única trascendencia de dicha declaración es comprender en la condena a quien fue calificado como "hombre de paja", esto es, un insolvente, porque —frente a tal supuesto— se debió sancionar a favor del trabajador —tercero perjudicado— la conducta que verificaba, lo que no se logra con la extensión de la condena a la persona jurídica. Agregó que resulta ineficaz desbaratar el plan en contra de la ley y de los derechos de terceros, para luego evadir la condena individual de los socios, desde que el obrar por interpósita persona es presunción de la intención de sustraer el patrimonio como garantía del crédito de los acreedores.

En un caso posterior **(197)**, el Tribunal Superior ratificó su posición. En este fallo, una Cámara Laboral había hecho lugar a la demanda en contra de la sociedad, pero la desestimó en con-

(192) CNTrab., sala III , 11/09/1997, "Delgadillo Linares, Adela c. Shatell SA y otros, s/ despido", TySS, Ed. Errepar, III.

(193) CNTrab., sala VII, 16/06/1999, "Villafañe, Evelina Mercedes c. Mirmar s/ despido", sentencia 32.274; CNTrab., sala VII, 19/10/1999, "Morales Torrazas Neis, Luis c. Ariste SA y otro s/ despido", sentencia 32.690.

(194) Al administrador de hecho le son exigibles todas las obligaciones, deberes y responsabilidades que el derecho en materia societaria regula, sin que, en ningún caso, el administrador de hecho pueda oponerse alegando la nulidad de la designación o la falta de inscripción en el registro mercantil (REYES VILLAMIZAR, F., "La sociedad por acciones simplificada", ob. cit., p. 45).

(195) CNCiv., sala B, 22/03/2005, "Tecnoilar SA c. Sealu SRL y otros s/ daños y perjuicios".

(196) CTrab. Córdoba, sala IX, 30/06/2005, "Ludueña, Cristian P. c. Distribuidora AC SRL y otros s/ demanda".

(197) TSJ Córdoba, sala Laboral, 13/03/2003, "Bongiovanni, Darío y Alberto Ferreyra c. La Nueva Calle SA, Leonides Lascos y/o quien res. prop. del Diario La Calle - indem. - recurso directo", sent. 10.

tra del presidente del directorio, toda vez que la empleadora de los demandantes fue la sociedad. La parte actora se agravió porque el juez *a quo* excluyó de la condena al presidente del directorio, esgrimiendo que en el juicio se probó la notoria y flagrante evasión laboral formal y tributaria violando la ley y el orden público laboral, por lo que correspondía la aplicación de la solidaridad prevista en el art. 54, LGS. La sala Laboral del Tribunal Superior admitió la casación.

XXIX.3. Corte Suprema de Justicia de la Nación

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha fijado posición en varios fallos. Así, en el caso "Carballo Atilano c. Kanmar SA", del 31/10/2002, adhirió a la opinión del procurador fiscal de la Nación rechazando la desestimación de la personalidad por haberse vulnerado las garantías constitucionales relativas al derecho de propiedad y de defensa en juicio, en tanto se ha extendido al director de una sociedad anónima la condena dictada contra la empresa, subvirtiendo las reglas sobre carga probatoria aplicables en la materia.

Es que los jueces laborales han hecho aplicación de una disposición del régimen societario que no constituye una derivación razonada del derecho vigente, pues se contrapone con principios esenciales del régimen societario. Han prescindido de considerar que la personalidad diferenciada de la sociedad y sus administradores constituye el eje sobre el que se asienta la normativa sobre sociedades anónimas y que esta conforma un régimen especial que se explica porque aquellas constituyen una herramienta que el orden jurídico provee al comercio como uno de los principales motores de la economía. Desde esa perspectiva, resulta irrazonable que el simple relato del actor sin mencionar el respaldo de otras pruebas producidas en la causa tenga la virtualidad de generar la aplicación de una causal de responsabilidad en materia societaria que tiene carácter excepcional, sin la debida justificación.

Con posterioridad, el 03/04/2003, *in re* "Palomeque, Aldo R. c. Benemeth SA y otro", se ratificó la misma posición señalándose que es improcedente la resolución que extendió solidariamente la condena a los directores y socios de la sociedad anónima empleadora por la falta de registración de una parte del salario convenido y pagado a un trabajador, si no fue acreditado que se trataba de una sociedad ficticia o fraudulenta, constituida en abuso del derecho y con el propósito de violar la ley y que, prevaleciéndose de la personalidad, afecta el orden público laboral o evade normas legales.

Así, se agregó que en ese marco se aprecia que los jueces han prescindido de considerar que la personalidad diferenciada de la sociedad y sus socios y administradores constituye el eje sobre el que se asienta la normativa sobre sociedades anónimas y que esta configura un régimen especial porque aquellas constituyen una herramienta que el orden jurídico provee al comercio como uno de los relevantes motores de la economía. Desde esta perspectiva, dice la Corte Suprema, no alcanza a advertir que el contexto probatorio del caso posea virtualidad suficiente como para generar la aplicación de una causal de responsabilidad en materia societaria de orden excepcional, sin la suficiente y concreta justificación; ni que los motivos expresados provean del debido sustento a la inteligencia conferida al precepto en examen.

XXIX.4. Matices

Si la cuestión respecto de los administradores societarios designados en forma suele tener ribetes y en algunos casos se ha juzgado procedente la responsabilidad frente a los trabajadores, la cuestión con el administrador de hecho es incluso mayor, pues tiene dos matices. Por un lado, el propio incumplimiento de normas legales por el director societario que podría generar responsabilidad frente a terceros (como trabajadores) y en donde el enfoque se asienta en el cumplimiento de las normas legales y la responsabilidad societaria. Si el administrador de derecho es responsable, *a fortiori* lo será quien lo sea de hecho (pues asume las mismas responsabilidades y obligaciones). Existe responsabilidad más allá de su designación formal si el trabajador logra acreditar los elementos que justifican la configuración como director de hecho (esto es, la realización de tareas de gestión en la empresa y que inciden en las decisiones más importantes, con independencia aun del propio administrador designado y con una cierta continuidad).

Por el otro, la sola condición de "director de hecho" no hace presumir la responsabilidad

si es que no se presentan otros elementos. No existe solidaridad con las obligaciones (laborales) de la sociedad si no es posible acreditar que existen elementos para imputarle responsabilidad de manera individual. El director de hecho no es un socio oculto (que sí es solidario con el pasivo societario). Es administrador, y el criterio para adjudicarle responsabilidad depende de la configuración de los presupuestos de la responsabilidad **(198)**.

Si la conducta del administrador de hecho fuera dañosa para el trabajador e importara su responsabilidad, será esencial que se plantee una adecuada estrategia probatoria que permita justificar la configuración de los elementos que permiten extender responsabilidad al administrador de hecho (objetivo, formal, subjetivo y temporal). Dicha imputación podrá hacerse claramente en el fuero Laboral y de manera conexa con el propio proceso incoado en contra de la sociedad. Se trata de un proceso en el que existirá un litisconsorcio pasivo facultativo, en el que podrían estar demandados también los directores designados formalmente.

XXIX.5. El director de hecho como empleado no registrado

¿Puede considerarse el administrador de hecho un empleado no registrado de la sociedad? Cabe señalar que las transformaciones económicas y tecnológicas de los últimos tiempos —cuyo ejemplo más emblemático es el de la descentralización productiva **(199)**— han llevado a la búsqueda de discernir de un modo más claro a qué se pretende aludir con el término "dependencia", y así lograr un concepto que abarque una casuística suficientemente amplia que hoy se presenta en la nueva realidad.

Supiot puntualiza que para hacer frente a este dilema se ensayaron distintas soluciones **(200)**. La primera fue la conceptualización de la denominada "dependencia económica", por medio de la cual se intentó delimitar el campo de aplicación del derecho laboral a las "categorías económicamente más débiles". El criterio principal de distinción era el rol de los recursos del trabajador (y, por ello, sería un trabajador dependiente aquel cuyos recursos dependieran casi con exclusividad de quien sacara provecho de su trabajo). Se ha considerado al aspecto económico de la dependencia como la situación en que el trabajador se asegura el cobro de una retribución, otorgando por anticipado al empleador el derecho a disponer del producto que pueda resultar de su actividad física o mental utilizada de acuerdo con los términos del contrato y de la ley, para que el empleador obtenga la mayor utilidad posible o soporte los riesgos de no poder negociar el producto, de hacerlo a menos costo o de la insolvencia del comprador **(201)**.

Es igualmente posible, aunque no común, que el trabajador se encuentre en situación de hiposuficiencia respecto del empleador; por ello pensamos que, aunque frecuente, la dependencia económica no resulta suficiente para la adecuada configuración de la relación de trabajo dependiente (esta puede establecerse aun con personas que gocen de una buena situación patrimonial o formación profesional). La falta de contundencia del elemento anterior (y de la estructura argumental que lo sustenta) para actuar como elemento definitorio de la relación laboral insinuó como elemento distintivo la "subordinación" jurídica del trabajador, que es identificada como "poder de dirección y organización del empleador".

Rodríguez Mancini cuestiona que "la distinción entre el control y dependencia y poder disciplinario es una cuestión que no tiene marcados límites precisos si se tiene en cuenta que la prestación es efectuada por un profesional que posee —o se supone que así sea— conocimientos técnicos que pueden ser superiores a los de

(198) PIZARRO, R. D. — VALLESPINOS, C. G., "Manual de responsabilidad civil", Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2019, t. I, p. 234.

(199) BULLONI, M. N., "Tendencias del trabajo en contextos de descentralización productiva: Reflexiones sobre un caso paradigmático de las transformaciones en curso", *Cuestiones de Sociología*, nro. 9, 2013, p. 187.

(200) SUPIOT, A., "Trabajo asalariado y trabajo independiente", en *Informe para el VI Congreso Europeo de Derecho de Trabajo, Varsovia, 1999*, cit. por VÁZQUEZ, C. A. (h.), "Otra vuelta de tuerca: locación de servicios y relación de dependencia", RDLSS 2016-6, 30/03/2016, 560; LL AR/DOC/4141/2016.

(201) GOLDIN, A., "Informe para OIT sobre *contract labour in Argentina* (proyecto código Nº A08020499999)", cit. por ALIMENTI, J., en VÁZQUEZ VIALARD, "Tratado de derecho del trabajo", ob. cit., t., I, cap. II, p. 182.

su 'controlador'. Evidentemente, esto no es bastante para diferenciarlo de la potestad patronal cuando se dan circunstancias que hacen que esta, la dependencia técnica no resulte definitoria del encuadre jurídico de la relación" **(202)**.

Una tercera postura enfatiza las características estructurales o dinámico-económicas que rodean al trabajo, tales como *la ajenidad en los riesgos o los medios de producción, o bien la carencia de capital propio* destinado a organizar el trabajo. Esta llamada "dependencia en sentido técnico" está identificada especialmente por la ajenidad respecto de la disposición del producto y la organización del trabajo para su realización. La prestación, entonces, se encuentra inserta en un esquema delimitado por la alteridad del resultado y la sujeción a un sistema orgánico, lo que nos llevaría a la dependencia en sentido técnico **(203)**.

Se advierte así que el sujeto se incorpora a una estructura previamente organizada, encontrando su inserción en la naturaleza propia del contrato de trabajo. Para quienes abrazan esta visión de la dependencia, es suficiente con que una persona se introduzca a una estructura productiva previamente instalada por el empleador (a la cual es ajeno el trabajador) y que lo haga para colaborar con su funcionamiento para poder considerar a dicho sujeto como dependiente.

Esta forma de entender la dependencia luce sustentable (e incluso adecuada y conveniente) para ampliar las fronteras protectorias del derecho del trabajo respecto de nuevas formas de trabajo y contratación que se erigen alrededor de las empresas. Fernández Madrid reconoce que la subordinación técnica y jurídica puede ser clara en algunos supuestos y tenue en otros; por eso, el foco debe ponerse sin más en la inserción del trabajador en una empresa ajena, "aun cuando objetivamente pudieran no existir algunos elementos objetivos a través de los cuales se manifiesta usualmente el poder de dirección" **(204)**. Esta tercera corriente es justamente la que adopta el sistema legal laboral en el art. 23 de la LCT, ya que toma como base racional de la presunción plasmada en dicha norma el hecho de que una persona física disponga de su capacidad de trabajo en favor de una organización empresaria ajena. El obligado a prestar el servicio no es quien organiza jurídica o económicamente su propia actividad.

Las cuestiones que rodean el encuadramiento de una relación como incluida o excluida del ámbito del derecho de trabajo son, claramente, de las que revisten mayor complejidad en la especialidad. La enorme casuística que se erige en torno a las relaciones de trabajo y los alcances de su carácter (dependiente o autónomo) impone como sumamente dificultosa la formulación de una máxima que sirva a los tribunales para lograr una conclusión uniforme y que brinde seguridad jurídica. Cabe tener presente que la "existencia de un contrato de trabajo —al que la doctrina en su conjunto no duda en caracterizarlo como un 'contrato realidad'— se impone por sobre las formas que intenten otorgarle un carácter ajeno a la materia" **(205)**.

XXIX.6. Elementos de la dependencia

Existe consenso en que, entre los elementos que deberían ser probados a la hora de pretender la dependencia, los más relevantes son: (i) La imposibilidad de que los trabajadores puedan disponer libremente del trabajo realizado comercializándolo con otras empresas. (ii) Que la persona que ejecuta las tareas esté sujeta a órdenes o directivas y al control del empleador. (iii) La existencia de contralor ulterior de la actividad efectuada por el trabajador. (iv) Que el trabajador no pueda elegir su horario de trabajo, pues la existencia de horario o jornada puede llegar a ser un indicio poderoso para determinar que una persona forma parte de la organización del empleador y es por tanto un dependiente.

Cabe aceptar, también como elemento significativo a los fines de acreditar la relación de de-

(202) RODRÍGUEZ MANCINI, J., "De nuevo sobre la subordinación y la interpretación del art. 23, LCT", DT 2015-34.

(203) VÁZQUEZ (h.), "Otra vuelta de tuerca: locación de servicios y relación de dependencia", ob. cit., p. 560.

(204) PERUGINI, A. H., "Relación de dependencia", p. 64, cit. por VÁZQUEZ (h.), "Otra vuelta de tuerca: locación de servicios y relación de dependencia", ob. cit., p. 560.

(205) GABET, E. A., "La presunción de la existencia de un contrato de trabajo luego de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial", DT 2018 (noviembre), p. 2497.

pendencia, el hecho de que el trabajador figure en las listas de distribución de documentos, en los directorios electrónicos y/o, incluso, en la página web de la empresa. También tiene suma relevancia la concurrencia obligatoria con alguna periodicidad a reuniones en el ámbito de la empresa.

Otro aspecto que suele ser tenido en cuenta por la jurisprudencia laboral es la "exclusividad" del trabajo para una única empresa; esta nota puede ser clave para demostrar la laboralidad del vínculo.

También es característica de la dependencia laboral no solo la falta de asunción de riesgos económicos, sino la obligación de participar en los cursos de perfeccionamiento y formación que imparte la empresa.

Como puede verse, la estructura conceptual de la relación de dependencia y en función del principio de realidad laboral no solo se sustenta en una adecuada toma de posición epistemológica sobre los correctos alcances de la dependencia, sino que impone la especial acreditación de elementos probatorios prácticos que permiten inferir la realidad de los alcances del vínculo.

XXIX.7. Cuestiones a puntualizar

Sobre esta cuestión (relación de dependencia del administrador de hecho) cabe puntualizar algunas cuestiones:

(i) la sola condición de director de hecho no importa necesariamente que tenga una relación laboral no registrada con la sociedad;

(ii) para determinar si el director de hecho es empleado de la sociedad deben analizarse cuidadamente sus actividades y determinar ciertos aspectos como la disposición sobre las tareas (por ejemplo, si presta servicios para otras empresas), si está bajo las órdenes o control de otras personas, si tiene libertad en el horario o tiene funciones determinadas y en función de ello considerar la verdadera naturaleza de la relación;

(iii) así como no todo director societario es empleado de la sociedad (puede o no darse dicha circunstancia), tampoco debe serlo un administrador de hecho. La sola realización de ciertas tareas fácticas (incluso periódicas) no es suficiente para determinar la relación de dependencia;(iv) incluso podría existir un empleado debidamente registrado que no sea director societario sino "director de hecho". Se trata de dos conceptos diferentes, con diferentes requisitos y enfoques.

El problema, obviamente, se relaciona con la condición fáctica de ambos conceptos. El empleado no registrado es quien actúa como empleado pese a no estar registrado en la documentación laboral y previsional de la empresa; el director de hecho se desempeña como director pese a no estar designado formalmente como director (menos aún registrado en el Registro Público).

En ambos casos se realizan tareas materiales y efectivas concretas y personales (más allá de que en el caso del director de hecho estas deberán ser de gestión, dirección y gobierno y propias del órgano de administración). Dichas tareas, en ambos supuestos, se realizan al margen de una realidad registral o formal (no hay contrato de trabajo, acta de directorio de nombramiento, registración societaria o en las autoridades laborales o previsionales) y tienen una cierta continuidad en el tiempo que permite hablar de permanencia.

Quizás el elemento diferencial radica en que las tareas del *shadow director* deben realizarse con independencia, autonomía o falta de subordinación no solo de la estructura orgánica sino también de otras personas vinculadas a la sociedad (cosa que no suele ocurrir cuando se trata de un empleado, aun jerárquico).

XXX. Defensa de la competencia

XXX.1. Principio de realidad económica

El principio de realidad económica es muy importante en el régimen competitivo. So capa de estructuras societarias se realizan operaciones jurídico-económicas en las cuales el verdadero beneficiario permanece "ajeno" a la real situación económica. El art. 3º, 2º párr., LDC, regula este principio: a los efectos de esta ley, para determinar la verdadera naturaleza de los actos o conductas y acuerdos, se atenderá a las situaciones y relaciones económicas que efectivamente se realicen, persigan o establezcan.

Esta directriz competitiva que propugna una visión económica en el conocimiento de las

normas de defensa de la competencia tuvo su origen en el derecho tributario. Concretamente, se ha marcado el nacimiento en Alemania en los inicios del siglo XX con el llamado "ordenamiento tributario del Reich" (*Reichsabgabernordung*), con la inclusión —inspirada en Enno Becker— de un párrafo al § 4, que decía: "En la interpretación de las leyes tributarias debe tenerse en cuenta su finalidad, su significado económico y el desarrollo de las circunstancias". Asimismo, su redacción original fue sustituida por el § 1, inc. 2º, de la Ley de Adaptación Impositiva de Alemania, cuando dispone que debe "tenerse en cuenta la opinión general, el objeto y significado económico de las leyes impositivas y la evolución de las condiciones generales" **(206)**.

Lo cierto es que la disposición fue incorporada con un fin práctico, para que los jueces pudieran apartarse de las formas o apariencias jurídicas, aplicaran la legislación tributaria según la realidad de los hechos económicos, no siempre coincidentes con aquellas, para que la norma financiera cumpliera la función prevista **(207)**.

Este principio interpretativo procura indagar el *verdadero alcance* asignado por la ley competitiva, determinando la *correcta extensión de la hipótesis condicionante* de la norma concurrencial. Muchas veces la ley (incluida la de Defensa de la Competencia) no expresa, por la propia limitación de su forma escrita, lo que tuvo en miras al redactarse. Muchas otras, los agentes económicos utilizan opciones legales para sus actos jurídicos que, si bien procuran y obtienen el mismo fin sustancial, difieren en su tratamiento competitivo.

De lo que se trata es de "sancionar" la conducta anticompetitiva de la empresa no solo en su sentido meramente jurídico (vislumbrado por sus naturales manifestaciones), sino en su orientación económica.

XXX.2. Intentio facti *vs.* intentio juris

Se ha distinguido la doctrina **(208)** entre la intención de los hechos y la del derecho: entre la intención empírica (*intentio facti*) y la intención jurídica (*intentio juris*).

La *intentio facti* es la que procura el resultado económico por el cual el acto jurídico se realizó, mientras que la *intentio juris* adapta el acto pretendido a un determinado esquema jurídico; y, por supuesto, con todos sus beneficios y consecuencias derivados de tal opción. *Cuando ambas intenciones concuerden no habrá problemas de imputación competitiva* a una determinada situación.

La norma competitiva podrá aplicarse tal cual fue pergeñada. El contenido económico del hecho (que distorsiona la competencia) se ha ajustado a la realidad jurídica establecida por la legislación económica. Esta "hipótesis legal condicionante" ha sido delimitada en toda su extensión: existencia de concordancia entre el aspecto material del acto competitivo y la realidad del acto jurídico (o situación) procurada por el competidor.

Se suele asignar a este principio un cierto matiz restrictivo **(209)**. Si la situación económica ha adquirido una determinada estructura jurídica (entre muchas alternativas posibles), debe respetarse la asignación formulada por el agente económico. Luego, si la ley no es excluyente de una determinada figura jurídica, no puede excluirla vía interpretativa.

Más que *restrictivo*, puede decirse que deben meritarse correctamente los presupuestos condicionantes de la aplicación de esta línea económica de interpretación. Si los elementos emanados de la situación jurídica competitiva concreta no son suficientes para desplegar o escudriñar la *intentio facti* del obligado por la LDC, y si las circunstancias fácticas no permiten traslucir un sentido distinto que el elegido, no puede afir-

(206) El texto puede consultarse en NAVARRINE, S. C., "Ley de Adaptación Impositiva de Alemania (*Steuranpassungsgesetz*), con comentarios", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1964.

(207) GIULIANI FONROUGE, C. M. — NAVARRINE, S. C., "Procedimiento tributario y de la seguridad social", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1999, p. 75.

(208) MARTÍNEZ, F., "El criterio económico. La importancia que para el derecho fiscal tiene la divergencia en el negocio jurídico entre la intención empírica (*intentio facti*) y la intención jurídica (*intentio juris*)", *Derecho Fiscal*, nro. XX, p. 849, y en "Estudios de derecho fiscal", 1974, p. 169.

(209) MARTÍNEZ, F., "El criterio económico. La importancia...", ob. cit., p. 849.

marse —al menos de modo coherente— que *la verdadera intención del agente económico es la que no puede desentrañarse adecuadamente*. Si existe una realidad económica distinta a la estipulada formalmente debe determinarse claramente, so riesgo de tornar inoperante la posibilidad interpretativa sub estudio.

XXX.3. Contacto con la teoría del administrador de hecho

En este punto se vislumbra una relación (y puntos de contacto) entre la teoría de la administración de hecho y el principio de la realidad económica incluido en el art. 3º, 2º párr., LDC.

La óptica concurrencial, dotada de *ciertos particularismos* —y sin entrar en la discusión dogmática respecto de la autonomía de este derecho—, procura la regulación adecuada de los distintos aspectos referidos a la competencia, protegiendo un correcto funcionamiento del mercado (y todos los valores que ello trae implícito). Solo este punto de vista puede sustentar la modificación de las estructuras legales típicas del derecho común. Puede, entonces, pregonarse una aplicación subsidiaria o alternativa del régimen de hecho.

La responsabilidad de los administradores de hecho (societarios), que permite imputar a los administradores no designados formalmente las desviaciones del ente societario (arts. 3º, 2º párr., LDC, y 54, 3º párr., LSC), debe diferenciarse claramente del supuesto previsto en el art. 48, LDC. En efecto, estas hipótesis legales regulan la figura de los responsables solidarios por las infracciones de las personas jurídicas; y, por ello, debe aplicarse extensivamente a quienes, sin serlo formalmente, actúan y gestionan los activos del ente societario.

El art. 48, LDC, establece que cuando las infracciones previstas en esta ley fueren cometidas por una persona de existencia ideal, la multa también se aplicará solidariamente a los directores, gerentes, administradores, síndicos o miembros del consejo de vigilancia, mandatarios o representantes legales de dicha persona de existencia ideal que por su acción o por la omisión de sus deberes de control, supervisión o vigilancia hubiesen contribuido, alentado o permitido la comisión de la infracción.

La norma competitiva no "sustituye" al obligado originario por un nuevo sujeto pasivo de la sanción, sino que *adiciona* un nuevo polo subjetivo a la relación aludida. En este caso, existirán dos obligados (sujetos pasivos) al pago de la sanción: uno a título de *destinatario natural de la sanción* (en el caso, persona jurídica) y otro como "responsable solidario" o responsable por deuda ajena (administrador societario). La solidaridad, en acepción unitaria, implica que el acreedor de la obligación puede reclamar indistintamente a cualquiera de los obligados solidariamente (persona jurídica y administradores). No empece en este sentido la autonomía que divide a ambos vínculos (pueden obedecer a razones indistintas), pero lo importante es que los *efectos extintivos* de la obligación benefician a todos los obligados al pago de la multa.

A los fines de la aplicación de la norma competitiva debe desentrañarse la *verdadera naturaleza del hecho distorsivo*. Cuando se alude a la "verdadera" naturaleza se hace referencia a que esta *hipótesis condicionante* (configuración de las conductas previstas en los arts. 1º y 2º, LDC) debe construirse sobre la base de los efectivos e indiscutibles aspectos "material" (descripción del acto jurídico o conducta activante), "subjetivo" (individualización del sujeto realizador del aspecto material), "temporal" (tiempo) y "espacial" (lugar). Deben abarcarse los auténticos elementos constituyentes del hecho condicionante anticompetitivo.

Si la conducta anticompetitiva en su aspecto subjetivo ha sido realizada por los gestores ocultos de una determinada sociedad, aunque esta última *figure o aparente ser* el ente imputable de la conducta misma, los verdaderos destinatarios legales de tal imputación competitiva (y su consiguiente sanción) serán los administradores de hecho (y no el ente societario). El principio de realidad impone indagar en la incontrastable esencia de la conducta anticoncurrencial en todos sus aspectos (en nuestra temática, fundamentalmente el subjetivo).

Deberán ponderarse todas las circunstancias de tiempo, modo y lugar, importando solo las verdaderas relaciones económicas que se establezcan. Luego, si la conducta ha sido *efectivamente* realizada por los gestores ocultos (aun cuando se hubiesen utilizado artificios o maquinaciones ardidosas), cualquier persona (societaria o no) que se haya interpuesto en esta

vinculación debe ser responsable del nexo obligacional concurrencial.

La LDC es clara cuando señala que si los agentes económicos someten las situaciones (o relaciones) económicas a *estructuras jurídicas* que no sean las adecuadas para configurar la intención efectiva económica en el ámbito del derecho privado, se "atenderá a las situaciones y relaciones económicas que efectivamente se realicen, persigan o establezcan".

Si la sociedad fue solo una estructura jurídica (una pantalla) que procura ocultar la *intentio facti* del obligado escondido (gestor oculto), el real fin o designio del agente económico al constituirse la entidad societaria, el derecho económico podrá eludir la inexistencia de nexo jurídico con la sociedad e imputar la actividad anticoncurrencial a quienes sean los verdaderos mentores de esta.

XXX.4. ¿Imputación *"aditiva" o "sustitutiva"?*

La duda que se genera en torno a la correcta aplicación del precepto competitivo se centra en la extensión imputativa de la conducta desviada. Formulada de otra manera: acaecida la responsabilidad del administrador en las sombras, ¿el art. 3º, 2º párr., LDC, permite la imputación "aditiva" o es una suerte de imputación "sustitutiva"?

El interrogante no es baladí. Si con la aplicación del precepto se genera una imputación extra (esto es: sociedad y administrador de hecho), habrá dos responsables por el pago de una misma multa (y con prohibiciones similares). Si la imputación se sustituye (traslada) de la sociedad a los gestores ocultos, la situación referida sigue reconociendo una sola imputación. En el ámbito societario, como se vio, la situación aparece clara: ambos sujetos se encuentran abarcados por la zona de imputación de la conducta desviada.

Desde la óptica de la defensa de la competencia la situación *parecería cambiar*; pero no es así. Ello porque la norma del art. 3º, 2º párr., LDC, habla de que "se atenderá" a las situaciones y relaciones económicas que efectivamente se realicen, no siendo ello suficiente para deslindar la responsabilidad competitiva de la sociedad.

XXXI. Responsabilidad fiscal y realidad económica

XXXI.1. Marco normativo

El art. 2º, LPT, dispone que para "determinar la verdadera naturaleza del hecho imponible se atenderá a los actos, situaciones y relaciones económicas que efectivamente se realicen, persigan o establezcan los contribuyentes. Cuando estos sometan esos actos, situaciones o relaciones a formas o estructuras jurídicas que no sean manifiestamente las que el derecho privado ofrezca o autorice para configurar adecuadamente la cabal intención económica y efectiva de los contribuyentes se prescindirá en la consideración del hecho imponible real, de las formas y estructuras jurídicas inadecuadas, y se considerará la situación económica real como encuadrada en las formas o estructuras que el derecho privado les aplicaría con independencia de las escogidas por los contribuyentes o les permitiría aplicar como las más adecuadas a la intención real de los mismos".

El art. 1º, LPT, señala: "En la interpretación de las disposiciones de esta ley o de las leyes impositivas sujetas a su régimen, se atenderá al fin de estas y a su significación económica. Solo cuando no sea posible fijar por la letra o por su espíritu, el sentido o alcance de las normas, conceptos o términos de las disposiciones antedichas, podrá recurrirse a las normas, conceptos y términos del derecho privado".

Ello se complementa con los arts. 6º y 7º, 2º párr., ley 11.683, que responsabiliza a quienes administran, perciben o disponen por la deuda tributaria de sus representados o mandantes; concretamente, a los directores, gerentes y demás representantes de las personas jurídicas, sociedades, asociaciones, entidades, empresas y patrimonios.

El art. 8º, 1º y 2º párrs., ley 11.683, determina la responsabilidad solidaria ("con sus bienes propios", dice la ley) con los deudores del tributo y, si los hubiere, con otros responsables del mismo gravamen a dichos directores o administradores por incumplimiento de sus deberes tributarios. No existirá, sin embargo, esta responsabilidad personal y solidaria con respecto a quienes demuestren debidamente a la AFIP que sus representados, mandantes, etc., los han colocado en

la imposibilidad de cumplir correcta y oportunamente con sus deberes fiscales.

En España, por ejemplo, en 2003 se dictó la Ley General Tributaria 58/2003, que en su art. 43.1.b) establece directamente que serán responsables subsidiarios de la deuda tributaria los administradores de hecho o de derecho de aquellas personas jurídicas que hayan cesado en sus actividades, por las obligaciones tributarias devengas que se encuentren pendientes en el momento del cese.

XXXI.2. Precisiones para el administrador de hecho

El administrador de hecho, según el caso, puede ser responsable con los directores societarios en las condiciones tributarias **(210)**. Pero para ello deben darse dos supuestos: (i) cumplir los presupuestos para la definición del administrador de hecho (realización material, falta de designación, actividad independiente y habitualidad); (ii) que se configuren los requisitos tributarios (no solo por tener el manejo de la caja social sino, en especial, que la sociedad haya colocado en la imposibilidad de cumplir correcta y oportunamente con sus deberes fiscales) **(211)**.

La solidaridad fiscal no es la regla. Es una responsabilidad de excepción. Luego, no puede haber una responsabilidad del administrador de hecho sin que se acredite manejo de fondos o pago de impuestos. En cada supuesto, se deben fundar las razones de la imputación de responsabilidad, bajo pena de ser un acto jurídico arbitrario.

La responsabilidad tampoco es automática. Existe consenso suficiente en que la responsabilidad no es "automática" para todo director (o director de hecho) que haya ocupado la gestión durante todo o parte del período en el que se generó la deuda fiscal. De otro modo, toda inspección fiscal debería ser siempre paralela entre la sociedad y sus directores, apoderados y administradores de hecho, sin salida posible. No es así. El directorio (de hecho o de derecho) no es "garante" de que se ingrese el tributo respectivo, salvo que haya tenido la posibilidad concreta de tener el manejo de fondos o injerencia en la toma de decisiones relativas al tratamiento tributario y al pago de los impuestos. En otros términos: si no tiene la posibilidad de manejar los fondos sociales (esto es, decidir el librar cheques o tener el manejo decisional de la tesorería de la empresa), es improbable que pueda —por su cuenta— generar el pago de los tributos que impactan sobre la sociedad.

Si la sociedad fue la que adoptó las decisiones en cuanto a la tributación y el manejo de fondos (sobre los que el director de hecho no tiene manejo), ¿cómo hacer responsable a quien no tiene la remota posibilidad de cumplimentar con el pago? ¿Cuál sería el alcance de la obligación del director de hecho? ¿Puede aceptarse válidamente que toda obligación fiscal impaga determina responsabilidad del directorio sin importar ninguna razón? ¿Qué sentido tiene entonces generar un procedimiento de determinación de la obligación del directorio si total tiene responsabilidad solidaria, sin importar elemento subjetivo alguno?

En nuestra opinión, la responsabilidad solidaria en cuanto al impuesto y atribuida a los directores de hecho debe estar fundada en aspectos subjetivos, revistiendo esta el carácter sancionatorio, desde que se funda en la violación del deber que la ley fiscal pone a cargo del director de derecho de pagar el impuesto al Fisco con los recursos que administra o de los cuales dispone para tal fin.

La doctrina y la jurisprudencia coinciden en este aspecto subjetivo de la responsabilidad de los directores y demás representantes de las personas jurídicas. Algunos casos pueden ser relevantes para ilustrar esta situación:

(i) "Responsabilidad es a título represivo, ya que se funda en la violación del deber que la

(210) La figura del administrador de hecho no es del todo extraña en la legislación chilena, que la reconoce implícitamente al menos. Así, por ejemplo, el art. 99 del Cód. Tributario considera responsables de delito tributario y hace extensivas las penas penales respectivas no solo a los gerentes o administradores de derecho del contribuyente persona jurídica, sino también "a quienes hagan las veces de estos", lo que constituye una clara alusión a la figura del administrador de hecho o del administrador oculto o en las sombras. Con todo, la figura señalada carece en nuestro medio de un desarrollo doctrinal y jurisprudencial que permita identificarla como tal y describirla en sus aspectos esenciales, lo que justifica por ende una revisión de su aplicación y desarrollo en el derecho comparado. Cfr. JEQUIER LEHUEDÉ, E., "Premisas para el tratamiento...", ob. cit., p. 39.

(211) ASTARLOA, E., "¿Por fin un concepto unívoco...?", ob. cit., p. 62.

ley fiscal pone a su cargo, es decir, el deber de pagar el impuesto al Fisco con los recursos que administran o de que disponen (...); quedan exentos de toda responsabilidad si demuestran que sus representantes, mandantes, etc., los han colocado en la imposibilidad de cumplir correcta y oportunamente sus obligaciones fiscales" **(212)**.

(ii) Dicha obligación debe surgir clara e inequívocamente de la ley, remarcándose lo expuesto por el Tribunal Fiscal: "Los alcances y la naturaleza de la institución dentro del derecho tributario resultan distintos de aquella del derecho común (...); la responsabilidad solidaria ha sido consagrada en la Ley de Procedimiento Fiscal a título represivo, porque se funda en la violación del deber que la ley tributaria impone a quienes no satisfacen el impuesto con los recursos que administran o de que disponen, lo que obliga a efectuar una interpretación restrictiva de la norma, sin olvidar la diferencia entre deudor solidario y responsabilidad solidaria que consagra la ley fiscal" **(213)**.

También se ha dicho **(214)** que "en primer lugar cabe resaltar nuestra opinión en el sentido de que la responsabilidad determinada por la norma fiscal en este caso tiene carácter represivo, y como tal, se funda en una actitud reprochable al administrador. Tal conducta se vincula con su particular rol que presenta como administrador del contribuyente. En efecto, conforme expusimos, en el origen mismo de la personalidad otorgada por el derecho a las figuras societarias (y al resto de las figuras con personalidad jurídica de índole privada), se encuentra una ficción que busca dar una herramienta de acción. Ahora bien, la actuación de estas figuras, siendo empíricamente inexistentes se basa exclusivamente en la voluntad y acción directa por parte de sus administradores. De este modo, el sujeto de derecho se ve imposibilitado de cumplir con su obligación fiscal si el administrador no actúa" **(215)**.

El Fisco debe justificar, aun de manera indirecta o indiciariamente, que el administrador de hecho ha tenido algún manejo de fondos o toma de decisiones en cuestiones tributarias. Es necesario que cualquier interpretación en este sentido sea razonable y prudente de las responsabilidades de los administradores de hecho y apoderados. No puede hacer responsable a cualquier director por haber tenido injerencia en la administración.

No basta el mero incumplimiento de la obligación por la sociedad. Si se tratara de una responsabilidad de tipo patrimonial, bastaría el mero incumplimiento de una obligación tributaria por parte de la sociedad para poder accionar contra su administrador (sin ningún otro recaudo). Ni siquiera sería necesario un procedimiento de determinación o notificación al director de hecho (y debería defenderse junto con la sociedad). Siendo una responsabilidad en la que se requieren elementos subjetivos, en cambio, resulta indispensable la existencia —y prueba de culpa o dolo atribuibles al administrador de hecho— para que opere la extensión de la responsabilidad.

Incluso, para que exista responsabilidad en cualquier ámbito, sea público o privado (lo que está ratificado por la Ley de Responsabilidad del Estado), se deben dar los presupuestos de la responsabilidad en contra del administrador de hecho, y que serían **(216)**: (i) incumplimiento de la obligación tributaria; (ii) ejercicio efectivo del cargo al momento en que la obligación resultaba exigible **(217)**; (iii) intimación admi-

(212) TFiscal, 27/09/1966, "Quatrocchi, Antonio S. y otros"; TFiscal, 05/04/1973, "Calvo, Luis Enrique y otro", DF XXII-743; y TFiscal, 08/04/1975, "Boldt, Rodolfo", LI XXXIII-187.

(213) TFiscal, sala D, 05/11/1996, "Rivas Noefer, Ulises".

(214) SALVOCHEA, R., "Responsabilidad de los administradores de las sociedades comerciales por deudas impositivas", LA LEY 2002-F, 1058.

(215) En el mismo sentido, GUERRERO, A. A. — GERBENO, C. S., "Responsabilidad tributaria de los representantes de las personas jurídicas", PET nro. 274; Lexco Fiscal, 2003; RODRÍGUEZ, J. A., "La responsabilidad solidaria para el caso de los responsables por el cumplimiento de la deuda ajena", DTE XXXI-137, febrero de 2010; SCHNEIR, A. — FERNÁNDEZ, O. A., "Responsables por deuda propia y ajena. Responsabilidad solidaria", DTE XXI, noviembre de 2000.

(216) SALVOCHEA, R., "Responsabilidad de los administradores...", ob. cit., p. 1058.

(217) CCiv. y Com. 8ª Nom. Córdoba, 03/07/2001, "Provincia de Córdoba c. Centro Suspensión SRL y otros", LLC 2002-247. "Es improcedente la ejecución fiscal en-

nistrativa previa; (iv) inexistencia de causales de eximición para el incumplimiento de la obligación fiscal; (v) determinación jurisdiccional de la responsabilidad, con respeto al derecho de defensa del presunto responsable.

La Corte Suprema ha ratificado el matiz subjetivo: es improcedente responsabilizar en forma personal y solidaria al vicepresidente de una sociedad, si no se prueba que ha incumplido con los deberes impuestos por el art. 19, inc. 1º, de la ley 11.683. Un "director de una sociedad anónima no puede ser declarado responsable solidario del cumplimiento de una deuda impositiva, si no ha administrado o dispuesto de los fondos sociales" **(218)**.

Ello ratifica, aun en un caso *in extremis*, que existe el beneficio de excusión (lo cual significa exigir la obligación tributaria al responsable previa declaración de insolvencia del principal, y el acto administrativo de extensión de dicha responsabilidad) **(219)**.

Debe valorarse para calificar la conducta del director el criterio del "buen hombre de negocios" al que se refiere el art. 59, LGS: "para determinar la existencia de responsabilidad por el incumplimiento de deberes tributarios deben tenerse en cuenta todas las circunstancias concurrentes que puedan agravar o atenuar la conducta del director en atención a sus funciones dentro de la empresa, permaneciendo en el cargo, manejo de fondos, etc., pero sin descuidar la culpa *in vigilando* que también genera responsabilidad" **(220)**.

Muchos fallos disponen que aquel director ajeno al manejo de las cuentas de la sociedad se encuentra eximido de tal responsabilidad solidaria: "Si por las funciones que el interesado cumplía en la sociedad, así como su lugar de residencia, sumado a ello la falencia de la empresa, surge con claridad que no estuvo en condiciones de cumplir con los deberes a cargo de aquella, corresponde excusarlo de la responsabilidad solidaria establecida en la ley" **(221)**.

Imputar una obligación es, en algún punto, adjudicarle los efectos de un acto jurídico sobre el cual tuvo injerencia. Sin imputabilidad no hay adjudicación de efectos jurídicos. Es la base misma del sistema jurídico [no solo penal **(222)** sino también civil y en especial en materia de responsabilidad].

Para poder adjudicar los efectos de un acto debe existir previamente un razonamiento de adjudicación concreto por el cual se relaciona la imputación de los efectos del acto con el acto mismo. La imputación se relaciona con hechos y actos que pueden ser adjudicados al director o apoderado. Si no existen hechos concretos que puedan adjudicarle su efecto (en especial, el manejo de los fondos sociales), no puede haber responsabilidad solidaria.

---

tablada contra una persona física en carácter de gerente de una sociedad de responsabilidad limitada deudora de tributos —en el caso, impuesto a los ingresos brutos— si existió una cesión de cuotas sociales y los cesionarios designaron un nuevo gerente pues, aun cuando dichas reformas hayan sido tardíamente inscriptas, medió un impedimento para que cumpliera con la obligación tributaria (art. 34, Cód. Trib. Córdoba)".

(218) CS, 02/10/1970, "Monasterio Da Silva, Ernesto".

(219) PERALTA, G., "Responsabilidad solidaria tributaria", PET 7/2008.

(220) FREYTES, Roberto O., "Responsabilidad tributaria de los administradores de sociedades anónimas", *Revista de Derecho Financiero y de Hacienda Pública*, vol. XXX, nro. 145, Ed. Edersa, Madrid, enero-febrero de 1980, p. 89.

(221) CNFed. Cont. Adm., sala II, "Gutiérrez, Emilio", DF XXX-B-911. En igual sentido: CNFed. Cont. Adm., sala I, 15/03/1973, "Galemberte, Pedro L."; ídem, 17/05/1974, "Man Erwen, Germán". También CNFed. Cont. Adm., sala III, 25/03/1983, "Salvatierra, Mario y otro".

(222) MARTÍNEZ, H. A., "El sujeto activo en la administración fraudulenta", DPyC 2014 (febrero), 190, quien dice que la jurisprudencia alemana e italiana ha optado por equiparar al administrador de hecho y al de derecho (TERRADILLOS, J., "Delitos societarios", Madrid, 1987, ps. 58 y ss., y TERRADILLOS, J., "Derecho penal de empresa", Ed. Trotta, Madrid, 1995, p. 80), pero que esta solución le parece objetable desde el punto de vista de nuestro principio constitucional de legalidad, toda vez que se penaría como autor a quien no está incluido en la descripción normativa de un delito especial. Si tenemos en cuenta que el administrador infiel falta a un deber jurídicamente predispuesto, la realidad es que el administrador de hecho carece de dicho deber. En este entendimiento, la equiparación por vía pretoriana nos parece improcedente. El administrador *de facto* tiene el dominio del hecho delictivo, pero no es quien la ley recepta como obligado al cumplimiento de un deber predispuesto.

Las SPAC como vehículos para una IPO: su relevancia para las empresas argentinas (*)

Nicolás Malumián (**)

Sumario: I. Introducción.— II. La dinámica de la SPAC.— III. El de-SPAC.— IV. Esquemas de combinación.— V. El caso "Bioceres".— VI. Comentario final.

I. Introducción

Las SPAC o *special purpose acquisition companies* son compañías que cotizan sus acciones y cuyo único objeto es combinarse con una o varias compañías. Esta combinación puede tener muchas formas, siendo el caso base el de comprar la compañía, absorberla en una fusión y cambiar su nombre por el de la compañía adquirida **(1)**. De esta forma se logra una salida a la bolsa inicial (en inglés *IPO*, por *initial public offering*) de una forma más rápida que el método tradicional **(2)**. Si bien existen hace años, el año pasado (2020) su uso creció en forma explosiva, dado que 248 SPAC pasaron a tener oferta pública de sus acciones, obteniendo una cifra que, según la fuente que se utilice, ronda entre los 69.3 y los 83 billones de dólares **(3)**.

Estas compañías también son llamadas "compañías cheque en blanco" (en inglés, *blank check companies*) **(4)** o fondos ciegos (en inglés, *blind pools*), dado que se invierte confiando en lo que hará el *management* (si bien, como veremos,

(*) Agradezco muy especialmente a la Dra. Gloria Montaron Estrada por sus explicaciones, correcciones y sugerencias a este trabajo. Destaco no solo su invaluable ayuda, sino su amabilidad, eficiencia y calidez. También debo agradecer a Alejandro Ciordia por su ayuda y el material provisto. Finalmente, mi agradecimiento a Mariana Scrofina por su revisión y a Juan Ramírez Oyhanarte por sus aportes en temas fiscales.

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

(1) Podemos encontrar una definición reciente de la SEC de las SPAC en su *release* 34-90245, del 22/10/2020, en el cual las define como: "Compañías de propósito especial que obtienen capital en una oferta pública inicial para ingresar en una combinación indeterminada a través de fusiones, intercambio de acciones, adquisición de activos, compra de acciones, reorganizaciones u otras combinaciones de negocios con uno o varios negocios operativos o activos".

(2) Si se me permite la expresión, es una IPO por *fast track*.

(3) Nos referimos a billones americanos, esto es, miles de millones. Esta cifra es más que en los anteriores 10 años juntos, y representa una porción de casi el 45% de todas las IPO del año. Claro que no todas estas SPAC compraron compañías, pero, dado que lo usual es que tengan un plazo máximo de 2 años, cabe esperar que lo hagan en breve. Cabe mencionar que la New York Stock Exchange (NYSE) obtuvo la aprobación de la SEC en 2008 para modificar sus reglas de cotización para permitir el actual esquema utilizado por las SPAC. El NASDAQ ya lo había hecho antes. Es a partir de ese momento en que el mercado de SPAC empezó a desarrollarse como lo conocemos hoy.

(4) Si bien se suele hablar de SPAC como *blank check companies*, en rigor de verdad son dos clases diferentes de compañías. Las *blank check companies* están reguladas por la SEC en la Rule 419, y las SPAC no están en esta regla, dado que no son emisoras de lo que se denomina *penny stock*. La expresión *penny stock* se refiere a acciones por pequeñas compañías que se negocian a menos de USD 5 por acción. La principal diferencia entre las SPAC y las *blank check companies/penny stock issuers* es que las acciones de la SPAC se negocian en mercados antes de la combinación de la SPAC (de-SPAC), los agentes no están sujetos a restricciones en la venta de estas acciones, las SPAC tienen plazos más extensos para el de-SPAC, y las SPAC no tienen restricciones al uso de intereses en la cuenta del fideicomiso.

antes de la combinación se requiere el voto de los accionistas). Si bien depende de cada caso, existen descripciones del objeto de las SPAC tan vagas como "comprar un unicornio" **(5)** o que simplemente se comprará una compañía de cierto tamaño que desarrolla cierta actividad económica. De hecho, si identificara la compañía a comprar, debería dar detalles de aquella, haciendo que la operación se asemeje a una IPO tradicional, por lo que justamente es un requisito legal de las SPAC que no se identifique una compañía para ser comprada. Desde ya, esto se aplica a los *pre-deal SPAC*, esto es, SPAC que todavía no han aplicado los fondos obtenidos a comprar compañías, dado que, si ya los han aplicado, el hecho de que originalmente la compañía haya sido una SPAC se vuelve irrelevante.

Existen varias explicaciones del éxito de las SPAC, pero la principal es que se presenta más ventajosa que las IPO tradicionales, por mostrarse más rápidas y menos inciertas, además de no tener un período en que no se puede promocionar las acciones que se ofertarán por estar en curso la solicitud de autorización ante la Securities and Exchange Commission (SEC) **(6)**. Este último punto se ha mostrado uno de los más relevantes: en una SPAC se puede realizar toda clase promoción de la operación de fusión que hará la SPAC con una tercera compañía, y distribuir toda clase de material sobre las estimaciones de la evolución financiera futura de aquella, sin importar si son proyecciones futuras o estimaciones (lo que, insistimos, está restringido en las IPO tradicionales). Dado que la SPAC no tiene historia (ni balances ni información sobre el negocio), la inmensa mayoría del pedido de oferta pública suele ser estándar, solo variando la información del equipo ejecutivo y el objeto de la SPAC **(7)**. Es justamente este aspecto el que permite pasar más rápidamente por el control de la SEC. Finalmente, la menor incertidumbre se debe a que, una vez hecha la IPO, la SPAC ya cuenta con los fondos (y además, como veremos, tiene varias posibilidades de asegurarse fondos adicionales), lo que le quita la incertidumbre que normalmente conllevan los últimos meses de una IPO, que puede ser exitosa o fracasar por cambios en las condiciones del mercado.

II. La dinámica de la SPAC

Explicado en la forma más clara y sencilla posible, la forma en que las SPAC funcionan es la siguiente. Se constituye la SPAC por un *sponsor* que suscribe el 20% del capital y nombra al directorio de la SPAC. La SPAC pide la oferta pública a la SEC y, obtenida esta, el público inversor invierte en la SPAC **(8)**. Los fondos obtenidos por la SPAC van a una cuenta bancaria de un fideicomiso **(9)**, del cual saldrán o para la adquisición de empresas y activos, o para su devolución a los tenedores de acciones de la SPAC, sea porque no se adquirió ninguna compañía o sea porque el accionista votó en contra y exige su rescate. Por su parte, los fondos en el fideicomiso solo se pueden invertir en ciertos activos de muy bajo riesgo, como ser títulos públicos de los Estados Unidos de corto plazo **(10)**. Cabe mencionar que en general los rendimientos de

(5) Léase, una empresa cuya capitalización bursátil sea de al menos un billón de dólares.

(6) Este período de las IPO tradicionales es denominado *quiet period*, algo así como "período silencioso", un período en que se debe mantener la confidencialidad y no se pueden promocionar los valores negociables.

(7) Una SPAC nace con la presentación del *sponsor* de un formulario S-1 ante la SEC. La diferencia con una IPO tradicional es que en una SPAC este formulario es llenado con textos legales estándar, lo que conlleva una obvia ventaja. A los textos legales usados una y otra vez se los suele llamar, algo despectivamente, *boilerplate*. Esta expresión nació mucho antes de las computadoras, cuando los diarios de menor tirada compraban noticias para llenar las páginas y este material les llegaba en planchas metálicas de imprenta que así se llamaban por parecerse a las placas (en inglés, *plates*) usadas para hacer calderas (en inglés, *steam boilers*). Estas placas les dieron el nombre a las noticias de relleno, y luego pasó a los textos repetidos una y otra vez, llegando así a los textos legales.

(8) Los *sponsors* suelen tener lo que se denomina *green shoe option* (literalmente, la "opción zapato verde"), esto es, la facultad de vender más acciones que las originalmente planeadas si el mercado fuera muy favorable, generalmente hasta un 10% adicional. Este original nombre se debe a que la primera compañía que dio esta opción a un colocador, allá por 1919, se llamaba Green Shoe Manufacturing Company (ahora es parte de Wolverine World Wide, Inc.).

(9) Bajo las normas del NASDAQ, se exige que al menos el 90% de los fondos obtenidos vaya al fideicomiso.

(10) A su vez, todos los participantes (*sponsors*, asesores y demás) suelen firmar documentos en los cuales renuncian a reclamar fondos del fideicomiso como una forma de evitar acciones judiciales sobre aquellos.

los fondos en el fideicomiso no suelen beneficiar a los accionistas, sino que se usan para el pago de los gastos de la SPAC.

A cambio de la inversión en la SPAC, el inversor recibe acciones de la SPAC y un *warrant* (o una porción de un *warrant*), esto es, una opción de compra de acciones de la SPAC a cierto precio **(11)**. Este conjunto de acción y *warrant* se suele denominar *unit*. Normalmente, este *warrant* es negociable en forma separada de la acción luego de transcurrido un tiempo de producida la IPO **(12)**. Si se tiene una porción de un *warrant* (p. ej., un medio o un tercio) no se lo puede ejercer, siendo necesario tener un *warrant* entero para poder utilizarlo. Si transcurrido un plazo (usualmente, 2 años) **(13)** no se concreta la compra y fusión con la SPAC, corresponde la devolución de los fondos a los inversores.

Por su parte, los organizadores de la transacción recibirán acciones y *warrants* si ella se concreta (usualmente, el 20% del total), pero también es cierto que son quienes financian los gastos iniciales **(14)** y, si no logran la fusión, cargarán con los gastos de todo el proceso **(15)**.

En el momento en que se anuncia qué compañía se comprará, se da el proceso de de-SPAC. Esto es, se debe llamar a asamblea para la aprobación de la combinación, y los tenedores de las acciones de la SPAC que voten en contra pueden rescatarlas y recibir el proporcional de los fondos en el fideicomiso **(16)**. Si este paso es cumplido, se realiza la combinación que se haya previsto, por ejemplo, se adquieren las acciones de la compañía operativa y se procede a la fusión con la SPAC, que suele adoptar el nombre de la compañía operativa o uno similar. Este proceso requiere el cumplimiento de los requisitos de la SEC y de varios pasos legales, por lo que suele llevar un tiempo considerable **(17)**. En síntesis, si todo sale acorde a lo planeado, al final del día la empresa privada es pública (por fusionarse con la SPAC que cotiza), los inversores originales

(11) Típicamente, las acciones se lanzan a USD 10, y cada una va junto con medio *warrant* (formando una *unit*), y cada *warrant* tiene un precio de ejercicio de USD 11,5 cada uno. La diferencia entre un *warrant* (que nada tiene que ver con el *warrant* de la Ley de *Warrants* que emiten las *warranteras*) y una opción es que, de ejercerse el *warrant* (que puede estar condicionado a diversos elementos, como pueden ser precio, plazo, utilidades netas de la compañía, etc.), la empresa emitirá una acción. Esto es, no se trata de dos personas que negocian acciones de la compañía (como en una opción de compra o venta), sino de la compañía emitiendo más acciones (si se ejerce el *warrant*) y, por ende, aumentando el capital existente.

(12) Justamente en la venta de este *warrant* es que hay quienes sostienen se obtiene el valor "de la nada". Esto es, una vez que cotiza en forma separada, el *warrant* puede venderse y retener el derecho a luego vender la acción, y es este "valor extra" el que ha generado gran cantidad de discusiones y posturas financieras, que van desde que el *warrant* es una forma de representar y vender la volatilidad hasta que el valor del *warrant* emerge de la creencia de que la IPO generará un incremento de valor de las acciones. En todo caso, lo concreto es que el *warrant* vale en la medida en que permite comprar las acciones a un precio menor al cual cotizan o se espera que coticen (es una opción *in the money*); si no, no tendría valor alguno (sería una opción *out of the money*). De hecho, existen quienes invierten en las *units*, venden los *warrants* primero y luego venden las acciones, dado que no tienen interés en ser inversores de estas. Para un análisis de los derivados financieros (incluyendo opciones) remito a mi obra "Contratos derivados (futuros, opciones y *swaps*): Análisis legal y fiscal", 2ª ed., Ed. La Ley, 2009.

(13) Bajo las normas del NASDAQ, el plazo máximo es de 3 años.

(14) Para una SPAC de un monto igual o mayor a USD 300 millones, como regla general, se asume USD 1 millón de costos en aranceles de la SEC, contadores, abogados, aranceles del mercado en que se cotice, arancel del FINRA (Financial Industry Regulatory Authority, cuerpo de autorregulación de los participantes del mercado en los Estados Unidos), costos de impresión y otros. Normalmente una parte de la financiación se hace por medio de un préstamo que se instrumenta por medio de una *promissory note*.

(15) El porcentaje es similar al *carried interest* de la industria del *private equity* y *venture capital*. La diferencia fundamental es que no se cobra sobre una ganancia luego de un período que suele rondar los 10 años de inversión (plazo usual para fondos de *venture capital*), sino al momento de concretarse la fusión, lo que se espera en un plazo máximo de 2 años. En algunos casos, en muestra de alineamiento de intereses con los inversores, el organizador no recibe acciones, sino solo *warrants*, que tendrán valor si las acciones suben de valor.

(16) En general, la SPAC compensa estos rescates colocando nuevas acciones. En algunos casos estos rescates y nuevas colocaciones han sido por porcentajes sustanciales. Además, como veremos, existen mecanismos para asegurar fondos para la combinación.

(17) Un ejemplo lo encontramos en el requisito de presentar estados auditados de la compañía adquirida de los últimos 3 años bajo estándares que la SEC acepte, lo que puede conllevar un importante trabajo contable.

tienen acciones de esta empresa cotizante y *warrants* (opciones de compra de acciones contra la propia compañía) sobre más de estas acciones, y quien lo organizó (*sponsor*) ha ganado un 20% de estas acciones y *warrants* **(18)**.

Un aspecto que puede resultar sorpresivo es que la SPAC puede no estar formada en los Estados Unidos. Si bien es el caso más común, y a su vez Delaware es el Estado más utilizado, existen SPAC creadas en otras jurisdicciones, especialmente si se va a adquirir una compañía fuera de los Estados Unidos **(19)**.

Un punto que ha sido objeto de amplio análisis es el tamaño de la empresa a ser comprada. Si bien las SPAC podrían comprar más de una compañía, la práctica general es que compren solo una. Dado que las SPAC deben destinar al menos el 80% de sus fondos a comprar compañías **(20)**, y que frente a una compañía demasiado grande existen mecanismos para ampliar la capacidad de compra de la SPAC (p. ej., emitir más acciones), la regla es que hay compañías muy chicas, pero nunca hay compañías demasiado grandes para ser objeto de compra por una SPAC. Asimismo, por razones de costos y operativas obvias, las SPAC tienen un tamaño mínimo, y dado que las compañías que se busca adquirir deben tener un resultado operativo muy importante para reducir el impacto de la licuación de los accionistas que se produce por la atribución de acciones y *warrants* a los *sponsors*, hay relativamente pocas compañías privadas con el tamaño adecuado.

Con respecto al porcentaje que las SPAC compran de las sociedades, cabe destacar que para evitar ser calificadas como una compañía de inversión (*investment company*) por la SEC bajo los términos de la *Investment Company Act* de 1940 **(21)**, debe comprar al menos el 50% de las acciones con derecho a voto o una participación lo suficientemente grande en monto como para no quedar encuadrada en estas regulaciones.

III. El de-SPAC

Si bien algo adelantamos, dada la importancia de este paso del proceso, entendemos conveniente verlo en detalle.

Tal como dijimos, la SPAC inicia su vida sin tener una compañía acordada para comprar. De hecho, se ha dicho que justamente la belleza de la SPAC es que es un vehículo en la oferta pública que permite obtener ganancias del manejo profesional de un *management* que comprará empresas privadas (algo así como un fondo de *venture capital* o *private equity* con oferta pública de sus acciones). Es entonces su tarea, dentro del plazo establecido (que, insistimos, suele ser de 2 años), encontrar una empresa para adquirir y negociar las condiciones con ella. En el momento en que se inicia esta negociación arranca el proceso de de-SPAC.

El punto medular del de-SPAC es que generalmente la adquisición requiere la aprobación de los accionistas de la SPAC, y aquellos que voten en contra tienen derecho a rescatar sus acciones (lo que se hará con los fondos que están en el fideicomiso). Cabe destacar que el rescate de las acciones no suele afectar a los *warrants* que siguen vigentes, se haya rescatado o no la acción de la misma *unit*. En virtud de lo dicho, los *warrants* seguirán vigentes hasta ejercerse o expirar su plazo sin que se los haya ejercido.

(18) Este *sponsor* suele ser una entidad creada al solo efecto de cubrir este rol por parte de *hedge funds*, *private equity funds*, personas que fueran directores de compañías o políticos, y administradores de fondos de inversión u otros participantes en el mercado de capitales y los directores independientes de la SPAC.

(19) En el caso de los vehículos de Delaware, expresamente se dispone que no se aplica la *corporate opportunity doctrine* a los directores y gerentes de la SPAC. Esta doctrina prohíbe que los directores se beneficien de las oportunidades que se entiende pertenecen a la sociedad. Se entiende que esto ocurre si: (i) la sociedad es financieramente capaz de usar la oportunidad; (ii) la oportunidad está dentro de la línea de negocios de la sociedad; (iii) la sociedad tiene un interés o expectativa en la oportunidad; y (iv) al aprovechar la oportunidad para sí mismo, el director sería contrario a sus deberes fiduciarios. Si bien existen condiciones bajo las cuales el director sí podría realizar la operación, es evidente que bajo un esquema de SPAC habría un amplio margen para las dudas y para los reclamos legales que sería ideal evitar.

(20) Este es el porcentaje mínimo establecido por las normas del NASDAQ.

(21) El sitio web de la SEC explica que esta norma regula la organización de compañías (incluyendo fondos comunes de inversión) cuya actividad primaria es invertir, reinvertir y negociar valores negociables y que a su vez ofrecen sus propios valores negociables al público. Esta norma busca minimizar los conflictos de interés requiriendo la publicidad de, entre otros puntos, sus políticas de inversión, objetivos y operaciones.

En los pocos casos en que los estatutos de la SPAC no requieren aprobación (ni el mercado en que coticen se la exija), podría ocurrir que igualmente se la deba obtener por otros motivos, incluyendo el hecho de que luego de la compra se fusione con la empresa comprada y, por ende, conlleve la terminación de la SPAC como sociedad, o sea necesario el cambio de domicilio a una jurisdicción diferente, o se deba emitir acciones de la SPAC por más del 20% (como forma de pago al vendedor o para cumplir con acuerdos previos de compra de acciones o PIPE, sobre lo cual volvemos luego). En síntesis, cabe asumir que durante el de-SPAC se deba obtener la aprobación de los accionistas de la SPAC.

Esta aprobación de los accionistas debe hacerse cumpliendo las normas de la SEC, con la consiguiente presentación a esta entidad de contralor, recepción de sus comentarios, envío de información a los accionistas y realización de la asamblea, un proceso que de punta a punta dura meses. Desde ya, va de suyo que los *founders/sponsors* votarán a favor, por lo que se cuenta con al menos un 20% de los votos aprobando la transacción.

La necesidad de aprobación conlleva que, si existen demasiados rescates que no pueden ser compensados con nuevos accionistas, sea imposible la adquisición, y seguramente conlleva la disolución de la SPAC **(22)**. Si bien la SPAC podría emitir más capital, si la transacción exige que el pago sea en dinero y no en acciones, existen formas de asegurar que aquel estará disponible. Una de ellas es celebrar una *private investment in public equity* o PIPE. Las PIPE **(23)** son una compra negociada entre dos partes en forma privada de acciones de una empresa que tiene cotización. En nuestro caso se trataría de la compra de acciones de la SPAC hechas por fondos de inversión u otros inversores calificados. La razón para hacer esto es que la SPAC se asegura los fondos y el comprador compra a un precio menor que el precio de mercado al momento de la firma (esto es, el *current market value* o CMV). Dado que las acciones son vendidas a un precio menor al del mercado, hay un efecto "dilución" de los accionistas al momento de la emisión, pero se supone contrarrestado por la ventaja para el negocio de la sociedad de obtener los fondos y de hacer con mucho menor carga administrativa con la SEC (que suele permitir la venta de las acciones en el mercado en el plazo de un mes). Cabe destacar que las emisiones de acciones para ser vendidas en una PIPE que representen más del 20% del total de acciones en circulación suele requerir una aprobación de los accionistas. Finalmente, cabe destacar que no estamos hablando de una emisión debajo de la par (esto es, que se emita por un valor menor al valor nominal de las acciones), sino menor al precio del mercado, dado que la emisión será a la par.

Otra alternativa para asegurar fondos es un FPA. En un FPA o *forward purchase agreement*, una SPAC celebra un acuerdo con un inversor calificado para la compra privada de una cantidad específica de acciones de la SPAC que se hace efectiva al momento de la combinación de negocios de la SPAC. Para compensar al inversor por celebrar el contrato de compra a plazo, el *sponsor* de la SPAC le transfiere al inversor una parte de sus participaciones en la SPAC, esto es, lo hace participar de la ganancia del *sponsor*. Dado que el objetivo es compensar los posibles rescates o los faltantes de fondos, estos acuerdos pueden sujetarse a que los fondos efectivamente sean necesarios. Otra alternativa es que el *sponsor* se comprometa a darle una parte de su participación al inversor que no rescate y permita que los fondos en el fideicomiso se apliquen a la combinación **(24)**.

(22) Este aspecto es crucial para entender un prospecto de de-SPAC, que cada vez que explica la estructura final debe decir que ella está sujeta a que no haya rescates o a que tales rescates sean por menos de cierto monto o porcentaje.

(23) *Pipe* en inglés significa "caño", "pipa" o "flauta". Cabe asumir que se buscó un juego de palabras con "caño", en el sentido de *cashflow pipeline*, o fuente de flujo de fondos.

(24) Esto es similar a lo que se denomina *wall crossing*, situación en la cual se ofrece a grandes inversores la compra de valores negociables cuya oferta pública está en trámite y, por ende, deben firmar acuerdos de confidencialidad y no pueden vender las acciones hasta que no se hace la IPO. Este acuerdo les permite "cruzar el muro" y tener información sobre las características de los valores negociados, convirtiéndose en *insiders*. La diferencia es que en el *wall crossing* el comprador no tiene ninguna ventaja económica, dado que compra al mismo precio que el resto, y la segunda diferencia es que al momento en que se negocia los valores negociables todavía no tienen oferta pública. Sin perjuicio de lo dicho, cabe mencionar que, por analogía con la situación explicada,

Finalmente, luego de transcurridos 4 días hábiles de terminado el de-SPAC se debe hacer una nueva presentación ante la SEC, denominada Super 8-K **(25)**. Si bien gran parte de la información ya se hizo pública, la relevancia de esta presentación es que a partir de ella se cuentan los plazos para permitir acciones que de otra forma están prohibidas (desde la venta de acciones bajo la regla 144A, que permite venderlas sin estar registradas con la SEC, hasta cuestiones vinculadas a inversiones por terceros). Esta presentación tiene una obvia lógica de que el valor de las acciones antes del de-SPAC (y, en particular, antes del anuncio de la combinación) solo depende del valor de los activos financieros en el fideicomiso, mientras que luego del de-SPAC dependerá de la evaluación que haga el mercado de la compañía que surge de la combinación. Similar comentario se aplica al valor de los *warrants*, dado que su valuación se correlaciona con la valuación de las acciones.

La pregunta que queda por responder es: ¿cuáles son las formas de "combinación" de una SPAC y, en particular, cómo sería con una empresa argentina? Primero veremos las tres principales formas de estructuración, con un breve comentario fiscal, y luego analizaremos el caso "Bioceres".

IV. Esquemas de combinación

Las tres formas fundamentales de combinación (o de-SPAC) que podrían involucrar a una empresa argentina son la compra por parte de una SPAC de un *holding* en el exterior que debajo tenga una o varias sociedades argentinas; la compra directa de una sociedad argentina que quede como subsidiaria de la SPAC *holding*, y la compra, redomiciliación de la SPAC a la Argentina y posterior fusión con la empresa argentina por parte de la SPAC.

En el primer caso (compra de una sociedad argentina debajo de un *holding*), si el vendedor es un sujeto no residente en la Argentina, podríamos estar frente a una compra indirecta de la sociedad argentina. Por consiguiente, desde un punto de vista fiscal, en la Argentina se deberá considerar que, si se dan las siguientes condiciones, la transacción estará gravada con el impuesto a las ganancias argentino. Estas condiciones son: (i) que el valor de mercado de las acciones de la *holding* (al momento de la venta o en algún momento de los 12 meses anteriores) tenga origen al menos en un 30% en acciones u otras participaciones en entidades constituidas en la Argentina (entre otros casos), según la valuación de un profesional independiente, tratándose de acciones que no cotizan; (ii) la entidad enajenante debe estar vendiendo más del 10% de su patrimonio (al momento de la venta o en cualquiera de los 12 meses anteriores); (iii) las participaciones enajenadas deben haber sido adquiridas a partir del 30 de diciembre de 2017; y (iv) quedan excluidas las transferencias dentro de un conjunto económico. Hay conjunto económico si: (i) enajenante y adquirente están vinculados en más de un 80% (sea porque el primero participa directa o indirectamente en el segundo o viceversa); o (ii) cuando una o más entidades participan en conjunto (ya sea en forma directa o indirecta) en el 80% o más del capital tanto de la enajenante como de la adquirente. Esta participación debe haber existido por al menos 2 años antes de la venta. Se excluyen transacciones con el exclusivo propósito de obtener una ventaja fiscal, como lo es la aplicación de un convenio.

Si se cumplen estos requisitos, la renta derivada de la operación estará gravada en la Argentina, pero únicamente en proporción a la participación de los bienes situados en la Argentina en el valor de las acciones vendidas. Si el vendedor no reside en jurisdicciones no cooperantes ni los fondos invertidos provienen de estas jurisdicciones, el impuesto se aplica a una alícuota del 13,5% sobre la renta neta presunta o a la alícuota del 15% sobre la renta real, a opción del sujeto. Si residiera en jurisdicciones no cooperantes o los fondos provinieran de ellas, la alícuota es del 35% sobre una renta presunta del 90%.

---

se llama *wall crossing* a cualquier situación en la cual una parte compromete su confidencialidad para pasar a conocer información reservada, con las consiguientes obligaciones; en el caso de las SPAC, la expresión para el caso de dar a conocer la empresa con la cual la SPAC se combinará.

(25) El Super 8-K debe incluir una descripción de los activos y del negocio, factores de riesgo, información financiera incluyendo 3 años de estados financieros auditados, planes del *management*, información de los directores, pagos de compensaciones de directores, tenencias de más del 5%, transacciones con personas relacionadas, procedimientos legales materiales pendientes y descripción de las acciones.

Debe destacarse que, más allá de estos principios generales, habrá que analizar en cada caso la aplicación de Convenios para Evitar la Doble Imposición firmados por la Argentina.

Si el vendedor fuera un sujeto residente en la Argentina, aunque en el caso probablemente no sea lo más común, no habrá una enajenación indirecta, sino una venta directa de un residente de acciones en una sociedad del exterior, gravada en la Argentina al 15% para personas humanas o al 30%, actualmente, para sujetos empresa (esto es, sociedades, ciertos fideicomisos y empresas unipersonales).

Una de las principales incógnitas en un caso de venta entre dos empresas del exterior en relación con un *holding* del exterior (que podría tener debajo una o varias sociedades del exterior antes de llegar a la sociedad argentina) es quién debería pagar el impuesto. En tal sentido, cabe destacar que volveremos sobre este punto más adelante.

La segunda alternativa es que la SPAC compre la sociedad argentina en forma directa, pudiendo luego fusionarse. En este caso existe una venta directa de las acciones argentinas. En tal sentido, cabe destacar que la venta de acciones por parte de un sujeto del exterior está gravada al 13,5% (15% sobre la presunción de renta neta del 90%) o al 15% sobre la renta real, a opción del sujeto (en caso de que el sujeto resida o los fondos provengan de un país no cooperante, la alícuota es del 35% sobre una renta presunta del 90%). Con respecto a los sujetos vendedores residentes, aplica lo expuesto para el caso anterior. Como regla general, si el pagador es un sujeto local, debe retener e ingresar el impuesto en calidad de pago único y definitivo, pero como el pagador sería la SPAC, un sujeto residente en el exterior, esta situación no se dará. Si el pagador no es un sujeto local, como sería la SPAC, será el vendedor el responsable de ingresar el impuesto (a través de transferencia bancaria internacional, res. gral. 4227, o por medio de un apoderado en el país) **(26)**. Destacamos que no existe responsabilidad de la sociedad local.

El tercer y último caso a considerar es la redomiciliación de la SPAC a la Argentina y su posterior fusión con una empresa argentina. En el caso de un cambio de domicilio, sobre la base de las opiniones del Fisco argentino en la materia, no cabría entender que ha existido una venta **(27)**. Asimismo, si la fusión cumpliera los requisitos de las reorganizaciones libres de impuestos (recordamos que solamente es posible entre empresas residentes en la Argentina), se lograría la fusión de la SPAC con la sociedad argentina de forma fiscalmente muy eficiente. Sin embargo, no parece muy probable que esto suceda, debido a la dinámica expuesta de las SPAC y las exigencias de las reorganizaciones libres de impuestos. Por ejemplo, entre los diversos requisitos que requiere la reorganización libre de impuestos en el caso de una fusión en la Argentina se exige que ambas sociedades hayan desarrollado actividades iguales o vinculadas durante los doce meses anteriores a la fecha de reorganización, lo que, como principio, parece difícil en estos casos (salvo que la empresa local tuviera también actividad de *holding*). Además, entre otras cosas, se requiere que los titulares de las empresas antecesoras (calificando como tales tanto la absorbida como la absorbente) mantengan por un plazo de dos años un importe de participación no menor al que debían poseer en el capital de las continuadoras a la fecha de la reorganización. Se trata de otro requisito de incierto cumplimiento en estos casos.

(26) En pocos años ha existido una gran cantidad de normas en la materia. Hoy en día, el dec. 862/2019, en su art. 252, establece que el beneficiario del exterior debe ingresar el impuesto a través del mecanismo que establezca la AFIP y que puede hacerlo a través de un sujeto residente en el país con mandato suficiente o a través de su representante legal en el país. La res. gral. 4227 (anterior al decreto citado) se mantiene vigente. En síntesis, cuando adquirente y enajenante sean sujetos no residentes, el impuesto debe ser ingresado directamente por el vendedor (beneficiario del exterior) a través de una transferencia bancaria internacional (mecanismo de la res. gral. 4227), pero puede hacerlo a través de un sujeto residente en el país con mandato suficiente o por su representante legal domiciliado en el país.

(27) En concreto, nos referimos a la res. 44/2012 de la AFIP (SGD TLI), del 05/12/2012, en la cual se analiza el cambio de domicilio de una sociedad local al exterior, y a la res. 15/2015 de la AFIP (SGD TLI), del 01/06/2015, en la cual también se analiza el cambio de domicilio de una sociedad local al exterior. En esta resolución, el Fisco dice claramente: "El traslado de la persona jurídica al exterior no involucra la transferencia de sus bienes a terceros, sino que los mismos se mantienen bajo su titularidad. En consecuencia, no se advierte bajo tal escenario que dicha circunstancia genere rentas alcanzadas por el impuesto a las ganancias".

Tal como veremos, el caso "Bioceres" utiliza las dos primeras opciones con algunas particularidades.

V. El caso "Bioceres" (28)

Union Acquisition Corp. (UAC) era una SPAC constituida en *Cayman Islands* en noviembre de 2017 y que completó su IPO en la bolsa de Nueva York ("NYSE", por sus siglas en inglés) por USD 115 millones en marzo de 2018. Posteriormente, centró sus esfuerzos de búsqueda de compañías en Latinoamérica.

Luego de una búsqueda de la compañía adecuada, durante la cual se consideraron 20 posibles casos, se iniciaron tratativas y/o *due dilligences* con 13 de estas empresas, y se firmó acuerdos de confidencialidad (NDA o *non-disclosure agreements*) con 6 de estas empresas; las negociaciones llevaron a que se envíe una LOI (*letter of intent*) **(29)** a Bioceres con un cálculo de una valuación previa a cualquier aporte de USD 310 millones, y un acuerdo por el cual el directorio de la futura sociedad emergente de la combinación tuviera 6 miembros designados por Bioceres SA y 2 por los *sponsors* de la SPAC. Por su parte, Bioceres SA había intentado una IPO "tradicional" a comienzos de 2018, pero por razones de mercado no había sido posible. Tal como comentamos, justamente una ventaja de las SPAC es la reducción de la incidencia de las condiciones de mercado en los momentos críticos del proceso, fruto de que ya han hecho una IPO y tienen mecanismos para mitigar posibles variaciones en las condiciones de mercado desde el anuncio de la combinación hasta su concreción (PIPE o FPA).

Bioceres SA, al iniciar el proceso, era una sociedad anónima argentina que no hacía oferta pública de sus acciones, y un punto que resulta sorprendente para quien analiza la combinación con la SPAC por primera vez es que Bio-

(28) Para nuestro análisis nos basamos en la información disponible en la página de la SEC. En particular, en su prospecto disponible en *https://www.sec.gov/Archives/edgar/data/1725206/000120677419000371/uac3499001-424b3.htm*.

(29) Una *letter of intent* o LOI es un documento preliminar que contiene los puntos fundamentales para negociar un acuerdo definitivo (es similar a un *head of agreement*, *term sheet* o *memorandum of understanding* —MOU—). En todos estos contratos preliminares el punto medular es determinar si son vinculantes o no. Generalmente se considera que solo existe una obligación de negociar de buena fe y que las cláusulas obligatorias se limitan a las cláusulas de confidencialidad, derecho aplicable y exclusividad (prohibición de negociar con otras partes en simultáneo, también conocida como *no shop*). Dicho esto, es de suma utilidad dejar muy claro y sin lugar a dudas qué nivel de obligatoriedad hay en negociar y concluir un acuerdo, y si las partes pueden dar por terminadas las negociaciones en cualquier momento (conocido como *walk away* o "irse" de la negociación). Esta clase de instrumentos están previstos en el Código Civil y Comercial vigente, en sus arts. 990 a 996, que diferencian las tratativas contractuales (en las cuales la regla es la libertad para abandonarlas de buena fe) de los contratos preliminares (que, con límites, son vinculantes). Cabe destacar que estas normas receptan una larga jurisprudencia previa, que incluye el caso "Litvak" (CNCom., sala B, 16/09/1953, "Litvak, Adolfo c. Olivetti Argentina SA", LA LEY 75-239). La sección relativa a "Tratativas contractuales" incluye el art. 990, intitulado "Libertad de negociación" que dispone: "Las partes son libres para promover tratativas dirigidas a la formación del contrato, y para abandonarlas en cualquier momento", que es matizado por el art. 991, intitulado "Deber de buena fe", que establece: "Durante las tratativas preliminares, y aunque no se haya formulado una oferta, las partes deben obrar de buena fe para no frustrarlas injustificadamente. El incumplimiento de este deber genera la responsabilidad de resarcir el daño que sufra el afectado por haber confiado, sin su culpa, en la celebración del contrato". Asimismo, el art. 992, intitulado "Deber de confidencialidad" dispone: "Si durante las negociaciones, una de las partes facilita a la otra una información con carácter confidencial, el que la recibió tiene el deber de no revelarla y de no usarla inapropiadamente en su propio interés. La parte que incumple este deber queda obligada a reparar el daño sufrido por la otra y, si ha obtenido una ventaja indebida de la información confidencial, queda obligada a indemnizar a la otra parte en la medida de su propio enriquecimiento". Para terminar con el art. 993, referido expresamente a las "Cartas de intención", que son definidas como "los instrumentos mediante los cuales una parte, o todas ellas, expresan un consentimiento para negociar sobre ciertas bases, limitado a cuestiones relativas a un futuro contrato, son de interpretación restrictiva. Solo tienen la fuerza obligatoria de la oferta si cumplen sus requisitos". Por su parte la sección de "Contratos preliminares" establece en el art. 994 que "deben contener el acuerdo sobre los elementos esenciales particulares que identifiquen el contrato futuro definitivo", y establece un límite de tiempo al decir que "el plazo de vigencia de las promesas previstas en esta sección es de un año, o el menor que convengan las partes, quienes pueden renovarlo a su vencimiento". Finalmente, esta sección regula la promesa de celebrar un contrato (art. 995) y el contrato de opción (art. 996). Cabe destacar que al contrato de opción celebrado en el mercado de capitales no se le aplica el plazo máximo de un año.

ceres SA sigue siendo en la actualidad una sociedad anónima argentina que no hace oferta pública de sus acciones. Entonces, la pregunta obvia es: ¿en qué consistió la combinación con la SPAC?

Cabe comenzar por decir que UAC decidió iniciar el proceso de "combinación" con Bioceres SA por el potencial que vio en su negocio de biotecnología, en particular a través de su subsidiaria Rizobacter SA (de la cual antes de la combinación tenía el 50%), dada su importante presencia internacional **(30)**. El resultado final de este proceso fue la combinación de negocios entre Bioceres SA a través de su subsidiaria Bioceres LLC (continuadora de Bioceres Inc.) con UAC, la cual ha cambiado su nombre a Bioceres Crop Solutions Corp., una sociedad de *Cayman Islands* que cotiza sus acciones en la NYSE (bajo "BIOX"). La capitalización resultante de la operación ha sido utilizada para aumentar la participación en su principal subsidiaria, Rizobacter Argentina SA, y adquirir las participaciones minoritarias de Bioceres Semillas SA.

Al momento de iniciar el proceso de de-SPAC, Bioceres LLC (continuadora de Bioceres Inc.), empresa 100% controlada por Bioceres SA, cerró la operación de intercambio de acciones con la empresa UAC, listada en la NYSE, por medio de la cual contribuyó en sus tenencias en Verdeca LLC (50%), Trigall Genetics SA (50%), Rasa Holding LLC (100%) y Bioceres Semillas (87,27%), juntamente con otros activos y pasivos derivados de la combinación de negocios con Rizobacter, a cambio de una participación mayoritaria en UAC, que pasó a llamarse Bioceres Crop Solutions Corp. (cuyas acciones continúan cotizando en la NYSE American, pero cambió su sigla, dado el cambio de nombre, a "BIOX"). En síntesis, luego de este aporte, UAC es dueña de las que fueran las subsidiarias de Bioceres SA, y Bioceres SA es accionista mayoritario de UAC a través de una subsidiaria. Como se puede apreciar, hasta aquí no ha existido movimiento alguno de dinero. De manera simultánea, Bioceres SA ejerció una opción contra ciertos accionistas de Rizobacter SA por el 29,99%, de forma tal que Bioceres Crop Solutions pase a controlar el 80% de Rizobacter Argentina mediante el pago de acciones redimidas de UAC/BIOX.

Al finalizar la combinación o de-SPAC, Bioceres Crop Solutions Corp. **(31)**, una sociedad de *Cayman Islands*, cotiza sus acciones **(32)**, y en grandes números cabe asumir que el 30% de sus acciones flota en el mercado, el 60% está en cabeza de Bioceres SA y el 10% está en manos de los *sponsors* de la SPAC. De esta forma, Bioceres SA queda como *holding* de diferentes segmentos de negocios, BIOX es el segmento de *seeds*, y tiene el segmento de *tech services* y de *emerging solutions*.

El caso es especialmente interesante, no solo por involucrar una empresa argentina, sino por la complejidad de la transacción, que permite ver la riqueza de alternativas que existe bajo una "combinación" o de-SPAC.

VI. Comentario final

Dado el tamaño de la gran mayoría de las empresas argentinas, y los costos y riesgos de una IPO tradicional, las SPAC se muestran como alternativas muy interesantes para acceder al mercado de capitales de los Estados Unidos. Asimismo, la amplitud de casos de "combinación" ha demostrado que se puede amoldar la transacción para cumplir con los más variados objetivos.

Esperamos que el presente sirva para entender mejor esta figura, sus características fundamentales y sus principales aspectos fiscales para las empresas argentinas.

(30) Entre ambas compañías tienen presencia comercial en 25 países, más de 300 productos registrados y 700 marcas comerciales.

(31) Se puede consultar sobre la compañía en *https://investors.biocerescrops.com/home/default.aspx*.

(32) Originalmente lo hizo en la NYSE bajo "BIOX", y luego, en abril de este año, pasó a cotizar en el NASDAQ también bajo "BIOX".

Evanescencia de los dogmas en el derecho societario: abandono de la comunidad de riesgos como elemento esencial del negocio

Lucas Maderna

Sumario: I. Introducción. Carácter provisorio de las reglas y los principios en materia societaria.— II. Las llamadas "tendencias contradictorias".— III. La SAS como tipo social disruptivo.— IV. Orígenes y evolución de la idea de comunidad de riesgos. ¿Elemento esencial o natural del negocio societario?— V. La causa fin del contrato societario. Su función práctico-social y su vinculación con los motivos.— VI. La transferencia de riesgos entre los socios no implica abuso ni afecta la esencia del contrato.— VII. Conclusiones.

I. Introducción. Carácter provisorio de las reglas y los principios en materia societaria

El derecho de sociedades, al estar íntimamente ligado a la realidad económica y social de los negocios —esencialmente cambiante—, se encuentra en constante transformación. Es así que incluso nos desafía a repensar conceptos y estructuras legales profundamente arraigados, que, sin duda, podemos calificar como dogmas.

Institutos que hoy nadie se atrevería a controvertir han significado —en su momento— cambios trascendentales en la disciplina **(1)**, en pos de ajustar las normas a los avances del tráfico mercantil.

Hasta el siglo XVII era impensado concebir una sociedad en la cual los socios limitaran su responsabilidad al capital aportado. Sin embargo, aquella reticencia claudicó con el apogeo de las compañías que llevaban adelante empresas marítimas para el comercio con las Indias **(2)**, pues solo al amparo de tal privilegio se lograron abultadas inversiones —públicas y privadas— en empresas de alto riesgo y costo.

Con el correr de los años —fundamentalmente a partir de la segunda mitad del siglo XVIII, con la Primera Revolución Industrial—, la limitación de responsabilidad dejó de ser un privilegio para consolidarse como una herramienta esencial para todos aquellos que deciden emprender un negocio, quedando prácticamente relegados los tipos societarios en los cuales los socios responden solidaria e ilimitadamente por las deudas sociales.

En el siglo XX, la pluralidad de socios como requisito ineludible para la constitución de una sociedad entró en crisis en el mundo occidental, siendo el Principado de Liechtenstein, en 1926, el primero en reconocer la sociedad unipersonal. Esta primera regulación y posteriormente la duodécima Directiva Comunitaria **(3)** sirvieron como base para que la sociedad unimembre fuera acogida por el resto de los países del Viejo

(1) Algunos se refieren a verdaderos cambios de paradigma.

(2) La Compañía Holandesa de las Indias Orientales (1602) aparece como uno de los primeros antecedentes de lo que hoy conocemos como sociedad anónima.

(3) Directiva Comunitaria XII de 1989.

Continente **(4)**. En nuestro país, tal reconocimiento llegó recién en 2015 con el Código Civil y Comercial, que receptó la sociedad anónima unipersonal (SAU) —aunque, por su excesivo rigorismo, es de escasa utilidad— y, casi dos años más tarde, se ratificó con la entrada en vigor de la ley 27.349 (Ley de Apoyo al Capital Emprendedor —LACE—), que creó un nuevo tipo social, la sociedad por acciones simplificada (SAS) —de indiscutible utilidad—, que permite la constitución por un socio único.

En los últimos 30 años, otros institutos estructurales de nuestra disciplina, como el capital social, también han sido cuestionados en cuanto a su utilidad o eficiencia. Tan es así que la eliminación del capital social ya es un hecho en ciertas legislaciones (v.gr.: el Estado de California o Nueva Zelanda). En cuanto a nuestra Ley de Sociedades (1972), es claro que adoptó la concepción más ortodoxa de capital social; sin embargo, hace tiempo existe una corriente de pensamiento que nos convoca a reflexionar sobre esta noción **(5)**.

Por su parte, la tipicidad societaria —que hasta la sanción del Código Civil y Comercial era de tal rigor que cualquier sociedad que se constituyera por fuera de los tipos sociales previstos en la ley era nula— ha perdido protagonismo, pues hoy en día las sociedades atípicas son absolutamente válidas y quedan comprendidas en la Sección IV de la LGS, lo que significó un gesto del legislador hacia la libertad de contratación.

En este contexto evolutivo es que llegamos al siglo XXI. Esta era nos propone nuevos paradigmas empresariales, dejando atrás el clásico modelo "industrial" para dar lugar a empresas cuyos principales activos son el conocimiento y los bienes intangibles. Asimismo, las nuevas tecnologías permiten una comunicación e interacción más ágil, flexible y segura, que viene a dar por tierra con los excesivos formalismos arrastrados de antaño, que el derecho de sociedades no puede soslayar.

Los antecedentes históricos nos permiten concluir, como señala Araya, que toda legislación en la materia es necesariamente provisoria **(6)**. En consecuencia, los dogmas del derecho societario deben ceder ante las nuevas realidades socioeconómicas.

II. Las llamadas "tendencias contradictorias"

Bajo la premisa de que el derecho no puede ser ajeno a los avances del campo que regula —sino que es su deber acompañarlos—, los distintos ordenamientos societarios han comenzado un camino hacia la modernización de sus normas.

Así las cosas, es dable mencionar que existe una marcada tendencia en la evolución normativa del derecho continental europeo: por un lado, el reforzamiento de la disciplina jurídica de las sociedades cotizadas y su diferenciación del régimen general de las sociedades anónimas; y por el otro, la simplificación y flexibilización de las sociedades que no recurren al ahorro público **(7)**.

Es lo que Guyon califica como tendencias contradictorias, ya que de un lado se impone una normativa imperativa, aplicable a las sociedades que se financian con el ahorro público y, por otro lado, una aspiración a un mayor grado de libertad a favor de los socios para regular la organización y el funcionamiento de las sociedades cerradas **(8)**.

Las diferencias en el tratamiento legislativo de las sociedades abiertas y las cerradas encuentran su razón de ser en los distintos intereses en juego.

(4) Dinamarca en 1973; Suecia en 1975; Alemania en 1980; Bélgica en 1984; Francia en 1985; Holanda en 1986; Reino Unido en 1992; etc. (véase MORO, Emilio F., "La sociedad de capital unipersonal", Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2006, ps. 60 y ss.).

(5) LE PERA, Sergio, "Sobre la futilidad de la noción de capital social", LA LEY 1986-B, 972/976; VERLY, Hernán, "Apuntes para una revisión del concepto de capital social (con especial referencia a la sociedad anónima)", LA LEY 1997-A, 756; ARAYA, Miguel, "Repensar la noción de capital social", en el VI Congreso Argentino de Derecho Societario y II Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Mar del Plata, 1995; entre otros.

(6) ARAYA, Miguel, "Las tendencias actuales en el derecho de sociedades", JA 2019-IV; SJA del 11/12/2019, p. 33.

(7) Cfr. FERNÁNDEZ PÉREZ, Nuria, "La protección del accionista inversor", Ed. RdS Monografías, España, ps. 132 y ss.

(8) GUYON, Ives, "Les sociétés", Ed. LGDJ, p. 7.

El interés estatal en las sociedades cotizantes obedece a la protección del pequeño y mediano ahorrista, como a la necesidad de que se mantenga fluida y permanente la corriente de inversiones para hacer posible la expansión de la producción, y asimismo para evitar la crisis de confianza en esas inversiones, crisis que trae como consecuencia la disminución y aun la interrupción de aquellas **(9)**.

En cambio, en las sociedades cerradas —predominantes en la economía argentina y latinoamericana—, el interés del Estado es significativamente menor, pues, salvo contadas excepciones, solo aparecen comprometidos intereses privados.

En este sentido, la imperatividad en las sociedades cerradas es, incluso, contraproducente, pues la imposibilidad de apartarse de ciertas nomas impide armonizar en el estatuto los intereses disímiles que tienen los socios que la integran, lo que deriva en conflictos societarios que, en ocasiones, ponen en riesgo la continuidad de la empresa.

Asimismo, para eludir las normas imperativas se recurre a los convenios parasociales, cuya validez y oponibilidad a la sociedad ha sido harto discutida y que aun hoy, a pesar de su reconocimiento por parte de la doctrina, la jurisprudencia y, tangencialmente, por el Código Civil y Comercial, constituyen otra fuente de conflicto.

De ahí que parece acertada —o, al menos, coherente— esta tendencia que propone regular con mayor rigor a las sociedades que recurren al ahorro público y, por otro lado, flexibilizar la regulación de las sociedades cerradas, priorizando la autonomía de la voluntad por sobre el excesivo e innecesario rigorismo que imponen ciertas normas imperativas de la LGS, cuya principal función es limitar *ex ante* la creatividad y las infinitas formas en que los socios pueden organizar una sociedad y su funcionamiento.

Esta corriente "modernizadora" que tomó vuelo en Francia hace aproximadamente veinticinco años **(10)** puso pie en la Argentina. Con relación a las sociedades abiertas, podemos mencionar el Régimen de Transparencia de la Oferta Pública (dec. 677/2001), posteriormente derogado por la Ley de Mercado de Capitales (ley 26.831), en vigencia desde el año 2012, y la reciente Ley de Financiamiento Productivo (ley 27.440), sancionada en el año 2018.

Respecto de las sociedades cerradas, el antecedente más reciente es la Ley de Apoyo al Capital Emprendedor (ley 27.349), sancionada en el año 2017, que reguló, en el Título III, a la SAS.

Este tipo social —que, recordemos, no es una novedad del legislador argentino, sino más bien la adaptación a nuestro derecho de un tipo societario que ha funcionado con acabado éxito en otras latitudes **(11)**— ha tenido una enorme recepción por parte de sus principales destinatarios: nos referimos a las mipymes, sin perjui-

(9) Cfr. HALPERIN, Isaac, "Sociedades anónimas", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1974, p. 745.

(10) En 1996, el primer ministro francés solicitó al senador Philippe Marini una adaptación de la Ley de Sociedades de 1966 a los fines de modernizar el derecho de las sociedades comerciales. En la nota que le dirigió el primer ministro al senador a fin de encomendarle la tarea, aquel expresó: "nuestro derecho de las sociedades impone reglas y obligaciones muy uniformes a las empresas, cualquiera que sea su tamaño, la composición de su accionariado y el objeto de sus actividades". En consecuencia, hizo hincapié en diferenciar a las sociedades que recurren al ahorro público de aquellas que no lo hacen. Respecto de las primeras, para que "sean clarificadas sus reglas de funcionamiento interno y las relativas a la información de los accionistas" (son los problemas abarcados por la expresión "gobierno de la empresa") e "identificar (...) las cuestiones sobre las cuales la intervención del legislador (...) parecería justificada en tres campos: el del funcionamiento de los órganos sociales, el de la información de los accionistas, y el de la responsabilidad de los administradores y los dirigentes sociales". Para las empresas que no recurren públicamente al ahorro, solicitó "una reforma que haga más atractiva, por menos formalista y más adaptable, la organización en forma de sociedad anónima o de responsabilidad limitada. Si la necesidad de proteger los derechos y la información de los eventuales accionistas minoritarios de estas sociedades debe ser tenida en cuenta imperativamente, ella debe ser mejor articulada con las obligaciones propias de cada proyecto de empresa y la legítima preocupación por proteger el patrimonio personal del empresario" (véase PAILLUSEAU, Jean, "La modernización del derecho de las sociedades comerciales: una nueva concepción del derecho de las sociedades comerciales", LA LEY 1997-E, 1408).

(11) Por ejemplo, en Francia, donde las SAS representan más del 60% de las sociedades constituidas; o el caso de Colombia, donde las SAS entraron en vigor en el año 2008 y hoy representan más del 95% de las sociedades constituidas en dicho país; entre otros.

cio de que las ventajas que proporciona la SAS hacen de esta un valioso vehículo jurídico utilizado no solo por emprendedores, sino también por grandes empresarios.

III. La SAS como tipo social disruptivo

Por una cuestión de política legislativa, la SAS se incorporó a nuestro derecho positivo a través de la llamada Ley de Emprendedores, y no por la vía "normal" —léase mediante una reforma de la Ley General de Sociedades— **(12)**.

La SAS, entonces, se nos presenta como un tipo societario, creado —y, hasta el momento, mantenido— por fuera de la LGS que otorga útiles herramientas a las nuevas empresas del siglo XXI, fundamentalmente por la celeridad en el proceso de constitución, la disminución de costos de transacción y, por supuesto, la tan anhelada libertad de contratación, que permite a los socios regular con mayor autonomía los derechos y obligaciones entre los socios, entre los socios y la sociedad, y entre los socios y los administradores.

Ahora bien, a pesar de que la SAS se encuentra regulada por fuera de la LGS, el legislador se limitó a enunciar en el art. 33, LACE: i) que se crea un nuevo tipo social, y ii) que supletoriamente se aplicarán las disposiciones de la LGS, en cuanto se concilien con las de esta ley.

Sin embargo, vemos que la LACE no contempla una noción de "sociedad" que permita diferenciarla de aquella prevista en el art. 1º, LGS.

Esto lleva a un importante e influyente sector de la doctrina **(13)** a considerar que, como la SAS es una "sociedad" en los términos del art. 1º de la LGS, se deben aplicar a esta todas aquellas normas imperativas de la parte general de la LGS, que son una consecuencia implícita de la noción definida en dicho artículo. Pues aquellas tienden a proteger el elemento causal de toda sociedad, que según estos no es otro que la "comunidad de riesgos", es decir, participar de los beneficios y soportar las pérdidas o, en otras palabras, la asunción de un riesgo común con vistas a compartir sus resultados.

Consecuentemente, según esta posición, la autonomía de la voluntad en la SAS encuentra un límite en ciertas disposiciones imperativas de la parte general de la LGS, pues los socios no podrían pactar cláusulas que el ordenamiento (art. 13, LGS) califica como *leoninas*, en virtud de que se trata de estipulaciones que alterarían la esencia del negocio societario.

Otro sector de la doctrina **(14)**, enrolado principalmente en la corriente del análisis económico del derecho, sostiene que son los socios —y no el legislador a través del dictado de normas imperativas— aquellos que se encuentran en mejor posición para determinar todos los derechos y obligaciones que los van a regular. Fundamentan su postura argumentando que la SAS es un microsistema especial, cuya nota tipificante es la autonomía de la voluntad y al cual solo se le aplican supletoriamente las normas de otro microsistema como es la LGS.

Es decir que incluso aquellas normas de la parte general de la LGS que resultan imperati-

(12) Sin embargo, se encuentra en el Congreso un Proyecto de Reforma de la Ley General de Sociedades, a propuesta de los senadores Ada Itúrrez de Capellini y Federico Pinedo, llevada a cabo por una comisión de especialistas integrada por los Dres. Rafael M. Manóvil, Guillermo E. Ragazzi, Julio C. Rivera, Alfredo L. Rovira, Gabriela S. Calcaterra y Arturo Liendo Arce.

(13) Véase MANÓVIL, Rafael, "La SAS y las normas generales de la Ley de Sociedades", LA LEY del 29/05/2019, 1; LA LEY 2019-C, 823; RDCO 298-1187; VILLANUEVA, Julia, "La sociedad por acciones simplificada y la autonomía de la voluntad versus la imperatividad en el derecho societario", LA LEY del 11/12/2018, 1; LA LEY 2018-F, 890. "La SAS como sociedad y sus implicancias normativas" y "Acerca de la improcedencia de aplicar a la SAS las normas imperativas de la ley 19.550", ambas ponencias en CALCATERRA, Gabriela (comp.), *Hacia un nuevo derecho societario: XIV Congreso Argentino de Derecho Societario y X Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa*, 1ª ed., Ed. Advocatus, 2019, t. II, ps. 975-989. Asimismo, es la postura que parece haber adoptado la Comisión de Reforma de la Ley General de Sociedades (Dres. Rafael M. Manóvil, Guillermo E. Ragazzi, Julio C. Rivera, Alfredo L. Rovira, Gabriela S. Calcaterra y Arturo Liendo Arce).

(14) Véase RAMÍREZ, Alejandro, "SAS", Ed. Astrea, Buenos Aires, 2019, ps. 79 y ss.; BALBÍN, Sebastián, "El rol de la autonomía de la voluntad en el derecho societario a partir de la SAS", RCCyC 2020 (febrero), 11; DUPRAT, Diego, "La sociedad por acciones simplificada (SAS) desde el análisis económico del derecho", LA LEY del 10/10/2019, 1; HADAD, Lisandro, "La funcionalidad de un derecho de sociedades moderno", LA LEY del 08/06/2020, 10; entre otros.

vas para los tipos societarios allí regulados (SA, SRL, etc.), serían supletorias para la SAS. Esto deriva en que no encontraríamos los límites a la autonomía de la voluntad en la LGS, sino en ciertos artículos —principios— del Código Civil y Comercial: art. 958 (aquellos "impuestos por la ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres"); art. 9º (principio de buena fe) y art. 10 (abuso del derecho).

Según estos autores —en lo que hace al ámbito exterior—, la autonomía no puede afectar normas pensadas para proteger intereses de terceros. Pero, en cambio, en el ámbito interno de la SAS —instrumento constitutivo— sí se puede disponer de toda norma que el legislador haya pensado para proteger recíprocamente a las partes contratantes: los propios socios **(15)**.

En definitiva, para estos, los socios de una SAS podrían pactar cláusulas que la Ley General, en el art. 13, considera leoninas, pues entienden que todo derecho privado de los socios es disponible.

Al cotejar ambas posturas, se advierte la tensión entre: i) la tesis que afirma que, en virtud de la libertad contractual que enfáticamente —y con carácter de principio— consagran el Código Civil y Comercial (art. 958) y la LACE, los socios pueden disponer libremente en el estatuto de aquellas normas destinadas a su protección, por un lado; y ii) aquella que sostiene que dicha libertad contractual encuentra su límite en el elemento causal del contrato de sociedad (comunidad de riesgos), por el otro.

Para abordar este conflicto, parece sensato indagar en los orígenes y en la evolución de la regla que dispone la comunidad de riesgos entre los socios, a los efectos de entender si la norma del art. 13, LGS, está destinada a proteger la causa fin del negocio societario, o bien ha sido concebida a los fines de tutelar el interés de los socios o, mejor dicho, del socio más débil. Asimismo, cabe analizar la conveniencia, o no, de mantener una norma del estilo en tiempos donde los principales actores de nuestra economía exigen mayor libertad para regular sus negocios.

IV. Orígenes y evolución de la idea de comunidad de riesgos. ¿Elemento esencial o natural del negocio societario?

IV.1. Derecho romano. La magna quaestio *y la* societas leonina

Lo cierto es que la idea de "comunidad de riesgos", inspirada en los principios de justicia distributiva de Aristóteles, fue concebida en la época de las *societas omnium bonorum* **(16)**. Sin embargo, esta concepción entró en crisis en los finales de la República (s. I a.C.), época en la que nacieron nuevos tipos de sociedades con la finalidad de explotar las posibilidades comerciales y financieras que ofrecía la expansión política y militar de Roma por Europa y el Mediterráneo: la *societas unius rei* y la *societas unius negotiationis.* En este tipo de sociedades, a diferencia de las ya existentes *societas omnium bonorum*, los socios aportaban solo determinados bienes y/o industria (trabajo) para la consecución de una finalidad genuinamente mercantil (*societas ex quaestu*) **(17)**.

Estas incipientes sociedades generaron conflictos entre el "socio industrial" y el "socio capitalista" sobre el modo de distribuir las ganancias y las pérdidas, que derivaron en un intenso debate entre dos juristas de la época, Quinto Mucio Escévola y Servio Sulpicio Rufo, que fuera recopilado dos siglos más tarde por Gayo en su exposición sobre el contrato de

(15) "Toda norma pensada por el legislador para proteger exclusivamente al socio puede ser inmolada en el altar de la libertad contractual y dejar paso a lo que se venga en contrario" (FAVIER DUBOIS, "La sociedad por acciones simplificada y el sistema societario: cuatro preguntas y el miedo a la libertad", LL 2017-D, 1318; PERCIAVALLE, "SAS. Ley comentada de las sociedades por acciones simplificadas", p. 20; cit. por RAMÍREZ, Alejandro, "SAS", ob. cit., p. 88).

(16) Sociedad en la cual los socios aportaban todo su patrimonio, incluyendo sus bienes presentes y futuros, estando sujetos dichos socios por partes iguales a las pérdidas y ganancias que resulten a la liquidación de la sociedad. Esta forma societaria que aparece a principios de la República —y que tiene como antecedente al *consortium ercto non cito*— consistía en una sociedad familiar, por lo que, en principio, la entrada de los terceros estaba vedada. Este espíritu de fraternidad e igualdad permite entender la reticencia de algunos juristas de la época (v.gr., Quinto Mucio Escévola) a pensar nuevas formas societarias que prevean un régimen distinto de participación en los resultados de la sociedad.

(17) Cfr. BLANCH NOGUÉS, José M., "Precedentes romanos de los artículos 1689 a 1691 del Código Civil", RJUAM, nro. 18, 2008-II, ps. 29-54.

sociedad, en *Instituciones* 3, 149, como una *magna quaestio* **(18)**.

El primero —de raíces más tradicionales— consideraba que la distribución igualitaria de las pérdidas y las ganancias de los socios era un elemento esencial de la sociedad, y el segundo —quien tenía en cuenta en mayor medida la aportación del socio industrial y el valor de este en la nueva realidad social y económica— admitía que un socio pudiese tener un porcentaje de participación en las ganancias y otro distinto en las pérdidas, e incluso sostenía que podría pactarse que un socio (el industrial) no responda en absoluto de las pérdidas.

Señala el profesor español Blanch Nogués **(19)**: "Podemos afirmar que en la *magna quaestio* se pone de relieve la tensión entre los intentos de ordenación sistemática de los contratos por parte de la jurisprudencia tardo-republicana y alto-clásica y la presión ejercida por la realidad social que demandaba un mayor reconocimiento a la libertad contractual de las partes".

En definitiva, la postura que terminó prevaleciendo fue la de Servio Sulpicio Rufo, aunque posteriormente fue matizada por Sabino y Casio (s. I d.C.), quienes condicionaron la idea de este a que el acuerdo de exención de las pérdidas del socio industrial estaba permitido si ello estaba objetivamente justificado en términos económicos, es decir, si sus actividades o servicios son tan valiosos que resulta equitativo admitirlo en la sociedad con ese pacto **(20)**.

Señala Ulpiano en D. 17.2.29.2 (Ulp. 30 *Sab.*) que, inspirado en las ideas expuestas, fue Casio **(21)** quien introdujo al campo del derecho la expresión *societas leonina* que posiblemente ya era utilizada entonces en el lenguaje vulgar de los romanos, la cual procedía en último término de una conocida fábula de Esopo **(22)**. Esta regla dispone que una convención por la cual varias personas ponen en común los medios de adquisición y producción, sin que todos tengan derecho al resultado de la operación, es injusta, contraria a la esencia de la sociedad y, por lo tanto, nula **(23)**.

Maynz-Pou y Ordinas **(24)** dicen que "sin razón algunos jurisconsultos aplican el término 'sociedad leonina' a toda convención de sociedad que encierra disposiciones perjudiciales a una u otra de las partes contratantes: este término y la nulidad que a él se refiere solo se aplica a las hipótesis en las cuales una de las partes está en absoluto excluida de toda participación en las ganancias".

(18) "Ha habido una gran discusión sobre si se podía constituir una sociedad de manera que un socio obtenga la mayor parte de los beneficios y responda de una parte menor de las deudas. Quinto Mucio Escévola pensó que esto era contrario a la naturaleza de la sociedad. Pero Servio Sulpicio Rugo, del que, sin embargo, prevaleció la opinión, estimó que se podía constituir la sociedad de esta manera, hasta tal punto que defendió que también podía constituirse de forma que un socio no responda en absoluto de las pérdidas, pero perciba una parte del beneficio, si sus trabajos se consideraran tan valiosos que resulta equitativo admitirle en la sociedad con este acuerdo. Y es sabido que también es posible constituir una sociedad en la que un socio aporte dinero y el otro no lo aporte, y no obstante, que el beneficio sea común entre ellos, pues muchas veces el trabajo de una persona vale como el dinero". Véase CANCELLI, F., "Societá (diritto romano)", NNDI, t. XVII, Torino, 1970, cit. por BLANCH NOGUÉS, José M., "Precedentes romanos...", ob. cit., ps. 29-54.

(19) BLANCH NOGUÉS, José M., "Reflexiones acerca de la *societas leonina* en el derecho romano", comunicación presentada en la 62ª sesión de la Société Internationale Fernand de Visscher pour l'Histoire des Droits de l'Antiquité (SIHDA), celebrada en Friburgo, Suiza, en septiembre de 2008.

(20) Véase CAPILLA RONCERO, F., en ALBALADEJO M. (dir.), "Comentarios al Código Civil y compilaciones forales", 1ª ed., Madrid, 1986, arts. 1665 a 1708 del Cód. Civil, t. XXI, ps. 414 y 425; BLANCH NOGUÉS, José M., ob. cit.; FUENTESECA, Margarita, "La *magna quaestio societatis* y otros problemas del contrato de sociedad romano", *Dereito*, vol. VII, nro. 1, ps. 35-65.

(21) Casio, además de ser jurista, llegó a ocupar el cargo de *consul suffectus* en el año 30 (s. I), bajo el imperio de Tiberio (véase BLANCH NOGUÉS, José M., "Reflexiones...", ob. cit.).

(22) La fábula de Esopo (luego adaptada por Fedro, contemporáneo de Casio) relataba la unión de un león con una cabra, una oveja y una vaca para cazar a un ciervo y repartirse su cuerpo. Naturalmente, el león se quedó con las cuatro partes del botín con la moraleja de que no conviene asociarse con alguien que es mucho más fuerte que tú porque no podrás evitar que abuse de su poder (cfr. BLANCH NOGUÉS, José M., ob. cit.).

(23) Cfr. MAYNZ-POU Y ORDINAS, "Curso de derecho romano", Ed. Bordoy, Buenos Aires, t. II, p. 294.

(24) Ídem.

Vemos que la regla casiana que dispone la nulidad de la sociedad leonina, bajo el argumento moral de que es una sociedad injustísima, parece sugerir la existencia de algún vicio en el consentimiento en quien acepta entrar en una sociedad en condiciones leoninas tal vez como víctima de una coacción o de un engaño realizado por la otra parte, o incluso podría pensarse en un posible error esencial e insuperable **(25)**.

Pareciera, entonces, que el origen de esta regla no surge en protección del elemento causal del contrato de sociedad, sino del afán de proteger los abusos de poder del socio más fuerte sobre el más débil, en el entendimiento de que todo aquel que se asocia tiene la expectativa de obtener un beneficio razonablemente proporcional a su aporte; por lo tanto, cualquier pacto que lo privara de ello sería *contra bonos mores*.

Igualmente, algunos autores señalan que la prohibición de la sociedad leonina en el derecho romano no está fundada —al menos del todo— en razones morales, porque, si esto fuese así, la jurisprudencia romana, después de verificar que no ha habido dolo ni coacción ni error esencial excusable en la relación entre los socios, habría dado su *placet* o *nihil obstat* para admitir que la sociedad leonina valiese al menos como negocio de donación entre los socios. Sin embargo, Ulpiano rechaza expresamente la validez de la *societas donatonis causa* (Ulp. 31 *Ed.*) **(26)**.

Por tanto, pareciera que los juristas romanos rechazan la validez de la *societas leoninas* porque falta en ella la *causa societatis*, que es el fin común lícito que todos los socios esperan obtener de la sociedad. Así, el socio que sabe que no va a obtener ninguna ventaja y solo va a sufrir pérdidas en la sociedad no espera nada de ella, y esta situación encubre en realidad otra diferente entre los socios que obedece a otra causa y tiene motivaciones distintas **(27)**.

A partir de las pocas fuentes a disposición, podemos concluir que el derecho romano admitió la ruptura de "la comunidad de riesgos", permitiendo que uno de los socios —el industrial— no participe de las pérdidas, sin que ello altere la esencia del contrato de sociedad, pues estos solo consideraban leonina a aquella sociedad en la cual un socio no participaba de los beneficios y solo soportaba las pérdidas.

IV.2. Las commendas *y el* contractus trinus *en el medioevo*

Las *commendas* aparecen como uno de los vehículos asociativos de mayor despliegue para el desarrollo de la actividad marítima en el medioevo. Este tipo de negocio vinculaba al socio *commendator* o *socius stantus*, que aportaba el 100% del capital o las mercaderías del buque, con el *tractator* o *commendatario*, que utilizaba dichos bienes para efectuar la expedición marítima. La distribución de dividendos era en un 75% para el *commendator* y el resto para el *commendatario*. Sin embargo, el *socio stantus* asumía todo el riesgo de la empresa, ya que si la expedición fracasaba él soportaba todas las pérdidas **(28)**.

Paralelamente, las exigencias de la realidad económica y la práctica mercantil, frente a las imperantes condenas de la usura de acuerdo con una concepción rígida y tradicional **(29)**, llevaron a que los comerciantes recurrieran a lo que se conoce como el triple contrato o *contractus trinus*. Esta controvertida práctica **(30)**

(25) Cfr. BLANCH NOGUÉS, José M., "Reflexiones...", ob. cit.

(26) Ídem.

(27) Ídem.

(28) El *commendator* no se daba a conocer frente a los terceros; solo se tenía conocimiento del *tractator*. La vinculación entre ambos era interna y se regulaba por escrito. Así, los terceros que pudieran contratar solo conocían el nombre y patrimonio del *tractator*. Esta práctica fue utilizada hasta tanto se obligó, en Florencia en el siglo XV y en Bolonia en el siglo XVI, a registrar el contrato de *commendas*, y que dicha sociedad adoptara una razón social y, a su vez, llevara adelante una cierta contabilidad. Cabe destacar que el instituto de las *commendas* contribuyó al nacimiento de las sociedades colectivas y en comanditas (véase MARSILLI, María C., "Sociedades comerciales. El problema de la tipicidad", Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2003, p. 17; y NISSEN, Ricardo A., "Curso de derecho societario", Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1998, p. 30).

(29) En la Edad Media, era considerado usura no solo el cobro de intereses excesivos por parte del prestamista, sino cualquier rédito derivado del préstamo (véase HENNING, J. J., "The medieval *contractus trinus* and the law of partnership", *http://uir.unisa.ac.za/*.)

(30) Esta técnica contractual enfrentó a juristas y teólogos de la época. En contra, los defensores de la doctrina de la usura, que consideraban al triple contrato un préstamo usurero encubierto (Domingo de Soto). A favor, aquellos que proponían que la participación en los

consistía en la combinación de tres contratos: un contrato de sociedad, un contrato de seguro y un contrato de compraventa, y a pesar de que admitía distintas variantes, la dinámica de base era la siguiente: i) los contrayentes celebraban un contrato de sociedad, uno aportaba el capital y otro, el trabajo o industria; ii) el socio industrial (mercader) aseguraba al socio inversor el capital aportado; iii) y, a su vez, el socio industrial le abonaba una suma fija anual al inversor, a cambio de mantener el resto de los beneficios futuros e inciertos.

Señala Decock **(31)** que la Escuela de Salamanca terminó por aprobar esta modalidad que permitió que viudas, huérfanos, empleados públicos e instituciones eclesiásticas, es decir, no comerciantes, pudieran colocar su dinero de manera segura en manos de los comerciantes, asegurándose un interés fijo.

En definitiva, los juristas y teólogos aceptaron que la norma que obligaba a que, en el contrato de sociedad, no hubiera beneficio sin asunción del riesgo dejara de ser una norma imperativa, convirtiéndose en meramente supletoria de la voluntad de las partes **(32)**. Señala Summenhart que la comunidad de riesgos es un elemento natural del contrato de sociedad, pues puede ser dejada de lado por voluntad de las partes. En consecuencia, el hecho de que el inversor esté cubierto por el convenio de aseguramiento no implica que el contrato sea inválido. El riesgo puede ser transferido al socio industrial sin que exista violación del principio de justicia, a cambio de que el inversor lo compense por esta obligación adicional. Esta idea fue luego adoptada por Lessius **(33)**.

IV.3. El Código Civil de Napoleón y su influencia en el derecho continental

La comunidad de riesgos —participar de los beneficios y soportar las pérdidas— como elemento esencial del contrato de sociedad aparece en el Código Civil de Napoleón (1804), cuya influencia en el derecho privado occidental de los siglos XIX y XX **(34)** ha sido determinante, y ello aún se manifiesta en las legislaciones contemporáneas.

El art. 1855 del mencionado Código establecía la nulidad del pacto que diese a uno de los socios todas las utilidades y de aquella estipulación que eximiese a uno o más socios de toda contribución en las pérdidas. Es decir que el ordenamiento francés, a diferencia del derecho romano y de las instituciones del medioevo, limitó un tanto más la libertad contractual de los socios, al considerar nulas a aquellas cláusulas que eximen a alguno de los socios de las pérdidas de la sociedad.

En Italia, el Código Civil de 1942 sigue esta línea, al disponer en su art. 2265 la nulidad del pacto en virtud del cual uno de los socios queda excluido de cualquier participación en las ganancias o en las pérdidas.

España parece haber seguido la solución del derecho romano clásico, al establecer en el art. 1691 del Cód. Civil que es nulo el pacto que excluye a uno o más socios de toda parte en las ganancias o en las pérdidas, a excepción del socio industrial, que puede ser eximido de toda responsabilidad en las pérdidas.

En Alemania, el § 705 del BGB de 1900 no se refiere expresamente al caso de la sociedad leonina, pero establece que por el contrato de sociedad se obligan los socios respectivamente a la consecución de un fin común, que ha de conseguirse en la forma que determine el contrato, así como a realizar las aportaciones convenidas **(35)**.

---

beneficios y en las pérdidas queda librada a la voluntad de las partes (Pedro de Navarra, Leonardo Lessius). Véase DECOCK, Wim, "In defense of commercial capitalism: Lessius, partnerships and the *contractus trinus*", *Creative Commons*; y GARCÍA ULECIA, Alberto, "El contrato trino en Castilla bajo el derecho común", Dpto. Historia del Derecho, Universidad de Sevilla.

(31) Ídem.

(32) ALFARO ÁGUILA REAL, Jesús, "El contrato trino y el art. 96.1, LSC", *https://almacendederecho.org/*, 17/02/2016.

(33) DECOCK, Wim, "In defense of commercial capitalism...", ob. cit.

(34) Por ejemplo, los Códigos de Holanda, Bélgica, Luxemburgo, Italia, España, Bolivia, Chile, Argentina, entre otros.

(35) La jurisprudencia y doctrina alemanas también se han planteado la ilicitud de la sociedad leonina al amparo de dicho precepto, si bien la posición común es la del mantenimiento de dicha sociedad cuando esconde una

En lo que respecta a la Argentina, es conocida la influencia del ordenamiento jurídico francés en Vélez Sarsfield, quien en el art. 1652 del Cód. Civil dispuso: "Es nula la sociedad que diese a uno de los socios todos los beneficios, o que le libertase de toda contribución en las pérdidas, o de prestación de capital, o que alguno de los socios no participe de los beneficios" **(36)**. Asimismo, en el artículo siguiente —1653— estableció una serie de estipulaciones nulas que en conjunto sirvieron como fuente del actual art. 13 de la LGS.

V. La causa fin del contrato societario. Su función práctico-social y su vinculación con los motivos

Algunos autores nacionales se han preocupado por identificar la causa final del contrato de sociedad, sin haber logrado hasta el momento una noción uniforme. Halperin **(37)** sostiene que el "fin común es un rasgo esencial de la sociedad; distingue a este contrato de los demás contratos y debe tener, normalmente, un sustrato económico". Nissen **(38)** dice que la causa del contrato de sociedad es la finalidad que han tenido los fundadores para su constitución, y no es otra que la obtención de ganancias a través de la realización de las actividades previstas en el contrato social.

Por su parte, Colombres afirma que la característica específica del contrato societario, que lo distingue netamente de los demás esquemas jurídicos, es la participación en las ganancias y pérdidas. Esta nota constituye la causa de la sociedad, o sea, la función práctico-social del negocio reconocida por el derecho. En sentido similar, señala Manóvil que la comunidad de riesgos es el verdadero elemento esencial del contrato de sociedad, pues es lo que distingue a la sociedad de cualquier otro contrato, en particular de los contratos asociativos **(39)**.

Por nuestra parte, entendemos que en el contrato de sociedad —como en todo aquel del género de los asociativos— existe un fin común inmediato, que no es otro que la realización de una actividad en común. La diferencia entre el contrato de sociedad y los contratos asociativos, como señala Farina **(40)**, radica en que estos últimos no tienen órganos para la adopción de decisiones en común ni personalidad jurídica y, en general, no existe una estructura que permita un control común sobre la propiedad o elementos utilizados para el fin compartido por los participantes.

El fin mediato, aunque no necesario, al que se busca llegar por vía de esa actividad, es la obtención de beneficios a ser repartidos entre los socios **(41)**. Prácticamente no hay discusión en que el concepto de "beneficio" no implica necesariamente un "lucro", sino que es un vocablo de tal amplitud que abarca no solo la distribución de utilidades, sino también a los que inciden de otras formas en el patrimonio de los socios.

Soportar las pérdidas no constituye un fin mediato ni inmediato, sino que es una derivación implícita de la producción o intercambio de bienes y servicios, en donde necesariamente existe un riesgo. En consecuencia, nadie podría constituir una sociedad en la cual ninguno de sus socios responda —aunque sea limitadamente— por las pérdidas.

Ahora bien, ¿es nula la cláusula estatutaria que dispone que alguno de los socios no participará de la distribución de las utilidades, o aquella que exonere a alguno de los socios de sopor-

donación lícita a favor del socio que participa solo en las ganancias. Sin embargo, se rechaza dicha sociedad cuando se base en un engaño o fraude cometido por alguno de los socios frente a otros (BLANCH NOGUÉS, José M., "Precedentes romanos...", ob. cit.).

(36) Aunque en la nota del mencionado artículo cita a Pothier, quien considera válida la cláusula por la cual se libren de toda contribución en las pérdidas, los objetos o capital aportado por uno de los socios, en el caso de que este dé a la sociedad alguna ventaja particular, con la cual la dispensa de contribuir puede compensarse. Asimismo, señala que el Código de Holanda (art. 1672) establece que el pacto que diese a uno de los socios la totalidad de los beneficios es nulo, pero está permitido estipular que las pérdidas serán soportadas por uno o más socios.

(37) HALPERIN, Isaac, "Curso de derecho comercial", Ed. Depalma, Buenos Aires, t. I, p. 230.

(38) NISSEN, Ricardo, "Curso de derecho societario", 3ª ed., Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2015, p. 80.

(39) MANÓVIL, Rafael, "La SAS...", ob. cit.

(40) Cfr. FARINA, Juan M., "Contratos comerciales modernos", Ed. Astrea, Buenos Aires, p. 757.

(41) CABANELLAS DE LAS CUEVAS, G., "Derecho societario", t. 1, p. 342.

tar las pérdidas? Aunque la LGS (art. 13, inc. 1º) entiende que tal estipulación sería leonina y, en consecuencia, nula, las razones que a continuación se expondrán nos llevan a pensar que una cláusula del estilo no debería ser ineficaz, pues: i) no afecta el orden público; ii) no desvirtúa la esencia del contrato de sociedad; iii) ni perjudica a los terceros.

Entendemos que la comunidad de riesgos no es la causa fin, ni un elemento esencial del contrato de sociedad, sino que es un elemento natural y, en consecuencia, disponible.

En primer lugar, debemos hacer una necesaria referencia a la causa fin de los actos jurídicos y, en particular, de los contratos, instituto que ha dado lugar a un intenso debate doctrinario, que parece haber acabado a partir de la entrada en vigor del art. 281, Cód. Civ. y Com. **(42)**, que optó por conciliar los criterios objetivos y subjetivos de causa, adoptando lo que se conoce como "criterio ecléctico", que entiende por causa del contrato tanto al fin abstracto que persigue el negocio **(43)** como así también al propósito concreto que indujo a las partes a alcanzarlo **(44)**, al menos cuando dicho propósito fue incorporado como razón determinante de la declaración de voluntad.

En este orden de ideas, supongamos que, como sostiene buena parte de la doctrina, la causa en el contrato de sociedad, desde el punto de vista objetivo, es la constitución, por los exteriorizantes de la voluntad negocial, de una nueva persona jurídica a través de cuya actuación se obtengan utilidades, soportando el riesgo o las pérdidas **(45)**.

Ahora bien, dicha causa objetiva —a raíz del advenimiento del criterio ecléctico en el ordenamiento vigente— debe integrarse con los motivos exteriorizados por los socios, siempre y cuando sean lícitos, aceptados por todas las partes en forma expresa o tácita y además sean esenciales y determinantes para la celebración del acto.

A estos efectos, sostiene Navarro Matamoros **(46)** que es aconsejable que los estatutos vayan precedidos de un preámbulo en el cual se precisen las razones por las cuales la sociedad se ha constituido y los principios generales que deben regirla. Teniendo en cuenta la gran libertad contractual que caracteriza a la SAS, dicho preámbulo puede resultar útil en caso de necesidad de interpretación de los estatutos.

La elevación de los motivos a la categoría de causa permitiría consignar en el contrato de sociedad que alguno de los socios no participe de los beneficios —distribución de dividendos—, pues su interés podría estar únicamente en que sus acciones se valoricen y así obtener una ganancia de manera indirecta mediante la transferencia de su participación, o simplemente renunciar a su derecho a participar en las ganancias en favor de sus otros socios, algo no muy difícil de imaginar en sociedades de familia.

Lo mismo respecto de las pérdidas. El estatuto —como contrato plurilateral de organización— permite articular no solo los derechos y obligaciones entre el socio y la sociedad, sino también entre los mismos socios (art. 11, inc. 8º, LGS, y art. 36, inc. 9º, LACE). Consecuentemente, los socios podrían pactar que alguno de ellos no participe de las pérdidas sociales. ¿En qué afecta ello a los terceros o a la sociedad? ¿Por qué el dogma instalado que impone la comunidad

(42) Art. 281: "*Causa.* La causa es el fin inmediato autorizado por el ordenamiento jurídico que ha sido determinante de la voluntad. También integran la causa los motivos exteriorizados cuando sean lícitos y hayan sido incorporados al acto en forma expresa, o tácitamente si son esenciales para ambas partes".

(43) Es decir, el criterio objetivo, que considera que por causa del contrato ha de entenderse la finalidad económico-social que este, considerado objetivamente, cumple y que es reconocida por el ordenamiento jurídico. Esa finalidad económico-social es el elemento propio de cada tipo de contrato y sirve para caracterizarlo frente a los demás (RICHARD — MUIÑO, "Derecho societario", 3ª reimp., Ed. Astrea, Buenos Aires, p. 137).

(44) El criterio subjetivo rechaza la idea de causa como finalidad típica y constante de cada acto jurídico. Por el contrario, entiende que la causa está integrada por todo lo que ha sido determinante de la voluntad del testador, siempre que esa finalidad esté incorporada expresa o implícitamente al acto mismo.

(45) RICHARD — MUIÑO, "Derecho societario", ob. cit., p. 144.

(46) NAVARRO MATAMOROS, "Libertad contractual y flexibilidad tipológica en el moderno derecho europeo de sociedades: especial referencia a la sociedad por acciones simplificada francesa", tesis doctoral, Universidad de Valencia, abril de 2009.

de participación en beneficios y pérdidas no puede ser dejado de lado por los contrayentes? ¿Por qué recurrir a convenios parasociales **(47)** para cristalizar los verdaderos objetivos comunes que los socios tuvieron en vista al vincularse societariamente?

VI. La transferencia de riesgos entre los socios no implica abuso ni afecta la esencia del contrato

Apartarse del axioma de la comunidad de riesgos daría lugar a estatutos sociales ajustados a las exigencias y necesidades de quienes emprenden e invierten. Veamos el siguiente escenario: dos emprendedores, creadores de una ingeniosa idea y del *know how* para llevarla a cabo, pero carentes de recursos económicos para concretarla, pueden, por ejemplo, lograr que un inversor de prestigio en el rubro, interesado en el proyecto, pero no dispuesto a asumir el riesgo de las eventuales pérdidas, se asocie. Para vencer el recelo del socio inversor, podrían los emprendedores asumir la totalidad de las eventuales pérdidas —"asegurando" el capital aportado al inversor— y lograr, de este modo, la cooperación sin la cual perderían la ocasión de lograr un prometedor beneficio.

Para ello, podrían recurrir a la emisión de acciones con preferencia en caso de liquidación (*liquidation preference*) a favor de los socios inversores. El término "liquidación" puede emplearse en sentido amplio y admite múltiples causales o eventos de liquidez **(48)**, o bien referirse únicamente a la cuota de liquidación una vez realizado el activo y cancelado el pasivo.

En este último supuesto, si al finalizar su existencia la sociedad sufre pérdidas moderadas, el inversor podría recuperar su aporte —o una cantidad mayor si así lo hubiesen convenido **(49)**— y las pérdidas, en su caso, serían soportadas por los socios emprendedores **(50)**. Sin embargo, este método no es infalible, pues si el balance final arrojara pérdidas netas —es decir, si el pasivo superase al activo— no habría remanente para distribuir y el inversor igualmente perdería su aporte. Lo mismo sucedería en el caso de liquidación por quiebra de la sociedad.

En cuanto a la distribución de los beneficios, podrían pactar que las acciones preferidas devenguen un dividendo fijo anual **(51)** (un porcentaje de la inversión), acumulable o no, que cobrará con preferencia **(52)**. De este modo, el socio inversor recibirá un valor anual limitado como único dividendo por su participación en la sociedad, y todas las ganancias futuras e inciertas que obtenga la sociedad corresponderán a los socios emprendedores, titulares de acciones ordinarias.

El riesgo del inversor, si bien se verá reducido significativamente, estará condicionado a que la sociedad obtenga utilidades en el ejercicio **(53)**. Podría darse el caso en que en un de-

(47) El uso masivo de estos instrumentos demuestra la necesidad de una mayor flexibilidad y libertad a la hora de determinar el contenido de los estatutos sociales (cfr. ROTHENBERG, Mónica, "Autonomía de la voluntad y sociedades de capital", Ed. Astrea, Buenos Aires, 2019, p. 71).

(48) La preferencia en caso de liquidez, comúnmente utilizada en las operaciones de *venture capital*, se activaría frente a la concreción de determinados "eventos de liquidez" de la inversión (transferencia del paquete accionario de control, fusión, compraventa de activos y pasivos, etc.), los cuales deberían ser definidos en el contrato.

(49) Es decir, el equivalente a su inversión incrementada en un determinado multiplicador (v.gr., x 1, x 2, etc.).

(50) Halperin sostiene que estas preferencias no pueden ser excesivas, ya que, si por su aplicación práctica absorbieran intencionalmente todas las utilidades, nos hallaríamos frente a un pacto leonino (HALPERIN, Isaac, "Sociedades anónimas", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1974, p. 304). No coincidimos con el maestro, pues si la verdadera intención de las partes ha sido liberar a un socio de la participación en las pérdidas, incluso utilizando un mecanismo societario, su voluntad debe respetarse, pues se trata de derechos patrimoniales privados, que no afectan al negocio ni a los terceros.

(51) Sostiene Reyes Villamizar que el dividendo fijo anual constituye un extraordinario mecanismo de capitalización societaria, por cuanto crea un incentivo para los inversionistas semejante al que se obtiene al adquirir títulos de renta fija. Debido a que el riesgo del inversionista se reduce, en cuanto tiene preferencia para el pago de un mínimo retorno de la inversión, el costo de capital tiende a reducirse para la sociedad (REYES VILLAMIZAR, Francisco, "La sociedad por acciones simplificada: Una verdadera innovación en el derecho societario latinoamericano", *http://scm.oas.org/*).

(52) Esta preferencia, sin embargo, puede matizarse por límites temporales, cuantitativos o en función de los resultados.

(53) Los arts. 68 y 224, LGS, prohíben la distribución de dividendos o intereses a los accionistas si no existen

terminado ejercicio nadie perciba dividendos, o alcance solo para pagar el dividendo fijo del socio inversor, y supuestos en que las ganancias son extraordinarias, y en este caso el inversor cobrará únicamente su dividendo fijo, y los socios emprendedores percibirán importantes sumas. No es aventurado anticipar que durante los primeros ejercicios una *start up* no obtendrá utilidades o, si las tuviere, las destinará a otros fines; de ahí que un inversor avezado (*venture capital*) intentará pactar: i) la obligatoriedad de distribuir dividendos cuando existan utilidades suficientes, y ii) que el dividendo fijo no percibido en un ejercicio se acumule para el siguiente.

Cláusulas del estilo otorgan la suficiente seguridad al inversor para invertir en capital de riesgo e incentivan a los emprendedores a maximizar los resultados, pues cuanto mayores sean los beneficios futuros e inciertos (utilidades), menor será el efecto del dividendo fijo preferido, y viceversa.

Estas acciones, además, podrían ser rescatables, convertibles, con participación en las ganancias que excedan la preferencia, etcétera **(54)**.

Las formas en que las ganancias y las pérdidas pueden ser distribuidas entre los socios son infinitas, y su reproducción excede ampliamente las pretensiones de este artículo.

Lo que intentamos destacar con el anterior ejemplo es que los verdaderos motivos que en ocasiones llevan a las partes a constituir una sociedad pueden apartarse de la idea de comunidad de riesgos y, a nuestro entender, si dichos motivos son esenciales, lícitos, aceptados por los constituyentes y exteriorizados (expresa o tácitamente), deben ser tolerados por el ordenamiento jurídico y reconocidos como causa fin, pues no afectan a la esencia del contrato societario ni a los terceros que se vinculen con el ente.

Tampoco debe perderse de vista que, en la dinámica actual de los negocios, las transferencias de riesgos obedecen a circunstancias que poco tienen que ver con los vicios de la voluntad. Por el contrario, lo que se busca es generar incentivos que permitan conciliar intereses contrapuestos, para lograr a través de la estructura societaria el mejor cumplimiento del fin que les es común.

En consecuencia, intentar proteger con normas imperativas al supuesto socio más débil del más poderoso, en el falible entendimiento de que ningún socio quisiera ingresar a una sociedad en la cual no participará de los beneficios, o soportará la totalidad de las eventuales pérdidas, es contraproducente. La norma parte de la falsa idea de que aquel que ingresó a la sociedad en condiciones supuestamente leoninas, lo hizo por existir un vicio en su voluntad, y por tanto lo "tutela", soslayando que, de ser así, existen los mecanismos legales *ex post* para subsanarlo (nulidad por error, dolo, violencia, lesión). Ejemplos de la realidad, como el referido *supra* —entre muchos otros—, demuestran que ello no es necesariamente así, pues apartarse de la regla en la distribución de beneficios y pérdidas, incluso si alguno de los contrayentes acepta no participar del reparto de utilidades, o bien soportar todas las pérdidas, puede derivar en una ventaja mutua y no en un abuso. De ahí la inconveniencia de abordar *ex ante* la cuestión, limitando el amplio abanico de posibilidades a la hora de estructurar internamente la sociedad **(55)**.

ganancias realizadas y líquidas resultantes de un balance confeccionado de acuerdo con la ley y el estatuto y aprobado por el órgano social competente (p. ej., no podría pactarse que un socio inversor reciba un dividendo fijo anual haya o no ganancias). El fundamento es que, en caso contrario, se estarían distribuyendo dividendos "ficticios" que pondrían en peligro la garantía de los acreedores. Sin embargo, actualmente es un tema opinable y revisable, sobre todo a raíz del desarrollo de las finanzas corporativas, que desde hace tiempo vienen desafiando a las ideas tradicionales del capital social y sus funciones.

(54) Véase CABANELLAS DE LAS CUEVAS, G., "Las acciones con preferencias y derechos patrimoniales preferenciales", RDCO 276-129.

(55) "Los arreglos atípicos nos desconciertan; enseguida nos asalta la duda de la expoliación, y por ello frecuentemente terminamos recurriendo a la idea del abuso. En cambio, si adoptamos el enfoque contrario, si no centramos la atención en el aspecto distributivo, en la forma de dirimir el conflicto, sino en los incentivos que crea de antemano la regla, nuestro modo de pensar cambia radicalmente. Entonces es cuando estamos en condiciones de comprender que las partes pueden estar interesadas, a la vista de sus peculiares circunstancias, en introducir una cláusula que modifique los incentivos que proporciona la regla estándar a fin de obtener una mayor ventaja mutua" (PAZ-ARES, C., "¿Cómo entendemos y cómo hacemos el derecho de sociedades?", en *Tratado de*

VII. Conclusiones

La Exposición de Motivos de la ley 19.550 (Sección II, 4º párr.) indirectamente certifica que las estipulaciones leoninas que protegen la comunidad de riesgos son un dogma, una verdad revelada e irrefutable, al punto tal que sentencia: "Las sanciones establecidas son las tradicionales y se explican por sí mismas".

En estas páginas nos hemos propuesto abordar la cuestión apartándonos de la regla de la comunidad de riesgos como una conclusión definitiva, en el entendimiento de que toda "verdad" es susceptible de revisión. Las necesidades del mercado exigen mayor libertad en la configuración estatutaria, y ello nos convoca a repensar el derecho societario tradicional en su totalidad, lo que incluye la revisión de las estipulaciones nulas del art. 13, LGS.

Los antecedentes históricos y la realidad actual dan cuenta de que, cuando la libertad de contratación se encuentra limitada por normas prohibitivas que desconocen la realidad de las prácticas comerciales vigentes, los actores de la economía apelan a la creatividad para lograr su cometido por vías legales, pero indirectas (v.gr., *contractus trinus,* convenios parasociales).

La SAS es un tipo social vanguardista y funcional que, entre otras cosas, permite regular estatutariamente y con amplia libertad los derechos y obligaciones de los socios entre sí. Ahora bien, esta autonomía será eficaz siempre y cuando no le sea aplicable la rigidez de la LGS, pues es contraria a su espíritu y finalidad.

Por supuesto que no planteamos una autonomía irrestricta, pues ello es inconcebible en nuestro derecho. Sin embargo, toda norma imperativa de la LGS destinada a limitar *ex ante* la forma en que los socios deciden distribuir la participación en las ganancias y en las pérdidas no aplica inmediatamente a la SAS, sino de manera supletoria. Pues la transferencia desigual de riesgos, incluso llevada al extremo en que alguno de los socios no participe de los beneficios o esté liberado de soportar las pérdidas, no afecta al orden público ni a la esencia del contrato de sociedad, ni configura, *a priori*, una situación de abuso.

El límite a la disponibilidad de los resultados estará dado únicamente por las normas imperativas de la LGS concebidas para proteger el interés de los terceros. Pues encontramos aquellas destinadas a la protección del interés patrimonial de los socios en los principios generales del Código Civil y Comercial, que se ocuparán, luego de un análisis *a posteriori* y atendiendo a las circunstancias particulares de cada caso, de determinar si existió un uso desviado o abusivo de la autonomía de la voluntad.

---

la sociedad limitada, Ed. Fundación Cultural del Notariado, 1997, separata).

DEFENSA DEL CONSUMIDOR

Doctrina

Estudio del beneficio de justicia gratuita (arts. 53 y 55, ley 24.240)

Nicolás I. Manterola (*)

Sumario: I. ¿Qué es el beneficio de justicia gratuita?— II. Alcance del beneficio: ¿Qué gastos son eximidos?— III. Fundamento del beneficio.— IV. La interpretación restringida es inconstitucional.— V. La tesis amplia: razones de procedencia.— VI. El alcance del beneficio y los fallos plenarios.— VII. Cuestión federal en el beneficio de justicia gratuita (arts. 53 y 55, LDC).— VIII. Imposición de costas cuando el consumidor cuenta con el beneficio de justicia gratuita.— IX. Conclusión.

I. ¿Qué es el beneficio de justicia gratuita?

Para nosotros, el beneficio de justicia gratuita es un instituto propio del derecho de consumo y de orden público que, por imperio de la ley y de modo automático, concede al consumidor (que interviene como parte en un proceso judicial, sea como actor o como demandado) el incidente de pobreza contemplado en el Código Procesal que resulte aplicable al caso concreto y con el alcance que dicho Código y las leyes locales le confieran.

Analicemos esta definición:

a) Un instituto propio del derecho de consumo: Por estar enmarcado en la ley 24.240 y por haber nacido con un objeto tuitivo, el beneficio de justicia gratuita es un instituto propio de la rama consumeril, y no es equivalente a ningún otro instituto jurídico. Por ello, su interpretación debe realizarse a la luz del bloque de consumo, es decir, de la ley 24.240, del art. 42, CN y, por supuesto, de los principios constitucionales y convencionales.

b) De orden público y de aplicación automática: El beneficio de justicia gratuita se aplica por decisión legal y de modo automático a favor del consumidor (asociación de consumidores u otros sujetos que intervengan en representación de consumidores o usuarios). Esto implica que, sin perjuicio de que se discuta su alcance, el juez está obligado a conceder al consumidor el beneficio de justicia gratuita, aunque no haya sido solicitado. Ello es así porque tiene carácter de orden público (art. 65, LDC) y no puede ser dejado de lado.

c) Se concede a quien defiende los derechos del consumidor: El beneficio de justicia gratuita se aplica *ipso iure* a favor del consumidor o usuario, sea una persona particular —humana o jurídica— o una asociación de consumidores, con total prescindencia de si es actor o demandado. Por ende, el proveedor —sea actor o demandado— no goza de este beneficio.

d) Alcance: Remitimos al acápite siguiente, donde tratamos la cuestión en profundidad.

e) Cese del beneficio: Para evitar un uso abusivo por parte del actor, el art. 53, LDC (que se aplica para los casos individuales), permite que el demandado inicie un incidente de solvencia para acreditar que el accionante sí puede afrontar los gastos que le han sido eximidos. En algunos casos, con buen tino, la ley local establece un límite al incidente de solvencia, beneficiando al consumidor en aquellos procesos de poco monto. El art. 66 del Código Procesal de Consumo de la

(*) Abogado graduado con diploma de honor (Universidad de Belgrano) y especialista en Derecho Procesal Civil (Universidad de Buenos Aires). Especialización en Derecho Procesal Constitucional (Universidad del Salvador, en curso en el 2021). Premio a la excelencia académica (Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires). Miembro del Foro de Derecho Procesal Electrónico. Director de la *Revista de Derecho Procesal y Procesal Informático* de la editorial Microjuris. Autor y coautor de publicaciones y libros en el área de su especialidad. Socio en M|P Abogados. Web: *www.nicolasmanterola.com.ar*.

Ciudad de Buenos Aires (CABA) es un ejemplo de ello **(1)**.

Por su parte, el art. 55, LDC (que se aplica en los procesos colectivos), no otorga tal posibilidad al demandado. Y ello es así porque "El actual art. 55 de la LDC (...) no le confiere a la demandada la posibilidad de probar la solvencia de quien accione en defensa de intereses de incidencia colectiva, precisamente por la magnitud de los reclamos a ser recompuestos, lo que impediría que las asociaciones de defensa del consumidor cumplan con su función al tener que hacer frente a los costos de inicio y a las eventuales costas que pudieren imponérseles..." **(2)**. Entendemos que esta es la postura correcta, pues no se reputa justo que el actor cargue con las costas en un proceso colectivo que supera su propio interés.

II. Alcance del beneficio: ¿Qué gastos son eximidos?

En todo proceso de consumo rige el beneficio de justicia gratuita a favor del consumidor, sea que se trate de un juicio individual (art. 53, ley 24.240) o colectivo (art. 55, ley 24.240).

Si bien no hay duda acerca de su existencia, sí la hay sobre su alcance, pues existen dos posturas contrarias: una amplia y otra restringida. Para la *postura amplia*, el beneficio exime al consumidor del pago de todas las costas (tasa de justicia, honorarios, demás costas y de todo otro gasto); en cambio, para la *restringida*, el beneficio solo exime del pago de la tasa, sello u otro tributo que grave el acceso al Poder Judicial (p. ej., la tasa de justicia).

Como veremos en los acápites IV y V, la postura que debe prevalecer es la amplia y, por lo tanto, el beneficio de justicia gratuita debe otorgar plena gratuidad al consumidor, eximiéndolo del gasto de la tasa de justicia, de todo otro tributo, gasto y costas (p. ej., del pago de honorarios).

La *postura amplia* es la que se adecúa a la Constitución Nacional y los tratados internacionales, mientras que la *restringida* (seguida por cierta jurisprudencia y leyes locales —como la ley bonaerense 13.133—) vulnera tales normas fundamentales. En los puntos IV y V veremos por qué.

Teniendo ello como norte (que el beneficio exime del pago de todas las costas al consumidor, cuando es obligado a sufragarlas), debemos advertir que, por respeto a la autonomía de las provincias y de la CABA, es necesario seguir una serie de pasos previos al querer aplicar el beneficio de justicia gratuita.

¿Cuáles son estos pasos previos?

Observar la legislación local.

La ley nacional 24.240 no podría imponer a las provincias una regulación tributaria (eximir el pago de, por ejemplo, la tasa de justicia local) ni procesal (regular en materia de costas). Por lo tanto, el juez debe, primero, analizar qué dice la ley local al respecto. Luego, si la ley local reconoce la postura amplia (que el beneficio exime del pago de todas las costas), debe aplicarla; pero, si la ley local se enrola en la postura restringida (que el beneficio solo exime del pago de la tasa de justicia, pero no de las demás costas —como lo hace el art. 25 de la ley 13.133 de la provincia de Buenos Aires—), debe declararla inconstitucional por los motivos que veremos en los acápites IV y V.

Ahora bien, ¿cuál es la ley local que debe mirar el juez?

Muchas provincias, y también la CABA, tienen una propia ley que regula el alcance del beneficio de justicia gratuita. Si en el caso concreto existe esta ley, el juez debe ver qué dice esta.

Por ejemplo, los arts. 66 y 256 del Código Procesal de la Justicia en las Relaciones de Consumo en el Ámbito de la CABA dispone que el beneficio otorga plena gratuidad al consumidor actor, eximiéndolo del pago de tasa de justicia,

(1) El art. 66, en su parte pertinente, dice: "En caso de consumidores o usuarios que actúen en interés propio, en reclamos superiores a un monto que exceda las (cien) 100 UMA, el demandado podrá acreditar por incidente separado y sin suspensión del trámite principal, que el/los actor/es dispone/n de recursos económicos suficientes para soportar los gastos del juicio, conforme se regula en el presente Código en lo relativo al incidente de solvencia. En ningún caso el incidente de solvencia que prospere importará la obligación del consumidor actor de abonar la tasa de justicia".

(2) CNCom., sala B, "Zoli, Sergio c. Caja de Seguros SA s/ beneficio de litigar sin gastos", expte. 13301/2015; LL AR/JUR/66155/2016.

timbrados, sellados, contribuciones, costas y de todo gasto que pueda irrogar el juicio.

En el caso de la provincia de Buenos Aires, el art. 25 de la ley 13.133 —a nuestro juicio, inconstitucional— regula el beneficio con criterio restringido, diciendo que el consumidor estará exento solo del pago de tasas, contribuciones u otra imposición económica, pero no de las costas, las que deberán ser soportadas por el consumidor; empero, el art. 25 dispone que el juez, al momento de dictar la sentencia, impondrá las costas evaluando la proporcionalidad del monto de la pretensión y los costos del proceso con la capacidad económica de las partes.

Pero puede suceder que en otras provincias no exista una ley específica que regule el alcance del beneficio de justicia gratuita. Si esto ocurre, el juez debería acudir, por analogía, al incidente de pobreza regulado en la ley procesal que resulte aplicable al caso (p. ej., el beneficio de litigar sin gastos).

Aclarado ello, cabe que nos preguntemos porqué decimos que el juez debe observar la ley local.

La respuesta es muy simple, porque el legislador nacional que sancionó la ley 24.240 no pudo haber regulado exenciones tributarias (como la eximición de la tasa de justicia u otros tributos) ni elementos procesales (como la regulación costas) en una ley nacional que rige en todas las provincias.

Así, el legislador nacional otorgó perfecta gratuidad al trámite procesal, pero dicha gratuidad se debe interpretar con el alcance que el legislador local haya dispuesto de modo específico al regular el alcance del beneficio de justicia gratuita, y, si no lo hizo, la omisión puede ser suplida acudiendo a los incidentes de pobreza.

Pero debe advertirse que esta observancia de la ley local debe realizarse respetando el art. 42 de la CN, que otorga perfecta gratuidad al consumidor. Por ende, la ley local debe conceder el beneficio de justicia gratuita con alcance amplio (eximiendo al consumidor de todas las costas). Si así no lo hace, la ley local será inconstitucional. Será tarea del actor solicitar la inconstitucionalidad y, si omite tal fundamental recaudo, será deber del juez declarar la inconstitucionalidad de oficio.

En resumen: el beneficio de justicia gratuita debe otorgar plena gratuidad al consumidor, eximiéndolo del pago de la tasa de justicia, de todo otro gasto y de las costas. Para determinar su alcance, el juez debe ver qué dice la ley local. Si la ley local concede el beneficio con criterio amplio (eximiendo del pago de todas las costas al consumidor), debe aplicarlo. Pero, si la ley local desconoce el criterio amplio, y solo concede el beneficio con alcance restringido (eximiendo solo el pago de la tasa de justicia), el juez debe, aun de oficio, declarar inconstitucional la norma local y otorgar una eximición amplia.

III. Fundamento del beneficio

Con el objetivo de allanar el camino a los accionantes y frente a la escasa cuantía de los reclamos y las diferencias evidentes (tanto económicas como técnicas y de medios) entre los consumidores y proveedores, la ley 26.361 consagró el beneficio de justicia gratuita, el que, originariamente, había sido observado del texto original de la ley 24.240 por el Poder Ejecutivo Nacional mediante el dec. 2089/1993.

Este instituto de justicia gratuita es una herramienta protectoria, en tanto presume que el actor merece un resguardo esencial. El senador Pichetto —en los antecedentes parlamentarios— dijo lo siguiente: "Si este es un proyecto de ley de defensa del usuario, de los humildes, de los pobres y de los más débiles, el principio de gratuidad tiene que ser inherente a esta norma, si no, para qué votar esta iniciativa" **(3)**.

Muchas veces el consumidor no saca provecho por el inicio de un proceso judicial que dura años y le causa un claro fastidio tramitar. Por ello, los legítimos reclamos se diluyen con el trascurso del tiempo ante la escasa cuantía económica de lo reclamado. Esto no hace otra cosa que poner en riesgo el acceso al servicio justicia, pues para el consumidor es más costoso emprender un juicio que el menoscabo generado por el proveedor. El consumidor, entonces, prefiere no hacer nada.

Por tal motivo, entre otros, el consumidor es un miembro de un grupo vulnerable, porque está solo frente a la estructura del mercado.

(3) Sesión: Senado, Debate: 19/12/2007 (versión taquigráfica), *Antecedentes parlamentarios ley 26.361*.

Así lo sostiene la Corte Suprema de Justicia de la Nación, al entender que el art. 42, CN, "revela la especial protección que el constituyente decidió otorgar a los usuarios y consumidores debido a ser sujetos particularmente vulnerables", y por ello existe un "... principio protectorio [que] 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" (Fallos 340:172).

Ante esta diferencia evidente, fue necesario establecer la gratuidad "a fin de incentivar al consumidor a accionar y equipararlo procesalmente respecto del proveedor" **(4)**.

IV. La interpretación restringida es inconstitucional

En nuestra opinión, la tesis que entiende que el beneficio de justicia gratuita solo exime al consumidor del pago de la tasa de justicia o de otro tributo que grava el acceso al Poder Judicial (sin eximir el pago de las demás costas) viola el federalismo, la protección del consumidor, el acceso a la justicia y el principio *pro homine*; además, estamos desconociendo la propia letra de la ley.

Por los motivos que veremos de seguido, nos daremos cuenta de que el legislador no quiso crear una exención tributaria, sino dar perfecta gratuidad al consumidor y remitir a las normas locales, tal como vimos en el punto anterior.

IV.1. Violación al federalismo

Se conculca el federalismo si interpretamos que el beneficio de justicia gratuita exime solo el pago de la tasa de justicia u otro tributo que grava el acceso al Poder Judicial.

¿Por qué?

Porque estamos diciendo que el Congreso de la Nación ha creado, en una ley nacional que rige en todo el país, una exención tributaria que se aplica en todas las provincias. Esto, como es fácil advertir, conculca el art. 121 de la CN.

Debe considerarse que, en palabras de la Corte Suprema, "de acuerdo con la distribución de competencias que emerge de la Constitución Nacional, los poderes de las provincias son originarios e indefinidos en tanto que los delegados a la Nación son definidos y expresos" (Fallos 304:1186 y 320:619); y que "las provincias tienen la facultad de darse las leyes y ordenanzas de impuestos locales y, en general, todas las que juzguen conducentes a su bienestar y prosperidad, sin más limitaciones que las enumeradas en el art. 126 de la CN, toda vez que, entre los derechos que constituyen la autonomía de las provincias, es primordial el de imponer contribuciones y percibirlas sin intervención alguna de autoridad extraña" **(5)**.

¿Puede interpretarse que el legislador nacional dispuso una exención tributaria local en una ley nacional?

Entendemos que no, porque, de hacerlo, estaríamos afirmando que el beneficio de justicia gratuita exime al consumidor provincial del pago de los tributos locales, cuya legislación no le compete al Congreso Nacional.

Así las cosas, la interpretación que proponemos de los arts. 53 y 55, LDC, y que respeta el federalismo, es la siguiente: el beneficio de justicia gratuita de la ley 24.240 es un instituto que el legislador nacional instituyó a favor del consumidor, y, para ver su alcance, debemos —por respeto a la autonomía de las provincias— remitirnos a la ley local que regule el beneficio de modo específico y, en su ausencia, a los incidentes de pobreza. Ello con una advertencia: por imperio del art. 42 de la CN, la exención debe ser amplia; por lo tanto, la ley local que así no lo entienda será inconstitucional.

Así lo ha entendido la jurisprudencia: "si se pretendiera limitar la exoneración solo al pago de la tasa de justicia con exclusión de los gastos causídicos, esa interpretación conduciría a la afectación de las autonomías provinciales, soberanas en materia tributaria" **(6)**.

(4) TINTI, Guillermo — CALDERÓN, Maximiliano, "Ley 24.240 comentada", Ed. Alveroni, Córdoba, 2017.

(5) Fallos 178:308; 320:619, entre otros.

(6) CNCom., sala F, 29/06/2010, "San Miguel, Martín Héctor y otros c. Caja de Seguros SA", LL AR/JUR/39056/2010.

IV.2. La interpretación semántica: "justicia gratuita" y "litigar sin gastos"

La tesis restringida parte de una interpretación meramente semántica, que diferencia los términos "litigar" y "justicia gratuita", para concluir que el primero abarca todo el litigio, mientras que el segundo se refiere al acceso a la justicia y se agota al presentar la demanda.

Según entienden, "el beneficio de litigar sin gastos" está vigente durante todo el proceso, desde su comienzo (lo que exime del pago de la tasa de justicia) hasta su finalización (lo que exime del pago de las costas). En cambio, "el beneficio de justicia gratuita", que no incluye el término "litigar", solo opera al ingresar al servicio de justicia y, por ello, exime solo el pago de la tasa, sello u otro cargo, pero, luego, una vez superado el mero acceso, el consumidor queda sometido a los avatares del proceso, incluyendo una condena en costas.

Para nosotros, esta postura no tiene en cuenta el concepto lógico del proceso, ni respeta el acceso a la justicia, porque —desde una óptica constitucional— estos conceptos incluyen necesariamente la idea de litigar (es decir, de recorrer el proceso hasta la sentencia), no agotándose en la primera presentación ante el tribunal. Así, "acceder a la justicia" y "litigar" son dos caras de una misma moneda.

Siguiendo a Alvarado Velloso, el proceso es un método pacifico de solución de conflictos, a través del cual las personas —lejos de solucionar los conflictos mediante la fuerza— elevan su controversia al plano judicial, persiguiendo una sentencia que ponga fin al conflicto. Así, concluye el autor, "toda la serie procesal tiende a su natural y único objeto: lograr una declaración del juez ante quien se presenta el litigio..." **(7)**.

Se advierte que todo proceso se inicia para ser terminado, pues quien lo promueve —acudiendo al Poder Judicial— busca una sentencia que resuelva el conflicto existente. Así, el acceso a la justicia no se agota al golpear la puerta del Juzgado para ingresar presentando la demanda, sino, por el contrario, el acceso a la justicia implica presentarse en juicio —con la demanda o la contestación— y transitar en total plenitud el proceso hasta la sentencia definitiva. Quien accede a la justicia busca una sentencia y, para obtenerla, deberá necesariamente litigar.

Verbic explica lo siguiente: "El acceso a la justicia, entendido no solo como la posibilidad de acceder sino de transitar un proceso para la obtención de una decisión justa, constituye uno de los pilares fundamentales de nuestra organización republicana y democrática que ha exigido del Estado la remoción de distintos tipos de obstáculos que dificultaron y que actualmente siguen impidiendo —o bien dificultando gravemente— el ingreso (y la permanencia) de ciertos grupos al servicio de justicia..." **(8)**.

Así las cosas, si entendemos —como propone la tesis restringida— que los términos "justicia gratuita" se refieren al mero "acceso" al Poder Judicial, y por ello se debería eximir solo el pago de la tasa de justicia, estamos interpretando al acceso al Poder Judicial de una manera sesgada, sin tener en cuenta que presentarse en juicio implica, necesariamente, transitar el proceso hasta la sentencia, porque la decisión que pone fin al conflicto —y mantiene la paz social— es el fin y la razón de ser del acceso a la justicia.

La Corte Interamericana, en el caso "Cantos", así lo ha dicho: "... Este tribunal estima que para satisfacer el derecho de acceso a la justicia no basta que en el respectivo proceso se produzca una decisión judicial definitiva. También se requiere que quienes participan en el proceso puedan hacerlo sin el temor de verse obligados a pagar sumas desproporcionadas o excesivas a causa de haber recurrido a los tribunales" **(9)**.

De esta manera, el acceso a la justicia no puede limitarse al mero hecho de presentarse en juicio y quedar, luego, a la deriva. El acceso al justicia es un derecho que está presente durante

(7) ALVARADO VELLOSO, Adolfo, "Lecciones de derecho procesal civil", Ed. Juris, Santa Fe, 2009, p. 10.

(8) VERBIC, Francisco — SUCUNZA, Matías, "Acceso a la justicia y beneficio de gratuidad en materia de acciones de consumo y medio ambiente", en *Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y la Nación. Comentados y anotados*, Ed. AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2016, t. II, p. 1001.

(9) Corte IDH, 28/11/2002, "Cantos vs. Argentina", párr. 55.

todo el transcurso del proceso, no solo el inicio. Entender —como lo hace la tesis restringida— que la palabra "acceso" se refiere solo a golpear la puerta del Juzgado y peticionar, sin incluir el derecho a transitar todas las etapas del proceso con iguales facultades que con las que se accedió, implicaría decir que, una vez presentado, el litigante carece de protección por el solo hecho de ya estar dentro del tribunal.

Por ello, el acceso a la justicia —que opera durante todo el transcurso del proceso (y no solo en el inicio)— amerita considerar que el beneficio de justicia gratuita tiene un alcance amplio.

IV.3. Los antecedentes parlamentarios: ¿Por qué no se llamó "beneficio de litigar sin gastos"?

Otro fundamento de la tesis restringida reside en sostener que varios proyectos de ley incluían expresamente el beneficio de litigar sin gastos; sin embargo, se optó por la expresión "justicia gratuita". Sostienen que la ley 24.240 no habla de "beneficio de litigar sin gastos" y, por ello, el beneficio de justicia gratuita es algo distinto.

Pero afirmar esto es desconocer el federalismo, porque la expresión "beneficio de litigar sin gastos" es el nombre que determinadas provincias le dan a los incidentes de pobreza. De modo que una ley de fondo no podía hacer referencia a una competencia propia de los Poderes Legislativos locales.

Es de destacar que en el debate parlamentario de la ley 26.361 el senador Guinle dijo lo siguiente: "*Sr. Guinle*.- Señor presidente: en uno de los proyectos que estaban agregados, se dotaba a la futura ley del beneficio de litigar sin gastos y se invitaba a adherir a las provincias. En efecto, esta es una ley de fondo, pero también es cierto que la tasa de justicia le corresponde ser percibida por los gobiernos provinciales. Entonces, como decía la señora senadora Escudero, lo pertinente es establecer el principio de gratuidad, porque corresponde en la ley de fondo, e invitar a que las provincias adhieran a la iniciativa" **(10)**.

Esta es la interpretación del Senado, en tanto, como explica Bersten **(11)**, la intervención del senador Guinle aclaró la cuestión de un modo definitivo, "no solo porque fue la última y previa a la votación, sino porque formuló la propuesta que fue puesta a votación del cuerpo".

"De lo expresado por el senador Guinle, es claro que el cuerpo consideró que no correspondía denominar al beneficio de gratuidad como beneficio de litigar sin gastos puesto que este último incluye la tasa de justicia y, en el caso de las actuaciones judiciales realizadas en jurisdicciones provinciales, la tasa judicial constituye un recurso tributario de orden local. Es decir, que el Senado, como representante de las provincias, decidió distinguir la institución por respeto a las autonomías provinciales en materia tributaria" **(12)**.

IV.4. Violación a los principios pro homine *e* in dubio pro consumidor

Consagrado en el art. 29 del Pacto de San José de Costa Rica, el principio *pro homine* obliga al intérprete a ponderar las diferentes normas o las posibles interpretaciones para escoger aquella que sea más favorable para el efectivo goce y ejercicio de los derechos y libertades fundamentales. En virtud de este el principio, "se debe acudir a la norma más amplia o a la interpretación más extensiva cuando se trata de reconocer derechos protegidos y, a la inversa, a la interpretación más restrictiva cuando se trata de restringir derechos" **(13)**.

Así las cosas, ante una tesis que entiende que el beneficio de justicia gratuita exime totalmente al consumidor de todo gasto, y otra que dice que solo exime del pago de la tasa de justicia, el principio *pro homine* nos lleva inexorablemente a adoptar la tesis amplia.

(10) Sesión: Senado; Debate: 19/12/2007 (versión taquigráfica), *Antecedentes parlamentarios ley 26.361*.

(11) BERSTEN, Horacio L., "La gratuidad en las acciones individuales y colectivas de consumo", LA LEY del 17/03/2009, 4; LA LEY 2009-B, 370; LL AR/DOC/1257/2009.

(12) BERSTEN, Horacio L., "La gratuidad en las acciones individuales...", ob. cit.

(13) BELOFF, Mary, "Convención Americana sobre Derechos Humanos comentada", Ed. Konrad-Adenauer-Stiftung, p. 412.

A esta conclusión también arribamos al aplicar el principio *in dubio pro consumidor* contemplado en el art. 3º, LDC, que es de orden público y no puede ser dejado de lado; además, está contemplado en los arts. 1094 y 1095 del Cód. Civ. y Com. y encuentran basamento constitucional en el art. 42, CN; a su vez, tiene raigambre convencional a la luz del art. 75, CN.

Desde esta óptica, no debe perderse de vista la finalidad tuitiva de la norma; es que la finalidad es justamente un criterio de interpretación que siempre debe ser tenido en cuenta por quien desee aplicar la ley.

Alterini explica lo siguiente: "La directriz de la 'finalidad' apunta a desentrañar la ratio de la ley, su espíritu (en la terminología de Vélez Sarsfield), la razón que la justifica o el interés que busca resguardar. Simultáneamente con resaltar la importancia de la ley, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha destacado la relevancia del criterio finalístico: '... corresponde recordar que por encima de lo que las leyes parecen expresar literalmente, es propio de la interpretación indagar lo que ellas dicen jurídicamente'" **(14)**.

La Corte Suprema tiene dicho que "es propio de la tarea judicial indagar sobre el espíritu de las leyes más que guiarse por el rigor de las palabras" (Fallos 323:2117).

Entre dos interpretaciones de una misma norma debemos estar a la que más favorezca la plenitud del derecho fundamental (*pro homine*) y, en concreto, a la que sea más favorable al consumidor (por la finalidad de la norma).

IV.5. El consumidor y el trabajador

Otro de los argumentos utilizados para sustentar la tesis restringida consiste en afirmar que no es equitativo conceder al consumidor una protección mayor que la que se otorga al trabajador, pues ello afectaría el principio de igualdad del art. 16, CN. Se sostiene así que, si el trabajador debe afrontar los gastos causídicos, el consumidor también debe hacerlo.

Esta interpretación es errada, en tanto mezcla dos microsistemas que —aunque tuitivos— son diferentes.

Estamos en presencia de un argumento que busca equiparar dos supuestos de hecho tutelados por normas y bloques legales distintos. Una cosa es el derecho de trabajo, y otra muy distinta es el estatuto del consumidor; ambos sistemas se rigen por leyes, pautas y circunstancias fácticas diferentes.

No podemos interpretar una norma de consumo (arts. 53 y 55, LDC) a la luz de un sistema ajeno (el laboral). La lógica interpretativa nos incita a descifrar los arts. 53 y 55, LDC, bajo la luz que arroja el estatuto consumeril, pues es aquí adonde pertenecen dichos artículos.

No podemos contrariar la hermenéutica de la ley 24.240 y del art. 42, CN, con una pauta legal de un sistema (el derecho laboral) que le es totalmente ajeno. Así, podemos colegir sin temor a equivocarnos que la *ratio legis* de los arts. 53 y 55, LDC, la encontraremos dentro del marco de la ley 24.240, de los principios que emanan del art. 42, CN, y de los tratados internacionales. No podremos encontrarla, por más que quisiéramos, fuera del estatuto consumeril.

Por lo demás, tampoco es cierto que se altere el principio de igualdad contemplado en el art. 16, CN, toda vez que este precepto, como es sabido, contempla una igualdad de iguales.

Es que el consumidor y el trabajador son roles distintos de una misma persona (repárese que todo trabajador es un consumidor, pues, además de laborar, adquiere productos y utiliza servicios en su vida diaria). Diferenciar el rol de consumidor y de trabajador es fundamental.

Una cosa es ser trabajador y otra es ser consumidor. Esto nos arroja como conclusión que existen dos grupos distintos, los trabajadores y los consumidores. Esta separación no es discriminatoria, sino necesaria; es que no podemos decir que separar es discriminar o alterar la igualdad, pues, como enseña Gelli, "el derecho, por definición, distingue, crea categorías y dispone clasificaciones. Así, entre muchas otras: deudores/acreedores; mayores/menores de edad; imputados/procesados/condenados... La negación de esas diferenciaciones

(14) ALTERINI, Jorge H., "Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético", 2ª ed., Ed. La Ley, comentario al art. 2º, t. I.

equivaldría tanto como impedir la sanción de normas" **(15)**.

Continúa la autora diciendo: "La doctrina reiterada de la Corte Suprema ha sostenido que la ley debe ser igual para los iguales en igualdad de circunstancias. Con lo cual ha examinado la categoría normativa hacia adentro, para evaluar si a alguno de los integrantes de aquella se los excluye del goce de los derechos que se reconocen a los otros".

Así las cosas, lo importante es distinguir los grupos y que haya igualdad dentro de ellos. Igualdad de derechos para los trabajadores, e igualdad para los consumidores. No podemos legítimamente afirmar que el consumidor no está eximido del pago de las costas por el simple hecho de que la legislación laboral no exime al trabajador de ellas.

De este modo, no se afecta la igualdad si se concede a favor del consumidor una protección mayor que la concedida al trabajador. Ello es así porque el consumidor y el trabajador son miembros de clases diferentes; los fines y los derechos protegidos por el ordenamiento laboral y de consumo son distintos; y el consumidor es un sujeto vulnerable que requiere una protección especial.

IV.6. El bill *de indemnidad*

Para fundamentar la postura restringida se dice que, si se adopta la tesis amplia, se generaría un *bill* de indemnidad para los consumidores y las asociaciones, lo que traería —dicen quienes sostienen tal posición— un aumento en la interposición de demandas y de litigios.

Como explica Verbic, tal pensamiento es "una falacia argumental que se asienta en varias premisas improbables y/o irrazonables, como son por ejemplo que la gente perderá su tiempo promoviendo demandas solo por el hecho de que sean 'gratuitas', que como son gratuitas serán infundadas, y que ello por sí conllevará el aumento de la litigiosidad" **(16)**.

En primer lugar, no es cierto que se otorgue un *bill* de indemnidad al consumidor, pues la parte demandada puede probar que el actor tiene la solvencia suficiente para afrontar todos los gastos causídicos del proceso. Lo que sucede es que el legislador quiso otorgar irrestricta gratuidad al consumidor. Lo que ha hecho el legislador es allanar el camino al consumidor, en tanto se lo presupone vulnerado y, por ello, se lo exime de promover el incidente de pobreza.

En segundo lugar, pensar que la gratuidad aumentará los juicios infundados es un pensamiento meramente probabilístico que no se condice con la seriedad que debe tener toda sentencia fundada. Dicha interpretación, como explica Verbic, "descalifica el instrumento por el uso eventual que pueda dársele". Además, el consumidor sabe que dicho beneficio de gratuidad cesa cuando el proveedor demuestra su solvencia.

V. La tesis amplia: razones de procedencia

A continuación, veremos algunas razones que ameritan considerar que el beneficio de justicia gratuita es un instituto que debe ser entendido ampliamente.

V.1. La letra de la ley: el incidente de solvencia

De la propia letra de la ley se desprende que el beneficio de justicia gratuita no solo exime del pago de la tasa, sino que tiene un contenido mucho más amplio que exime también del pago de las costas. Ello es así porque el art. 53, ley 24.240, permite al demandado iniciar el incidente de solvencia para hacer cesar el beneficio de gratuidad.

Si optamos por la tesis restringida (que dice que el consumidor solo está eximido del pago de la tasa de justicia), el proveedor carecería de legitimación activa para perseguir el cobro de dicho tributo, en tanto el único interesado es el Fisco local. Por ello —de prosperar la tesis restringida—, el incidente de solvencia del art. 53 sería letra muerta.

Ahora bien, si optamos por la tesis amplia (y el beneficio de justicia gratuita contempla la eximición de todos los gastos causídicos), el incidente de solvencia del art. 53, LDC, sí tendrá sentido, pues el demandado sí tiene interés

(15) GELLI, María A., "Constitución comentada", Ed. La Ley, comentario al art. 16, t. I.

(16) VERBIC, Francisco — SUCUNZA, Matías, "Acceso a la justicia...", ob. cit., t. II, ps. 1001-1010.

en hacerlo cesar para perseguir el pago de las costas.

En fin, la posibilidad del accionado de hacer cesar el beneficio del actor se debe a que el beneficio exime del pago de las costas, pues, si solo eximiera del pago de la tasa, el demandado carecería de legitimación e interés para perseguir el cobro del tributo.

V.2. El criterio de la Corte Suprema

Debemos mencionar los antecedentes jurisprudenciales de la Corte Suprema, en donde —a nuestro criterio— se ha adoptado la postura amplia al eximir de la condena en costas o del depósito del art. 286, Cód. Proc. Civ. y Com. Si analizamos los diferentes fallos del Máximo Tribunal, veremos que la Corte entiende que el beneficio de justicia gratuita exime de las costas del proceso.

No obstante, lo cierto es que algunas salas de la Cámara Nacional en lo Comercial, con posterioridad a estos fallos de la Corte Suprema, han entendido que la Corte no se ha pronunciado expresamente sobre el alcance del beneficio de justicia gratuita y, por ello, continúan sosteniendo la tesis restringida.

Pero lo cierto es que basta con ver el resultado de los fallos de la Corte para colegir que el Máximo Tribunal se inclinaría por la postura amplia.

- En el caso "Unión de Usuarios y Consumidores c. el Nuevo Banco de Entre Ríos SA s/ ordinario" **(17)**, la Corte había impuesto las costas a la Asociación de Consumidores vencida, pero, luego de una reposición planteada por la Asociación, revisó su sentencia y revocó por contrario imperio la condena en costas por aplicación del art. 55, ley 24.240.

Dijo lo siguiente: "Que, en efecto, en el fallo del 11 de febrero de 2014 se omitió valorar que en el caso resultaba plenamente aplicable el art. 55, último párrafo, de la ley 24.240, en cuanto otorga a las acciones judiciales iniciadas en defensa de intereses de incidencia colectiva el beneficio de justicia gratuita. Por ello, se hace lugar al recurso de reposición interpuesto a fs. 466/466 vta., se deja sin efecto lo resuelto en materia de costas en la sentencia de fs. 462, disponiéndose que en virtud de lo previsto en el art. 55, último párrafo, de la ley 24.240, no corresponde en el caso imponer las costas a la parte actora vencida".

- En los autos "Unión de Usuarios y Consumidores y otros c. Banca Nazionale del Lavoro SA s/ sumarísimo" y "Cavalieri, Jorge y otro c. Swiss Medical SA s/ amparo" **(18)**, la Corte Suprema desestimó el recurso extraordinario, pero "sin especial imposición de costas en virtud de lo establecido en el art. 55, párr. 2º, de la ley 24.240".

- En los autos "Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Consumidores Financieros Asociación Civil para su defensa c. Nación Seguros SA s/ ordinario" **(19)**, la Corte eximió del pago del depósito del art. 286, Cód. Proc. Civ. y Com., por entender que la actora gozaba del beneficio de justicia gratuita.

Partiendo de los derechos consagrados en el art. 42, CN, la Corte sostuvo: "Que la efectiva vigencia de este mandato constitucional, que otorga una tutela preferencial a los consumidores, requiere que la protección que la Constitución Nacional encomienda a las autoridades no quede circunscripta solo al reconocimiento de ciertos derechos y garantías sino que además asegure a los consumidores la posibilidad de obtener su eficaz defensa en las instancias judiciales"; y "que, en este sentido deben interpretarse las modificaciones que la ley 26.361 introdujo a la Ley de Defensa del Consumidor en materia de acciones judiciales que los consumidores y usuarios pueden iniciar cuando sus intereses resulten afectados o amenazados".

Pero lo más importante del fallo fue que la Corte entendió que el beneficio de justicia gratuita no se agota en el "acceso", sino que abarca todo el transitar del proceso. Así, la Corte dijo: "Que el otorgamiento del beneficio [de justicia gratuita] no aparece condicionado por el resultado final del pleito, pues la norma lo prevé 'para todas las acciones iniciadas en defensa

(17) CSJ 10/2013 (49-U).

(18) CS, 11/10/2011, "Cavalieri, Jorge y otro c. Swiss Medical SA s/ amparo"; criterio que fue seguido en C.36. XLVI, LL AR/JUR/63184/2011.

(19) CS, 24/11/2015, Fallos 338:1344; COM 39060/20ll/l/RHl.

de intereses colectivos'. Una interpretación que pretenda restringir los alcances del precepto no solo desconocería la pauta interpretativa que desaconseja distinguir allí donde la ley no distingue (Fallos 294:74; 304:226; 333:735) sino que conspiraría contra la efectiva concreción de las garantías constitucionales establecidas a favor de los consumidores —y de las asociaciones que pretendan proteger sus intereses— a fin de posibilitar el acceso a la jurisdicción en defensa de sus derechos" **(20)**.

V.3. La protección al consumidor

El consumidor, ha dicho la Corte Suprema, es miembro de un grupo vulnerable y requiere especial tutela y protección (Fallos 338:1110; 340:172; entre otros).

Sucede que "La norma contenida en el art. 42 de la CN revela la especial protección que el constituyente decidió otorgar a los usuarios y consumidores en razón de ser sujetos particularmente vulnerables y este principio protectorio juega un rol fundamental en el marco de los contratos de consumo donde el consumidor se encuentra en una posición de subordinación estructural" (Fallos 340:172).

Desde esta óptica, el consumidor debe poder accionar sin obstáculo alguno. Por tal motivo, una norma que desconozca al consumidor la gratuidad debe ser declarada inconstitucional.

"... [E]s preciso destacar [que] el consumidor se encuentra en una posición de subordinación estructural (...). Es por ello por lo 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" (Fallos 340:172).

VI. El alcance del beneficio y los fallos plenarios

La disparidad de interpretaciones que tiene el beneficio de justicia gratuita trae más problemas que ventajas. Por ejemplo, en la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, que tiene tres salas, la disparidad se encuentra bien marcada: Tres salas consideran al beneficio en sentido amplio, y las otras tres lo hacen con criterio restringido.

Con la ley 27.500 volvieron las sentencias plenarias al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, al que se arriba mediante el recurso de inaplicabilidad de la ley (arts. 288 y ss., Cód. Proc. Civ. y Com.) o por convocatoria del propio tribunal, a pedido de una de sus salas (art. 302, Cód. Proc. Civ. y Com.) o del fiscal [art. 37, inc. e), ley 24.946].

La reunión en pleno busca unificar la jurisprudencia cuando las diferentes salas de un mismo tribunal tienen diferentes opiniones y, ante similares presupuestos fácticos y normativos, llegan a diferentes soluciones. Cuando un tribunal, a través de sus salas, tiene jurisprudencia contrapuesta, se violenta la igualdad ante la ley, el acceso a la justicia y la seguridad jurídica de los justiciables.

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, como adelantemos, tiene seis salas, y la interpretación que estas hacen sobre la norma que regula el beneficio de justicia gratuita (art. 53, 4º párr., y art. 55, 2º párr., ley 24.240) es contradictoria. Las salas A **(21)**, D **(22)** y E **(23)** se enrolan en la tesis restringida, mientras que las salas B **(24)**, C **(25)** y F **(26)** ratifican la tesis amplia.

(20) CS, 24/11/2015, Fallos 338:1344; COM 39060/2011/1/RH1.

(21) CNCom., sala A, 25/04/2018, "Asociación por la Defensa de Usuarios y Consumidores (ADUC) c. Banco Piano SA s/ beneficio de litigar sin gastos", expte. 3.547/2016.

(22) CNCom., sala D, 02/08/2018, "Asociación por la Defensa de Usuarios y Consumidores (ADUC) c. Banco Macro SA s/ beneficio de litigar sin gastos", expte. 36542/2015.

(23) CNCom., sala E, 10/05/2018, "Asociación por la Defensa de Usuarios y Consumidores (ADUC) c. Banco Comafi SA s/ beneficio de litigar sin gastos", expte. 37709/2015.

(24) CNCom., sala B, 24/08/2016, "Zoli, Sergio c. Caja de Seguros SA s/ beneficio de litigar sin gastos", expte. 13301/2015; criterio ratificado recientemente en CNCom., sala B, 10/08/2018, "Albornoz, Pablo y otro c. Autos del Sur SA y otro s/ ordinario s/ queja", expte. 56578/2017/1/RH1.

(25) CNCom., sala C, 12/07/2018, "Incidente Nº 1 - ADUC c. Banco Patagonia SA s/ sumarísimo s/ incidente de apelación", expte. 797/2016/1/CA1.

(26) CNCom., sala F, 31/05/2018, "Borgna, Pablo Sebastián c. Banco Santander Río SA s/ ordinario", expte. 23297/2017.

En otra oportunidad nos hemos explayado sobre la conveniencia de que la Cámara Comercial se reúna en pleno, y hemos dicho allí que, en este tema, acaecen todos los requisitos necesarios para que el recurso de inaplicabilidad de la ley sea admisible. Allí remitimos **(27)**.

Cabe ahora señalar que, en la actualidad, la Cámara Nacional Comercial está tratando un recurso de inaplicabilidad de la ley, el que fue declarado admisible **(28)**.

VII. Cuestión federal en el beneficio de justicia gratuita (arts. 53 y 55, LDC)

Entendemos que el beneficio de justicia gratuita involucra derechos federales que habilitan la admisibilidad del recurso extraordinario federal (art. 14, ley 48) cuando el superior tribunal de la causa considere que el beneficio tiene alcance limitado **(29)**.

Cuando el instituto de justicia gratuita es interpretado restrictivamente por el juzgador (eximiendo al actor solo del pago de la tasa de justicia u otro tributo local, sin eximir del pago de las costas u otro gasto) se presenta una indudable cuestión federal que hace viable (si se reúnen los demás recaudos) la interposición de un recurso extraordinario federal ante la Corte Suprema, pues la interpretación limitada afecta derechos de innegable carácter constitucional que encuadran en el art. 14 de la ley 48, en la doctrina de la arbitrariedad.

Por un lado, existe una cuestión federal simple. Como enseña Tribiño, la cuestión federal simple (art. 14, inc. 3º, ley 48) "comprende todos los casos en que la solución del pleito requiere efectuar la interpretación de una norma o acto federal" **(30)**, lo que incluye, por ejemplo, la Constitución Nacional y los tratados internacionales. A la hora de interpretar el alcance del beneficio de justicia gratuita deben analizarse los arts. 1º, 5º, 18, 42, 75, 121 y ccds. de la CN, en tanto la resolución debe sujetarse al federalismo, a la autonomía de las provincias, al acceso a la justicia y al debido proceso, a la protección del consumidor y a su derecho de gozar de un proceso eficaz sin limitaciones económicas y con la tranquilidad de no ser condenado a abonar sumas que excedan su posibilidad económica.

Por otro lado, también habrá cuestión federal compleja directa. Si los arts. 53 y 55, ley 24.240, son interpretados de manera restrictiva, conculcarán, por los motivos expuestos *supra*, la Constitución Nacional de manera directa. Sucede que los citados artículos, interpretados restrictivamente, serán incompatibles con el texto constitucional (arts. 1º, 5º, 42 y 121 de la CN), lo que configura una cuestión federal compleja directa porque estamos en presencia de una "confrontación entre la Ley Fundamental con cualquier norma del ordenamiento jurídico infraconstitucional" **(31)**.

A su vez, también habrá *arbitrariedad* al sentenciar, porque la resolución que interprete restringidamente el beneficio de justicia gratuita será producto de una derivación ajena a derecho y de una errónea o inexistente interpretación del art. 42 de la CN.

Finalmente, es dable recordar que, para abrir la vía extraordinaria ante la Corte Suprema, es necesario cumplir una serie de recaudos. De ello se sigue que es fundamental advertir a los juzgadores de todas las instancias acerca de la cuestión constitucional invocada (el federalismo, el acceso a la justicia, la gratuidad y protección del consumidor, etc.), demostrando que tiene *relación directa e inmediata* con la solución de la controversia.

La controversia radica en el alcance del beneficio de justicia gratuita, y la resolución que decida dicho alcance debe ser resuelta necesariamente sobre la base del derecho federal invo-

(27) MANTEROLA, Nicolás I., "El regreso de los plenarios y el beneficio de justicia gratuita (arts. 53 y 55, ley 24.240)", ED del 07/03/2019, nro. 14.584, año LVII, ED 281.

(28) "Hambo, Débora Raquel c. CMR Falabella SA s/ sumarísimo", expte. 757/2018.

(29) Para ver más sobre el tema, ver: MANTEROLA, Nicolás I., "La cuestión federal y el beneficio de justicia gratuita (arts. 53 y 55, LDC)", Microjuris del 12/11/2018; MJ-DOC-13750-AR; MJD13750.

(30) TRIBIÑO, Carlos R., "La Corte Suprema: Competencia y vías de acceso. Instancia originaria. Recurso ordinario. Recurso extraordinario federal. Queja. Otras atribuciones", Ed. La Ley, p. 341.

(31) TRIBIÑO, Carlos R., "La Corte Suprema...", ob. cit., p. 345.

cado, pues este es la esencia del beneficio que, si bien nace de la ley, tiene raíz constitucional.

Por otro lado, también se requiere que la sentencia recurrida sea *definitiva*. Ello sucederá cuando el alcance del beneficio de justicia gratuita sea resuelto en la sentencia que pone fin al conflicto, y también cuando sea una resolución interlocutoria.

Sobre la sentencia definitiva, no hay duda alguna. Pero si la resolución es interlocutoria, debemos equipararla —según la doctrina de la Corte— a una definitiva.

¿Cómo se equipara la resolución interlocutoria a una sentencia definitiva?

Muy simple: demostrando un agravio irreparable o de tardía relación ulterior. Es que, si se posterga la decisión definitiva sobre el alcance del beneficio, se frustrarán los derechos constitucionales del actor.

El agravio surge evidente al considerar que, si el recurso extraordinario es inadmisible por ausencia de sentencia definitiva, el actor deberá afrontar las costas de los incidentes que se vayan produciendo, lo que genera un grave perjuicio en el accionante, provocándole un estado de incertidumbre acerca de los gastos que deberá afrontar.

Con sentido similar, la Corte Suprema dijo: "Debe asimilarse a sentencia definitiva la resolución que, al clausurar la posibilidad de que en un futuro se discuta la extensión del beneficio de litigar sin gastos acordado, tiene virtualidad para causar perjuicios de tardía, insuficiente o improbable reparación ulterior" (Fallos 341:79).

VIII. Imposición de costas cuando el consumidor cuenta con el beneficio de justicia gratuita

Es importante señalar que, si bien el consumidor cuenta con el beneficio de justicia gratuita y, por ende, está eximido de abonar las costas, ello no implica que no deban imponérselas. En otras palabras, las costas pueden imponérselas al consumidor, pero no puede exigírsele su pago.

Las costas pueden ser impuestas al consumidor (p. ej., por resultar vencido o porque se imponen por su orden), pero el interesado no podrá ejecutar su cobro mientras el consumidor goce del beneficio de justicia con gratuidad.

Al respecto, resulta ilustrador el voto de la Dra. Tevez, en donde dice:

"Tal como esta sala ya expuso en el precedente, 'Consumidores Financieros Asociación Civil p/ su defensa c. Zurich Argentina Cía. de Seguros SA s/ ordinario', del 20/12/2016 la circunstancia que este tipo de acciones gocen del beneficio de justicia gratuita no es óbice para que se exima al tribunal de expedirse respecto a quien resultó perdidoso o ganador en el pleito. Y esto es al solo y único efecto de proceder a estimar honorarios de los restantes actores procesales (v.gr., peritos, letrado de la accionada, terceros) de acuerdo con el éxito procesal obtenido y para que, luego, estos puedan percibir su remuneración por las tareas cumplidas y desarrolladas en el proceso en los términos y con los alcances previstos en el art. 84 del Cód. Proc. y 77 del Cód. Proc. y art. 49, 2º párr., de la ley 21.839. Coadyuvante, como fin mediato tales decisiones también podrán considerarse, entre otras variables, para meritar la necesaria idoneidad de quien pretende asumir la representación del colectivo en claro resguardo del derecho de los afectados. En tal orden de ideas, esta sala ya ha dicho con base normativa en el art. 161, inc. 3º, y art. 163, inc. 8º, del Cód. Proc. que todo pronunciamiento exige imposición de costas, las cuales incluso deben fijarse, aunque el vencedor no las requiera (conf. arg. art. 68 del Cód. Proc.) (conf. esta sala, 'Zenobio, Marcela A. s/ pedido de quiebra por Delucchi Martín C.' del 25/09/2014). Es que una solución contraria —en la que nada se diga en relación con la calificación de vencido— conllevaría consecuencias negativas en este tipo de procesos frente a la incertidumbre, principalmente, de los auxiliares respecto a quién será en definitiva el obligado a su pago o a la extensión en que deberán ser soportados (conf. arg. art. 77 del Cód. Proc.). Eventualmente, el alcance interpretativo que esta sala acuerda al beneficio previsto en el art. 55, LDC, impone concluir en el sentido que, aun mediando condena en costas, la Asociación se encontraría igualmente eximida de su pago (v. esta sala, *mutatis mutandis*, 03/12/2013, 'Consumidores en Acción Asociación Civil c. Coviares SA s/ beneficio de litigar sin gatos'; íd., 01/09/2016, 'Orozco, Sergio E. c.

General Motors de Argentina SRL y otro s/ sumarísimo', expte. COM35637/11, especialmente el apart. 8º; íd., 30/03/2017, 'Abdala, Belén y otros c. HSBC Bank Argentina SA s/ sumarísimo')" **(32)**.

IX. Conclusión

Hay cuestiones jurídicas que merecen un análisis profundo de la cuestión, pues se entremezclan los hechos con el derecho, de manera tal que la decisión debe ser tomada previo un exhaustivo procedimiento analítico.

Pero hay otras que surgen tan nítidas que basta con una lectura y un mínimo análisis para encontrar la solución adecuada. De modo que quienes se opongan a ella deberán acudir a interpretaciones exuberantes para intentar fundar una tesis contraria a aquella que es tan correcta como evidente.

Esto último es lo que ha ocurrido con el beneficio de justicia gratuita. Se ha intentado fundamentar, con vehemencia, una posición restringida, cuando la postura amplia es la que luce, desde la Constitución, como la correcta.

Para desacreditar la postura amplia, que es la solución que surge evidente y la única que se ajusta a la Constitución Nacional, se han dicho varias cosas.

Entre ellas, las siguientes:

i) que la postura amplia otorga un bill *de indemnidad al actor* (pero tal afirmación pierde fuerza porque el demandado puede demostrar la solvencia del actor para hacer cesar al beneficio);

ii) que no es justo otorgar al consumidor una protección mayor que al trabajador (pero esta afirmación pierde fuerza si consideramos que "consumidor" y "trabajador" son roles diferentes de un mismo sujeto y, por ello, merecen protecciones distintas);

iii) que los términos "beneficio de justicia gratuita" no contemplan la palabra "litigar" (pero lo cierto es que el acceso a la justicia implica necesariamente la idea de litigar y, además, por sobre la literalidad debe darse prevalencia a la finalidad de la norma);

iv) que el beneficio de justicia gratuita no se llamó "beneficio de litigar sin gastos" (pero, en realidad, el "beneficio de litigar sin gastos" es un concepto propio de los Códigos Procesales y no de una ley nacional);

v) que el beneficio de justicia gratuita solo opera en el momento inicial del proceso, es decir, al peticionar (pero tal tesis carece de sustento, pues el acceso al Poder Judicial implica necesariamente la idea de litigar: ¿Quién inicia un proceso sino para litigar?).

En suma, los fundamentos de la tesis restringida son solo aparentes, pues no soportan un control de constitucionalidad. Ello es así porque la postura restringida: i) desconoce el federalismo y a las provincias como autónomas (pues dice que una ley nacional puede eximir un tributo local); ii) desconoce el acceso a la justicia (pues este es un concepto que implica el derecho a litigar); iii) desconoce la protección del consumidor (que emana del art. 42, CN).

(32) CNCom., sala F, 12/02/2019, "Asociación por la Defensa de Usuarios y Consumidores c. Banco Finansur SA s/ beneficio de litigar sin gastos", LL AR/JUR/96/2019.

Sobreendeudamiento, comportamiento y tecnología

Hugo G. Monzón

Sumario: I. Planteo. El derecho como ciencia interdisciplinaria.— II. Sociedad de consumo. Análisis del comportamiento.— III. Palabras finales.

I. Planteo. El derecho como ciencia interdisciplinaria

El sobreendeudamiento es un fenómeno social sumamente complejo y, como tal, nos emplaza en la búsqueda de enfoques multidisciplinarios como recurso metodológico para su adecuado análisis.

Esto se relaciona fuertemente con las capacidades y aptitudes que, en un mundo cada vez más vertiginoso, deben adquirir y potenciar los juristas —cualquiera sea el rol que ocupen en la sociedad—, para adaptar sus conocimientos a nuevos escenarios y dinámicas sociales **(1)**, donde el estudio del comportamiento y la innovación tecnológica desempeñan un papel preponderante.

Ello supone mediar entre distintos saberes para dar respuesta a las nuevas exigencias y conflictos que se presentan.

En el caso particular del sobreendeudamiento **(2)** del consumidor, a simple vista se aprecia la utilidad de los aportes que puedan brindarse desde el derecho del consumidor y el derecho concursal, necesariamente complementarios. Sin embargo, para robustecer nuestro enfoque sobre este fenómeno complejo, es menester abrevar en otras disciplinas y ámbitos tales como la economía, la psicología, la sociología, las neurociencias, la publicidad, la estadística, las redes sociales, la innovación tecnológica, etcétera.

Esta perspectiva hace tiempo era advertida por Alegria, cuando reclamaba vincular los conocimientos jurídicos con los de la sociología, la lógica, la política, el lenguaje, etc., sosteniendo la necesidad de "construir una ciencia del derecho no 'autoportante' (que se baste a sí misma como un sistema cerrado) sino que sea comprobable a la luz de esas otras ciencias con las que debe relacionarse, viva y construya en vinculación con ellas" **(3)**.

En el presente nos proponemos señalar algunos aspectos que pueden resultar útiles para dimensionar la diversidad de cuestiones impli-

(1) TOLOSA, Pamela K., "Nuevas habilidades a desarrollar por quienes ejerzan la abogacía de cara al futuro", LA LEY del 29/08/2018; LA LEY 2018-D, 1076; LL AR/DOC/1744/2018. Allí la autora, señala: "Un verdadero desafío para la profesión de la abogacía del futuro es diseñar nuevas instituciones y nuevas estrategias jurídicas dentro de las ya existentes, para: 1) dar soluciones a problemas sociales novedosos en el contexto de realidades complejas y permanentemente dinámicas; 2) lograr la eficacia de los derechos. Precisamente, para lograr dicho objetivo, será necesario fomentar el desarrollo de nuevas habilidades en quienes ejerzan el derecho a partir de una formación preponderantemente interdisciplinaria".

(2) Los conceptos de sobreendeudamiento e insolvencia guardan una estrecha relación, pero delimitan situaciones diferenciables [ANCHAVAL, Hugo, "Insolvencia del consumidor", 1ª ed., Ed. Astrea, Buenos Aires, 2011, p. 31; JAPAZE, María B., "Sobreendeudamiento del consumidor", en STIGLITZ, Gabriel — HERNÁNDEZ, Carlos A. (dirs.), *Tratado de derecho del consumidor*, 1ª ed., Ed. La Ley, Buenos Aires, t. II, p. 309]. Anchaval refiere que el sobreendeudamiento "indica un cumplimiento forzado de las obligaciones con un gran desgaste personal y económico, pero cumplimiento al fin. La insolvencia significa el fin de esta situación y su incumplimiento" (ibídem, p. 31).

(3) ALEGRIA, Héctor, "Algunas cuestiones de derecho concursal", Ed. Ábaco, Buenos Aires, 1975, p. 32.

cadas cuando nos referimos al problema del sobreendeudamiento.

II. Sociedad de consumo. Análisis del comportamiento

Vivimos en una sociedad claramente marcada por el consumo masivo de bienes y servicios que son producidos a gran escala. En este sistema no solo se produce lo que el público desea, sino que reiteradamente se crean condiciones para estimular la adquisición de bienes y servicios innecesarios que se presentan como imprescindibles. Por ello, las personas con frecuencia toman decisiones que no les convienen, en el sentido de que no hacen lo que en realidad es bueno para ellas, no escogen lo que en realidad desean **(4)**. Y esta intervención del "libre mercado" en la vida cotidiana de los integrantes de la sociedad de consumo es tan contundente que el acto de consumir se erige en un elemento influyente en un aspecto importante de la constitución de su personalidad.

Por ello, se ha señalado que "a diferencia de lo que pueda pensarse, los gustos, los deseos, las elecciones del consumidor, en el contexto señalado, no son quienes determinan qué bienes y servicios deben producirse o comercializarse, sino que por el contrario es el sector productivo el que, a través de la publicidad entendida como un mecanismo para generar 'necesidades innecesarias', preestipula dichos gustos, deseos y elecciones del consumidor para alcanzar los objetivos económicos que aquel sector se ha fijado" **(5)**.

Y, en ese afán, los oferentes solo están preocupados por vender la mayor cantidad posible de los bienes que en exceso producen para alcanzar los propósitos empresariales que se fijan, los que en muchas oportunidades les otorgan premios o bonificaciones especiales. Ello provoca que únicamente estén preocupados en aumentar exponencialmente sus niveles de venta sin importarles si los consumidores se encuentran en condiciones de hacer frente a las obligaciones asumidas, con una cuestionable responsabilidad social y empresaria **(6)**.

Así, el sobreendeudamiento de los consumidores, como corolario de ese contexto, es el vértice donde confluyen variables de distinta magnitud. Entre ellas, el funcionamiento del cerebro en la toma de decisiones, la incidencia de la publicidad y la tecnología y el diseño del entorno.

II.1. Comportamiento

Es habitual explicar el sobreendeudamiento de los consumidores reseñando explicaciones causales, las visiones desde el derecho comparado y las medidas preventivas necesarias para su tratamiento. Ciertamente, ello constituye una estrategia plausible y necesaria. Sin embargo, omite un tema relevante: el estudio del comportamiento humano. En ese sentido, no es posible aprehender adecuadamente este fenómeno en todas sus dimensiones sin advertir cuáles son los factores **(7)** que inciden en el comportamiento de las personas para sobreendeudarse, lo que constituye un antecedente relevante a aquel tipo de abordajes.

Para ello se requiere explicitar un modelo de comportamiento y analizar las consecuencias sociales derivadas de los postulados que se adopten.

En esta tarea, la economía se presenta como un punto de partida insoslayable, pues, precisa-

(4) AKERLOF, George A. — SHILLER, Robert J., "La economía de la manipulación. Cómo caemos como incautos en las trampas del mercado", 1ª ed., Ed. Paidós, Buenos Aires, 2016, p. 38.

(5) RODRÍGUEZ, Gonzalo M., "La construcción del 'yo' en nuestros tiempos. Publicidad y derecho del consumo", RDC 1-2016-1, Ed. FIDAS, Buenos Aires, p. 25.

(6) Truffat, refiriéndose a los consumidores y el sobreendeudamiento, manifiesta que "sin perjuicio de su imprudencia, falta mínima de previsión, audacia, o desapego de las consecuencias de sus actos, suelen ser, en simultáneo, víctimas de una sociedad de masas impactada por la publicidad en todas sus formas, donde parecería que el 'tener' ha sustituido al 'ser'" (TRUFFAT, E. Daniel, "Sobre el potencial abuso en el pedido de propia quiebra para obtener la rehabilitación patrimonial", RDCO 2009-B-905, año 42, Ed. AbeledoPerrot, Buenos Aires, p. 910).

(7) Acciarri señala: "Dentro de la investigación jurídica muchos, y desde hace mucho tiempo, estamos convencidos de que el estudio de los factores que inciden en el comportamiento humano es relevante para esos fines. Creemos, también, que restringir *a priori* la perspectiva de estudio sobre esos factores no es la mejor opción" [ACCIARRI, Hugo A., "De análisis económico del derecho a derecho, economía y comportamiento. Por qué renovar (y ampliar) la denominación", LA LEY del 31/05/20018; LA LEY 2018-C, 1272].

mente, adopta como objeto de estudio la conducta humana y ha logrado desarrollar bases teóricas explícitas para fundar su método de decisión. Para ello, utiliza, en la construcción del modelo formal que le permite ofrecer sus explicaciones y predicciones acerca del comportamiento, la teoría del agente racional. Esta asume, expresándolo en una noción básica, que las personas actúan en forma consistente con sus preferencias, que ellas son estables y que siempre adoptan la decisión más conveniente.

Por ello, se afirma que el postulado principal sobre el que se erige *la teoría económica* es que *la gente elige por optimización*, lo que en términos más sencillos implica que una familia, entre todos los bienes y servicios que podría comprar, escoge la mejor opción **(8)**.

Estas premisas han sido objeto de numerosas observaciones, fundadas en distintos estudios y disciplinas que en términos genéricos señalan que la mente es susceptible de errores sistemáticos, que aquel modelo no da cuenta de la presencia de las emociones en las elecciones y que estas, en numerosas ocasiones, se apartan de las reglas de la racionalidad **(9)**.

Esto se explica por la existencia de dos tipos de pensamiento: uno intuitivo y automático y otro más reflexivo y racional, que metafóricamente han sido identificados con dos personajes ficticios: sistema 1 y sistema 2, respectivamente. El primero es el pensamiento rápido, automático e intuitivo, que funciona sin esfuerzo y brinda impresiones y respuestas inmediatas en las interacciones con el entorno **(10)**, en tanto que el segundo centra la atención en las actividades mentales esforzadas, que requieren concentración, y por ello es un pensamiento deliberado, analítico y lento **(11)**. El sistema 1 es muy bueno la mayor parte del tiempo; sin embargo, está condicionado por la existencia de sesgos, esto es, errores sistemáticos que es propenso a cometer en circunstancias específicas y por el hecho de que funciona constantemente.

La mayor parte de las decisiones se toman en este modo automático. Ello se debe a que las actividades más esforzadas del sistema 2 requieren mayor energía mental. Se ha descubierto que el cerebro necesita glucosa para su funcionamiento, que funge como combustible y, consecuentemente, a mayor concentración y esfuerzo cognitivo —lo que implica un gasto de energía mental superior—, más glucosa necesita consumir **(12)**.

En resumen, como sería imposible vivir en estado de concentración, atención y vigilancia continua bajo la órbita del pensamiento deliberado, es que, sobre la base de una especie de ley del mínimo esfuerzo, las personas funcionan en forma habitual y rutinaria de modo automático, y solo en ocasiones y cuando la situación así lo requiere se recurre a aquel tipo de pensamiento. Esto provoca que, por la incidencia de sesgos cognitivos, se equivoquen en forma predecible.

Son innumerables las desviaciones de juicio. A modo de reseña, es posible mencionar que se cometen errores en análisis de estadística, probabilidades, por heurísticas de afecto, de disponibilidad, optimismo o exceso de confianza, sesgos retrospectivos, de *status quo*, ilusión de validez, anclas, falacias de planificación, de costos hundidos, problemas de autocontrol, etcétera.

Toda esta multiplicidad de errores sistemáticos y predecibles indica claramente una propensión a equivocarse en forma habitual y reite-

(8) THALER, Richard H., "Portarse mal. El comportamiento irracional en la vida económica", trad. de Iván Barbeitos, 1ª ed., Ed. Paidós, Buenos Aires, 2017, p. 30.

(9) KAHNEMAN, Daniel, "Pensar rápido, pensar despacio", trad. de Joaquín Chamorro Mielke, 7ª ed., Ed. Debate, Buenos Aires, 2017, ps. 22-26.

(10) Comprendidas en esta forma de pensamiento, podemos mencionar la actividad de caminar, una operación aritmética simple, la reacción ante un estímulo, nuestras primeras impresiones ante un desconocido o al ingresar en una reunión, lecturas simples, conversar con un colega, confeccionar escritos de mero trámite, etcétera.

(11) Implica, entre otras, una operación aritmética compleja, concentrarnos en una voz lejana, aprender un idioma extranjero, controlar nuestras emociones, elaborar un argumento, desarrollar una conferencia, analizar una sentencia definitiva, una memoria de agravios, un recurso extraordinario, etcétera.

(12) Ibídem, ps. 35-64. El sistema 1 ha sido desarrollado a través de la evolución para llevar a cabo una evaluación continua de los principales problemas que un organismo tiene que resolver para sobrevivir, y hemos heredado esos mecanismos neuronales (p. 123).

rada producto de las decisiones adoptadas con escasa deliberación.

Esto no supone que las elecciones humanas son irracionales, sino que procura exponer con mayor rigor científico cómo funciona el pensamiento de los seres humanos y el modo en que se forman los juicios y se adoptan decisiones, y cómo aquel frecuentemente se encuentra afectado, entre otras variables, por la falta de atención, esfuerzo, inexperiencia, por estar implicadas las emociones, por la forma de presentarse los problemas, la dificultad para la estadística, etc. La presencia de cientos de estos sesgos afecta los juicios, y ello provoca que, en numerosas ocasiones, las elecciones sean equivocadas.

Estas observaciones ponen en jaque el modelo clásico que utiliza la economía para ofrecer sus predicciones respecto de las decisiones de las personas y que los juristas, a veces, asumen intuitivamente al momento de analizar los distintos conflictos sociales.

En consonancia con estas ideas, Lorenzetti ha señalado que la vulnerabilidad impacta en la teoría de la conducta y la elección racional al requerir un sistema protectorio diferenciado. Así, afirma: "los estudios jurídicos y económicos tienen como presupuesto la elección racional del sujeto, y tratan de protegerla; la vulnerabilidad afecta ese presupuesto y por eso no se pueden aplicar las normas generales a los diferentes" **(13)**.

De allí que la teoría del agente racional no describa adecuadamente el comportamiento humano y, por ende, los juristas, al momento de analizar las decisiones de consumo, debieran tener en cuenta las observaciones referidas precedentemente.

La pretensión de este somero desarrollo es poner de relieve la necesidad de adoptar marcos teóricos adecuados respecto del comportamiento y las elecciones en general y cómo ello impacta al momento de analizar el fenómeno del sobreendeudamiento del consumidor, teniendo en cuenta que nos encontramos frente a un sujeto vulnerable **(14)**, y por ello necesita protección del derecho.

II.2. Algunas implicancias prácticas de los sesgos en las decisiones de consumo

II.2.a. Anclas

Supone darle una importancia desmedida al primer dato, información o monto de un objeto, servicio o propuesta. Esto hace que se tome ese valor como referencia (ancla) para compararlo con otros de la misma especie, y sobre dicha base se saquen conclusiones para tomar una decisión acerca de su conveniencia, sin advertir que la primera información puede ser inadecuada o arbitraria. Un ejemplo es tomar el primer valor que informa un vendedor de un automotor, celular, *notebook*, indumentaria, etc., y compararlo con otros productos similares para determinar si la compraventa es conveniente, pasando por alto que el precio del ancla puede no ser razonable en tanto es fijado por la contraparte a su antojo y beneficio. Otro caso paradigmático se presenta en las liquidaciones de temporada, *outlets*, grandes rebajas (30, 40, 50% *off*), etc., donde se tiene la percepción de efectuar una buena compra y en realidad lo que el consumidor está haciendo es someterse al ancla que brindó el vendedor, cuando quizás había un notorio sobreprecio.

Otro supuesto resulta de los límites de financiación disponibles en las tarjetas de crédito. Aquí, el efecto funciona de modo diferente, pues —por hipótesis— ese monto se establece para limitar el gasto, pero en los hechos puede funcionar como un ancla que lo fomente más allá de lo prudente.

En definitiva, de este modo, se induce a efectuar una defectuosa evaluación y adoptar una decisión sesgada que puede resultar perjudicial, aprovechándose, además, con esta práctica, de la tendencia generalizada a creer que el precio refleja la calidad de los productos, por lo que, a mayor valor, la señal que recibe el consumidor es que el bien es superior a otros de la misma especie.

(13) LORENZETTI, Ricardo L., "Fundamentos de derecho privado. Código Civil y Comercial de la Nación Argentina", 1ª ed., Ed. La Ley, Buenos Aires, 2016, p. 326.

(14) Vulnerable en el sentido de que es la parte débil de una relación jurídica (cfr. LORENZETTI, Ricardo L., "Consumidores", 2ª ed., Ed. Rubinzal-Culzoni, 2009, p. 36).

II.2.b. Optimismo

Se refiere a tomar decisiones basadas en exceso de confianza, ignorando que existen situaciones impredecibles que pueden afectar notoriamente la economía doméstica. Incluso se desestima o se infravalora la información disponible. Está imposibilidad de representarse las contingencias, el azar o la mala fortuna, fundada en la errónea creencia de que las cuestiones económicas o financieras solo dependen de cada uno y no eventualmente del contexto general o la incidencia de otras personas, provoca que los consumidores asuman riesgos. Evidentemente, al desconocer el futuro, estos errores son inevitables. Pero precisamente por ello es que se deben reconocer las limitaciones del conocimiento y la dimensión de lo ignorado.

Un caso habitual son las compras a largo plazo con un considerable compromiso de los ingresos salariales (v.gr., 12, 18 o 60 cuotas, los planes de ahorro automotor, créditos hipotecarios, prendarios, etc.). Este tipo de pasivos que, en algunos supuestos, están sujetos a variables de ajuste, inevitablemente, por la extensión temporal de su vigencia, se acumulan con otros, provocando situaciones ciertamente comprometedoras.

De esta manera, *a priori* no se advierten las dificultades económicas o financieras personales o familiares, situaciones de desempleo, gastos extraordinarios, las crisis sistémicas, etc., que se pueden presentar y pueden tener una importante repercusión negativa.

Otro ejemplo, de menor impacto económico, son los planes anuales de los gimnasios o determinados centros deportivos. Aquí las personas están exaltadas de confianza y sobreestiman su compromiso con la actividad física. Por ello, deciden suscribir esos compromisos donde para mantener un precio preferencial se exige la adhesión por débito automático y sujeta a penalidad en caso de pretender la baja en períodos inferiores a 6 o 12 meses. El resultado es que pagan una cuota mensual sin utilizar esos servicios o terminan abonando la sanción económica.

En definitiva, subestiman los riesgos y, sobre la base de la creencia de una suerte de inmunidad personal frente a ellos, adoptan decisiones que pueden resultar notoriamente perjudiciales.

II.2.c. *Status quo*

Es la predisposición a mantener la situación actual sin hacer cambios, producto de la inercia, aunque ello no resulte beneficioso. Es la primera ley de Newton, aplicable a la conducta humana. Aquella dispone que un objeto permanecerá en reposo a menos que sobre él actúe una fuerza externa.

Por ello, las opciones por defecto, es decir, aquellas preseleccionadas de antemano y que se mantendrán en caso de que las personas no hagan ningún cambio, pueden tener importantes efectos para los consumidores (beneficiosos o perjudiciales).

Un caso práctico se presenta con las tarjetas de crédito. Si se entregan tarjetas de crédito y el proveedor sugiere al consumidor que opte por seleccionar el "pago mínimo" mensual del resumen de cuenta, esa decisión puede tener efectos muy perjudiciales para sus intereses, pues al vencimiento se detraerá ese monto y para abonar el saldo deberá estar atento a esa fecha y requerirá una conducta adicional: realizar el pago complementario en tiempo. En caso de olvidarse, el recargo de financiación, por cierto elevado, puede perjudicarlo sobremanera. Además, puede generar un incentivo perverso, al presentarse un escenario donde mantiene dinero disponible en su cuenta y puede utilizarlo en otros destinos que pueden presentarse como necesarios, sin advertir que comienza un esquema de pagos que dificulta sus posibilidades de cancelación ulterior.

Asimismo, el sistema de tarjetas de crédito presenta otros ribetes con una notable amplificación de riesgos para sobreendeudarse. En ese sentido, las tarjetas de crédito tienen complejos sistemas de precios que no son transparentes ni comprensibles para los consumidores. Entre ellos, se encuentra la comisión anual de renovación, los intereses resarcitorios, moratorios y punitorios por retraso, los recargos de los negocios, la comisión por gestión y procesamiento de datos, IVA, impuestos de sellos, etc. Permiten la ficción de comprar algo ya, satisfacer el deseo, y diferir el pago sin tocar el di-

nero, lo que enajena al consumidor de su valor y de las consecuencias que se experimentarán en el futuro.

Además, se encuentra científicamente probado que frecuentemente los consumidores gastan más de lo que hubiesen gastado si hubiesen abonado en efectivo.

Otro aspecto relevante con efectos negativos, dentro de este sesgo, se produce por la inercia. Un caso típico se presenta cuando para acceder al uso de alguna aplicación, red social o servicio de una plataforma digital se pide la aceptación de una variedad de recomendaciones y, para acceder a ellas, las personas empiezan a aceptar términos y condiciones en forma negligente, sin pensar ni meditar cuáles son las consecuencias de ello. Esta decisión, que en numerosas situaciones supone la autorización o el acceso a datos personales, deja a los consumidores como cautivos frente a un sinnúmero de publicidades que los inducen al consumo y, consecuentemente, al endeudamiento.

II.2.d. Problemas de autocontrol

Las personas son conscientes de que la tentación existe en distintos aspectos de su vida y por eso toman medidas para vencerla.

Sin embargo, para la mayoría, los problemas de autocontrol surgen cuando subestiman el efecto de la excitación. Esto ha sido denominado "desfase de empatía frío-caliente", es decir que en frío las personas no aprecian hasta qué punto se alterarán sus deseos y conducta cuando estén bajo la influencia de la excitación. Esta creencia refleja cierta ingenuidad respecto a los efectos que el contexto puede tener sobre el comportamiento y las decisiones. Quienes pretenden comenzar una dieta, limitar el consumo de cigarrillos, bebidas azucaradas, el sedentarismo, etc., son conocedores de la dificultad de transitar con éxito estos proyectos, y por ello asumen compromisos para contrarrestarlos. No obstante, es frecuente sucumbir a las debilidades.

Lo mismo sucede con el consumo de bienes y servicios. Los consumidores pretenden limitar los gastos a un presupuesto determinado como una medida de buena administración, pero en cuanto una oferta beneficiosa, un producto novedoso o un obsequio se presenta como una buena oportunidad, o cuando la emoción y el entusiasmo se apoderan de la razón, ceden a la tentación y exceden aquellas previsiones iniciales. El ejemplo paradigmático se presenta en épocas festivas de fin de año o fechas especiales (día del niño, de la madre, Navidad, Reyes, cumpleaños, etc.), cuando los gastos desmedidos desbordan sobradamente los diques de contención que se habían construido para la gestión de las economías familiares.

Otro caso llamativo se presenta con los mundiales de fútbol. En estos eventos, es "imprescindible" no solo adquirir nuevos televisores, sino que, además, deben ser de última generación y con pantallas de mayor proporción a las ordinarias. Claro que esta gama de productos en muchos casos supera los recursos que debieran destinarse a ellos. Los ejemplos pueden multiplicarse según las preferencias de los consumidores en distintos segmentos (dispositivos móviles de "última generación", *notebook*, etc.).

Estas situaciones también pueden conducir a un estado de endeudamiento excesivo frente a recursos limitados.

II.3. Publicidad y nuevas tecnologías

Entre las prácticas comerciales, la publicidad es la que tiene mayor impacto directo en el consumidor, pues interviene en el proceso de formación de su voluntad a efectos de que realice la conducta pretendida **(15)**.

Es indudable que la publicidad y el *marketing* ejercen una fuerte influencia en el comportamiento y las decisiones de los consumidores.

Los productores de bienes y servicios, además de la constante publicidad y el *marketing* generados a través de los medios de comunicación tradicionales (televisión, radios, diarios, revistas, etc.) y explicitados en series de TV, cine y eventos deportivos, cuentan con un hándicap amplísimo para posicionarse en el mercado, cautivar y atraer a los consumidores, mediante la utilización de las redes sociales (Twitter, Fa-

(15) NICOLAU, Noemí L., "La influencia del *marketing* y la publicidad en las relaciones de consumo", en STIGLITZ, Gabriel — HERNÁNDEZ, Carlos A. (dirs.), *Tratado de derecho del consumidor*, ob. cit., t. I, ps. 535-550.

cebook, Instagram, motores de búsqueda, compras *online*, etc.) **(16)**.

Esos datos personales que los consumidores, a diario y en forma voluntaria, van brindando de su vida privada a través de los dispositivos móviles, la utilización de redes sociales, diversas aplicaciones, patrones de búsqueda, compras *online*, registros de tarjeta de crédito, etc., permiten trazar una huella digital sobre las preferencias, hábitos de consumo y patrones de conducta **(17)**. Esas huellas digitales que van dejando rastros de las más mínimas interacciones, a lo largo del tiempo, permiten la construcción de la identidad digital y, en este caso, la conformación del perfil digital del consumidor.

De este modo, las empresas obtienen una infinidad de información y datos valiosísimos (*big data*), que detallan en forma minuciosa los intereses y preferencias de los potenciales consumidores que luego son utilizados para comercializar sus productos.

Ese inmenso cúmulo de datos por sí solo no es algo relevante, pues para ello requiere un tratamiento adecuado y sistemático denominado minería de datos (*data mining*), que permite, a través de distintas técnicas, analizar y filtrar los datos obtenidos para descubrir relaciones, regularidades, patrones relevantes, etc., y producir información comercial, optimizando el tiempo y los resultados de ese procedimiento.

Así, la captación y el procesamiento de ese caudal de información íntima de las actividades frecuentes de los consumidores, producto de las nuevas tecnologías, tienen un notable valor comercial y se erigen en un factor diferencial a favor de las empresas en el mercado.

Esta situación es claramente novedosa. Es que, al haberse determinado previamente cuáles son los productos y servicios de su interés y agrado, los consumidores son frecuentemente invadidos con publicidades específicamente segmentadas, no ya por grupos, con el método tradicional, sino en forma individual, lo que supone adaptar la publicidad al perfil de cada uno para inducirlo a consumos direccionados.

Esta observación pone de relieve que, en este entorno digital, los consumidores están siendo analizados por inteligencia artificial **(18)**, en este supuesto entendida como una innovación tecnológica relacionada al *procesamiento de la información para resolver problemas y tomar decisiones a partir de máquinas que operan a través de los llamados algoritmos inteligentes*, que permiten, entre otros fines, predecir los comportamientos digitales **(19)**.

De esta manera, la incidencia de nuevas tecnologías es un salto cualitativo en el posicionamiento estratégico de las empresas y en la comercialización de sus bienes y servicios, acentuando, en contrapartida, la debilidad estructural de los consumidores al incrementar la brecha asimétrica en el mercado.

En definitiva, toda esa estructura de información comercial refinada y procesada, sobre la base de datos recopilados sobre las preferencias

(16) El concepto de *phishing* refiere a la perpetración de un fraude en internet con el fin de obtener información personal de las personas. Akerlof y Shiller otorgan un nuevo y más amplio significado a ese concepto. Para ellos, implica conseguir que la gente haga cosas según el interés del pescador como consecuencia de los variados señuelos artificiales que van dejando. De esta manera, sostienen que, por más precavidos que seamos, es cuestión de tiempo: cometemos errores y somos atrapados (AKERLOF, George A. — SHILLER, Robert J., "La economía de la manipulación...", ob. cit., p. 21).

(17) COLOMBO, María C., "¿La utilización de algoritmos es una actividad riesgosa?", LA LEY del 08/11/2019, 1; LL AR/DOC/3516/2019.

(18) No existe consenso en torno al concepto de inteligencia artificial, pues se trata de un campo muy diverso y en constante expansión, aunque una noción no formal apunta a sistemas que manifiestan comportamiento inteligente. Evidentemente, ello desplaza el problema hacia qué entendemos por "inteligencia". No es nuestro propósito desentrañar cada aspecto de las ideas planteadas, pues ello excede el interés de este trabajo y fatigaría la lectura con desarrollos teóricos innecesarios para la captación de las cuestiones planteadas.

(19) CORVALÁN, Juan G., "La primera inteligencia artificial predictiva al servicio de la justicia: Prometea", LA LEY del 29/09/2017, 1; LA LEY 2017-E, 1008; LL AR/DOC/2520/2017. En este señero trabajo, en lo pertinente, el autor señala: a) "La inteligencia artificial se sustenta en algoritmos inteligentes o en algoritmos de aprendizaje que, entre muchos otros fines, se utilizan para identificar tendencias económicas (...), predecir nuestros comportamientos digitales, etc."; y b) un algoritmo puede ser definido como "un conjunto preciso de instrucciones o reglas, o como una serie metódica de pasos que puede utilizarse para hacer cálculos, resolver problemas y tomar decisiones".

e intimidad de los consumidores, orienta y guía sus decisiones mediante sugerencias desarrolladas por algoritmos específicos de inteligencia artificial.

Ello provoca que, a través de estos innovadores sistemas tecnológicos y los modelos de negocios en redes digitales que van generando, los consumidores sean analizados hasta en el más mínimo resquicio de sus interacciones digitales, quedando incautos frente a publicidades invasivas de su privacidad específicamente segmentadas por su perfil, estimulando en forma precisa, frecuente y continua el consumo. Este esquema comercial agrava la situación de vulnerabilidad de los consumidores, quienes, además, no siempre advierten la complejidad que oculta el entorno digital **(20)**.

II.4. Los contextos y su influencia

Otro aspecto destacado, en esta temática, es precisar el contexto en el que los consumidores toman sus decisiones de consumo. En su clásica obra "Nudge", Thaler y Sunstein acuñan la expresión "arquitectos de las decisiones" —como un paralelismo a la arquitectura tradicional— para designar a aquellos que tienen la responsabilidad de organizar el contexto en el que se toman las decisiones, afirmando que "detalles pequeños, en apariencia insignificantes, pueden tener un importante efecto en la conducta de las personas". De esta manera, concluyen que en la construcción de ese entorno no existe diseño neutral **(21)**. Muchas personas, sin advertirlo, son arquitectos de las decisiones de otros: padres, vendedores, médicos, etcétera.

Así, basándose en hallazgos probados de las ciencias sociales —entre ellos, las conclusiones de Kahneman expresadas anteriormente y derivadas de sus investigaciones conjuntas con Amos Tversky—, procuran demostrar que los individuos, en muchas oportunidades, toman muy malas decisiones que no habrían tomado si hubieran prestado atención y dispuesto de toda la información, capacidades cognitivas ilimitadas y un autocontrol absoluto.

Por ello, proponen un nuevo movimiento que denominan "paternalismo libertario", que, en apretada síntesis, sostiene que las personas deben ser libres para hacer y decidir lo que desean, pero que es legítimo que los arquitectos de las decisiones traten de influir en su conducta para hacer su vida más larga, sana y mejor. En función de estas ideas, introducen otro concepto: *nudge*. Este "es cualquier aspecto de la arquitectura de las decisiones que modifica la conducta de las personas de una manera predecible sin prohibir ninguna opción ni cambiar de forma significativa sus incentivos económicos"; es decir, los *nudges* no son órdenes, no obligan a nadie y, consecuentemente, pueden ser evitados **(22)**.

En otros términos, los autores sostienen, como piedra angular de su propuesta, que el mundo es cada vez más complicado y por eso no se puede esperar que todos tengan los conocimientos y la experiencia necesarios para tomar las mejores decisiones, y por eso se cometen errores predecibles. Por ello, si es posible predecirlos se podrán diseñar políticas que reduzcan su magnitud **(23)**.

De esta manera, como el contexto en el que se toman decisiones no es neutral y detalles pequeños pueden tener un gran impacto en la conducta, entienden que es posible orientar las decisiones de las personas mediante algunas modificaciones de diseño, para mejorar su bienestar sin bloquear las opciones ni ordenar o prohibir elecciones.

Estas ideas pueden ser aplicadas prioritariamente por el sector público, pero también por el privado, y no huelga señalar que la arquitectura de las decisiones puede ser utilizada por las empresas para favorecer sus intereses económicos y, consecuentemente, generar entornos que

(20) Lorenzetti señala que la tecnología es cada vez más compleja en su diseño, pero se presenta de modo simplificado frente al usuario, ocultando de este modo una gran cantidad de aspectos que permanecen en la esfera de control del proveedor (LORENZETTI, Ricardo L., "Fundamentos de derecho privado...", ob. cit., p. 330).

(21) THALER, Richard H. — SUNSTEIN, Cass R., "Un pequeño empujón (*nudge*). El impulso necesario para tomar mejores decisiones sobre salud, dinero y felicidad", trad. de Belén Urrutia, 1ª ed., Ed. Taurus, Buenos Aires, 2018, ps. 17-18.

(22) Ibídem, p. 20.

(23) THALER, Richard H., "Portarse mal...", ob. cit., ps. 446-448.

conduzcan a incentivar el consumo o el sobreconsumo (como el diseño tecnológico en redes sociales). En esa obra, los autores dan cuenta de numerosas experiencias y de los resultados obtenidos. Ciñéndonos a la temática abordada, se pueden mencionar algunos *nudges* que pueden facilitar la comprensión acerca de los efectos que se pueden lograr con pequeñas modificaciones en la arquitectura de las decisiones.

II.4.a. Opciones por defecto

Las opciones por defecto, es decir, aquellas que se mantienen salvo que se opte por modificarlas —referidas al hablar del sesgo de *status quo*—, son importantes *nudges*. Suponen la utilización de la inercia para obtener beneficios a favor de las personas.

Esa preselección de opciones que otros efectúan por el consumidor puede ser muy beneficiosa.

Un ejemplo de este tipo de *nudge*, aunque mal instrumentado, es el creado por la ley 26.951 conocida como "ley no llames". Esta tiene por objeto proteger a los titulares o usuarios de los servicios de telefonía básica, móvil y otros, de los abusos del procedimiento de contacto, publicidad, oferta, venta y regalo de bienes o servicios no solicitados (arts. 1º y 4º). A esos efectos, crea el Registro Nacional "No Llame" (funciona en el ámbito de la Dirección Nacional de Protección de Datos Personales, dependiente del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos) (art. 2º) para que, en forma gratuita, pueda inscribirse toda persona —física o jurídica, titular o usuario autorizado del servicio de telefonía en cualquiera de sus modalidades— que manifieste su voluntad de no ser contactada por quien publicitare, ofertare, vendiere o regalare bienes o servicios (arts. 5º y 6º). En resumen, los interesados en dejar de recibir mensajes o llamados deben inscribirse en el Registro.

En este caso, una política correcta hubiese sido utilizar la opción por defecto contraria a la adoptada, es decir, garantizar que ninguna persona física o jurídica fuese contactada por quien publicitare, ofertare, vendiere o regalare bienes o servicios a menos que se inscribiere en el Registro creado. De esta manera, hubiese sido más efectiva la protección contra los abusos.

Más aún, esta podría ser una política pública central y expansiva a otras áreas (v.gr., correos electrónicos) para proteger a los usuarios y consumidores de los mensajes y llamados de publicidad, oferta o venta invasivos.

II.4.b. Influencias sociales

Dado que las personas aprenden de otras y ello puede generar creencias sesgadas, las influencias sociales pueden ser muy efectivas para aplicar un *nudge* **(24)**.

En ese sentido, un número reducido de personas que ocupen un rol visible y público en la sociedad puede generar una enorme influencia en los consumidores mostrando un comportamiento adecuado (v.gr., vida saludable, compromiso social, transmisión de valores, etc.). Sin embargo, también pueden resaltar las bondades de determinados productos, provocar determinadas tendencias comerciales o de moda, manifestar su agrado por ciertos movimientos culturales, etc. En pocas palabras, inducir al consumo. Esta es la práctica habitual y frecuente que observamos cuando se recomiendan productos, se exaltan ciertos estilos de vida o se pretende generar determinados hábitos de consumo. En ese rol, los artistas, deportistas, modelos, miembros de medios de comunicación, etc., ocupan un lugar preferencial. No obstante, en la era digital, el caso paradigmático son los *influencers*, esto es, personas que cuentan con cierta reputación por destacarse en alguna actividad, dentro un amplio abanico de posibilidades, y que por su peso específico en redes sociales pueden generar una marcada influencia sobre sus seguidores y, por ello, son utilizados por las empresas como imágenes de sus productos y marcas.

Otra variante de influencia relevante viene determinada por las conductas sociales y de grupo. Estas son importantes por dos razones: por un lado, porque transmiten información, y de esta manera las personas aprenden; y por otra parte, por la presión que ejercen sobre los individuos para que ajusten su conducta a la regla social o grupal. A ello se suma que las creencias, opiniones y hábitos sociales y grupales tienen gran impacto en las propias de cada uno de sus miembros.

(24) THALER, Richard H. — SUNSTEIN, Cass R., "Un pequeño empujón...", ob. cit., p. 72.

Además de estos supuestos, una forma de expresión diversa de las influencias sociales son los mensajes acerca de lo que "la mayoría" hace, quiere o prefiere, como un modo de expresar un consejo acerca de lo que sería conveniente para el destinatario de aquel, pues la idea es que si muchos han decidido inclinarse hacia determinados bienes o servicios es porque estos deben ser recomendables.

De allí que la influencia que pueden generar personas reconocidas, los grupos o determinados mensajes acerca de lo que hace "la mayoría" de las personas pueda orientar a los consumidores a tomar mejores decisiones para su vida, su salud y sus intereses económicos.

El dato que, en la actualidad, puede observarse con regularidad, que estas variantes de influencias sociales estén orientadas a sugerir el consumo de bienes, debiera emplazarnos en la búsqueda de modificar los patrones de conducta que se incentivan para evitar el consumo innecesario o el sobreconsumo.

II.4.c. Información

Nuestro sistema jurídico ha previsto diversos mecanismos para garantizar el derecho a la información del consumidor, como un modo de mejorar la decisión de consumo. Y ello supone una modificación del contexto, al imponer deberes a cargo del proveedor basados en el principio de buena fe.

No obstante, es necesario efectuar una pequeña digresión. Se ha sostenido que "una implicación perniciosa del modelo del agente racional, en su forma más radical, es que supone que los clientes no necesitan protección fuera de garantizarles que se pondrá en su conocimiento toda la información relevante" **(25)**.

Sin embargo, esta es una derivación equivocada. Los problemas de escasez de información no se solucionan brindando mayor información **(26)** al consumidor como una estrategia de igualar posiciones para protegerlo. Es importante como medio de mejorar la decisión a adoptar, pero insuficiente. La existencia del régimen de cláusulas abusivas en nuestro ordenamiento jurídico (arts. 988, 1117 y ss., Cód. Civ. y Com.; art. 37, LDC) es demostrativa de que el suministro de información en una operación concreta no corrige ni compensa en forma efectiva los problemas derivados del posicionamiento en el mercado, el poder de negociación concentrado ni garantiza mejores elecciones. Por ello, en estos supuestos, se activa el principio protectorio en favor del consumidor y, aun cuando se haya cumplido íntegramente con el deber de información por el proveedor, la negociación individual y la aprobación expresa por parte de aquel resultan irrelevantes.

Tampoco la información *per se* es una herramienta idónea para combatir el complejo sustrato fáctico —reseñado anteriormente— que potencia el acto de consumo, sino que ella constituye un eslabón de una cadena que requiere de diseños institucionales adecuados.

En ese sentido, si se asume que los consumidores interactúan en un mundo de profesionales que tienen fuertes incentivos para explotar sus flaquezas, es razonable suponer que, si aquellos están equivocados en sus percepciones, las empresas tengan más estímulos para mantenerlos y no combatirlos, en tanto de esa manera obtienen un beneficio económico de mayor entidad. En estos casos, el suministro de información no es un aporte que vaya a modificar ese comportamiento. Un caso particular de esta observación viene dado por las garantías

(25) KAHNEMAN, Daniel, "Pensar rápido, pensar despacio", ob. cit., p. 538.

(26) Acciarri, Tolosa y Barbero sostienen que puede suponerse —apresuradamente— que, como se trata de un problema único, aunque con efectos diversos y sutiles, la solución jurídica debería ser igualmente única: si la información de una parte es escasa, eso se solucionaría proveyéndole información adecuada. Así, podría suponerse que imponer un deber legal de información, a cargo de los proveedores, como lo hace la LDC argentina, sería la solución. Esa simetría entre unicidad del problema y unicidad de la solución, sin embargo, no es necesaria ni adecuada para cualquier situación. En ese sentido, los autores señalan que se encuentran implicadas cuestiones relativas a los costos de proveer información, controlar su cumplimiento y los derivados de las diferentes consecuencias frente al incumplimiento, además de las limitaciones cognitivas de los consumidores [ACCIARRI, Hugo A. — TOLOSA, Pamela K. — CASTELLANO, Andrea, "Análisis económico del derecho y protección jurídica de los consumidores", DCCyE 2011 (febrero), 57; LL AR/DOC/208/2011].

ampliadas que se ofrecen en las casas de venta de electrodomésticos, donde los consumidores acceden a contratarlas cuando las probabilidades de daños son bajas y el precio por contratar la extensión de cobertura es muy superior, es decir, no constituyen decisiones favorables a sus intereses. Aquí, tanto el comercio como el vendedor —que percibe una comisión por esa venta adicional— van a estar más interesados en plantear de forma tendenciosa la contratación de esa garantía que en mostrar datos que demuestren su inconveniencia.

De esto se colige que el deber de información de los proveedores no se cumple con poner a disposición del consumidor todos los datos relevantes.

Por lo pronto, es posible destacar que el modo en que se presenta la información y los contextos en que se desarrolla el vínculo con el consumidor son relevantes. Que el tamaño de la letra y la extensión de un contrato no son cuestiones menores. Tampoco la complejidad del lenguaje, los tecnicismos o la premura con que en ocasiones se debe decidir la contratación.

La expresión de las cláusulas en lenguaje claro y comprensible, además de que la información suministrada sea adecuada, veraz, suficiente y gratuita, al igual que los ejemplos representativos para determinadas operaciones, son buenas medidas orientadas a ese propósito (art. 42, CN; arts. 4º, 36 y ccds., LDC; arts. 1100, 1385 y ccds., Cód. Civ. y Com.).

III. Palabras finales

Se ha sostenido que buena parte de nuestra conducta es desconocida en sus motivaciones por nosotros mismos **(27)**, lo que denota que existen áreas de interés que desbordan las fronteras del conocimiento jurídico y la formación tradicional. Por ello, si se pretende encontrar soluciones adecuadas a un fenómeno complejo, como el sobreendeudamiento de los consumidores, es menester comenzar por el estudio de los factores que inciden en el comportamiento. Entre ellos, el funcionamiento del cerebro en las elecciones, la existencia de sesgos cognitivos, la incidencia de la tecnología en las interacciones digitales y la influencia de los entornos en las decisiones, son áreas que merecen ser exploradas y pueden ofrecer aportes valiosos a ese propósito.

De esta manera, la interdisciplinariedad se presenta como un recurso para fortalecer los marcos teóricos que se aplican en la captación multidimensional de los fenómenos sociales.

En ese recorrido, es menester hacer explícitos los postulados de los que se parte para favorecer el debate abierto de las premisas, contribuyendo, de esta manera, a construir una ciencia jurídica que sea comprobable a través de otras ciencias sociales con las que necesariamente debe mantener un diálogo fluido.

(27) Bleger atribuye la frase a Freud (BLEGER, José, "Psicología de la conducta", 1ª ed., Ed. Paidós, Buenos Aires, 2015, p. 20).

Consideraciones sobre los *delivery*

Carolina Isabel Arias
Carlos G. Gerscovich

Sumario: I. Introducción.— II. Repartidores vs. aplicaciones *(apps)* en línea. Relación laboral.— III. Impacto en el derecho tributario.— IV. Protección de datos personales.— V. Comercio electrónico mayorista y minorista.— VI. Conclusión.

I. Introducción

En los últimos meses, con la llegada de la pandemia y su cuarentena obligatoria, han proliferado las nuevas tecnologías de la información y comunicación (en adelante, TIC) impactando *disruptivamente* en las actividades económicas, sociales y culturales de la humanidad. Un claro ejemplo es el auge de las aplicaciones en línea que ofrecen el servicio de *delivery* a través de sus tan conocidos distribuidores, repartidores o *riders*.

Constituyen una plataforma de economía digital colaborativa que engloba diversas actividades que cobran relevancia para el comercio electrónico. En los últimos meses, la Cámara Argentina de Comercio Electrónico (CACE) presentó un estudio estadístico registrando un crecimiento del 120% en relación con las ventas *online* del año pasado **(1)**.

Esta nueva forma de organización empresarial y negocial rompe con la normativa tradicional generando nuevos desafíos en relación con diversas ramas del derecho.

II. Repartidores vs. aplicaciones (*apps*) en línea. Relación laboral

Es complejo determinar qué tipo de relación laboral existe entre las empresas dueñas de las aplicaciones en línea y los repartidores.

La actividad de *delivery*, de acuerdo con un reporte publicado por el Banco Mundial en Latinoamérica **(2)**, ha confirmado que dos de cada tres empleados se desempeñan a través de *apps* en línea.

El contexto actual local y mundial genera dudas respecto a su regulación jurídica enmarcada en la prestación de un servicio, toda vez que la situación laboral se torna sumamente dependiente de las plataformas digitales en cuanto a las directivas, horarios de trabajo, medios de pago, indumentaria y *packaging* de la empresa dueña de la plataforma; es decir que el vínculo contractual se torna difuso en relación con su supuesta de autonomía.

II.1. España: los riders son trabajadores dependientes

En diciembre de 2019, la sala de lo Social en pleno del Tribunal Superior de Justicia de Madrid **(3)** decidió anular un fallo dictado por el Juzgado de lo Social Nº 17 de Madrid y concluir que los *riders* de Glovo son trabajadores dependientes. Para así decidirlo, los camaristas establecieron que, en primer lugar, hay que adecuar la normativa laboral vigente a las particularidades fácticas del caso, lo que implica "adaptar dichos estándares clásicos a los avances tecnológicos que continuamente se producen y, por tanto, a lo que es una sociedad como la nuestra dominada por las TICS" **(4)**. Asimismo, se en-

(1) Véase *https://www.cace.org.ar/noticias-el-comercio-electronico-crecio-un-76-en-2019-y-registro-ventas-por-mas-de-mil-millones-de-pesos-al-dia*.

(2) Véase *https://www.ambito.com/opiniones/rappi/cual-es-el-proyecto-del-oficialismo-regularizar-las-apps-delivery-n5088015*.

(3) TSJ Madrid, sala de lo Social en pleno, 27/11/2019, sentencia 1155/2019, recurso 588/2019.

(4) TSJ Madrid, sala de lo Social en pleno, 27/11/2019, sentencia 1155/2019, recurso 588/2019.

tiende que las plataformas digitales "se erigen en el principal activo empresarial de sus propietarios con el uso de algoritmos, obviamente secretos, que configuran y definen su funcionamiento" **(5)**.

En segundo lugar, el Tribunal menciona que los operadores de la *app* son quienes dirigen las ventas y establecen directivas hacia los repartidores en relación con los pedidos y envíos, y principalmente como intermediarios de cobro ante los consumidores, marcándose en este sentido una dependencia laboral.

La misma intrascendencia es adjudicada a varias expresiones contenidas en los contratos, relativas a la libertad de que goza el prestador del servicio *rider* con sus entregas, en tanto que no son una representación de hechos concretos, sino un juicio de valor aportado de manera unilateral por el empresario.

Otro argumento formal que es vapuleado por el Tribunal se refiere a la incoherencia de la afiliación del trabajador al RETA **(6)**, o el eventual cobro de sus retribuciones mediante la extensión de facturas, o la obligación de suscribir una póliza de seguro de responsabilidad civil. En tal sentido, el fundamento radica en la falta de virtualidad de tales hechos, a los efectos de la calificación del carácter laboral como trabajador asalariado o no de la relación que une a las partes **(7)**.

Adicionalmente, dos elementos esenciales del contrato de trabajo han sido puestos de manifiesto, al entenderse que resulta incuestionable la existencia de una prestación personal del servicio como recadero de la empresa, así como el carácter retributivo de la misma tarea, en tanto que el repartidor percibe un precio por cada encargo realizado en atención a las tarifas fijadas de manera unilateral por la empresa.

Además, el fallo destaca que los frutos del trabajo brindado por el repartidor son en beneficio de la empresa. En efecto, la empresa concreta acuerdos con los diferentes comercios, especificando los precios que estos deben abonarle, y también fija unilateralmente las tarifas que los *riders* obtienen por los encargos que efectivizan, incluyendo complementos por kilometraje y tiempo de espera, en cuya determinación el prestador del servicio no tiene la más mínima participación.

Del mismo modo, la sentencia pone de manifiesto la existencia de ajenidad en los medios, y la califica como "inobjetable". En relación con ello, la sala sostiene:

"Basta con comparar, de un lado, la enorme importancia económica de la plataforma digital propiedad de la demandada que representa su marca como seña de identidad en el mercado y constituye, a su vez, su herramienta esencial de funcionamiento a través de distintas aplicaciones informáticas en relación tanto a los comercios asociados y los clientes finales o usuarios que se conectan a ella, cuanto a los recaderos que como instrumento medial contribuyen con su prestación de servicios al logro de los objetivos productivos de la empresa en el marco de su modelo de negocio y, de otro, los escasos elementos materiales, a su vez de limitado valor, que el demandante aporta, consistentes en un teléfono móvil con el que entrar en la aplicación y una motocicleta, aunque las más de las veces se trate de una bicicleta, motorizada o no (...). Es evidente que sin tan repetida plataforma digital sería ilusoria la prestación de servicios por el actor, quien carece de cualquier control sobre la información facilitada a dicha herramienta, cuya programación mediante algoritmos le es ajena por completo. Tampoco cabe desdeñar que en las bolsas o cajas que el mismo porta para trasportar los productos figura siempre el logotipo, nombre y

(5) TSJ Madrid, sala de lo Social en pleno, 27/11/2019, sentencia 1155/2019, recurso 588/2019.

(6) El RETA es el Régimen de la Seguridad Social para Trabajadores Autónomos, *http://tramites.administracion.gob.es/comunidad/tramites/recurso/alta-en-regimen-especial-de-autonomos-reta/74816b5c-f99c-4bfa-ad50-a85a998dd047*. Estamos en presencia de un amplio colectivo que realiza un trabajo profesional que arriesga sus propios recursos económicos y aporta su trabajo personal. Se trata de personas físicas y no se debe confundir al autónomo con el empresario individual, que en su mayoría lo hace sin la ayuda de ningún asalariado. Se trata, en definitiva, de un colectivo que demanda un nivel de protección social semejante al que tienen los trabajadores por cuenta ajena.

(7) Véase *https://federicorosenbaum.blogspot.com/2019/12/espana-los-riders-de-glovo-son.html*.

colores de la demandada, lo que contribuye a aumentar su reputación digital" **(8)**.

También fue analizado por la sala el tema de la *ajenidad en los riesgos*, al concluir de igual manera que este elemento surgía comprobado en el caso concreto. Ello en virtud de sostener que "el hecho de no cobrar por el servicio si este no llega a materializarse a satisfacción del cliente no es sino consecuencia obligada de la tipología de retribución por unidad de obra que las partes pactaron, sin que ello suponga responder de su buen fin asumiendo el riesgo y ventura de este" **(9)**. En efecto, en el fallo se alude a que el repartidor asumiría el riesgo cuando este debiere responder en el caso de que el cliente no pagare el servicio.

Por todos estos fundamentos, el fallo concluye razonablemente que la prestación de servicios no cumple en gran medida con las condiciones establecidas en el art. 11.2 de la Ley del Estatuto del Trabajo Autónomo Español, al no disponer el trabajador de infraestructura productiva propia —en tanto que el instrumento tecnológico principal es de titularidad de la empresa— y al no desarrollar la actividad con criterios organizativos propios, ni asumir los riesgos de dicha actividad.

II.2. Argentina: proyecto del oficialismo para regularizar las app de delivery

En la Argentina, tras registrarse en los últimos meses un incremento de trabajadores que optaron por realizar esta nueva tarea laboral **(10)** y por la precariedad contractual que afrontan **(11)**, el gobierno nacional impulsó un proyecto que plantea la creación de un estatuto específico compatible con la LCT para esta nueva forma de empleo.

El proyecto consta de 41 artículos, cuyos aspectos principales son:

I. Se fijarán las condiciones de reparto; en caso de realizarse en condiciones meteorológicas desfavorables se cobrará un 10% adicional.

II. Las empresas aportarán mensualmente una suma de dinero destinada a crear un fondo a nombre del trabajador, quien podrá extraerlo en caso de padecer alguna enfermedad o accidente.

III. En caso de despido sin causa, el repartidor tendrá derecho a una indemnización.

IV. En lugar de presentar facturas, el repartidor recibirá mensualmente un certificado digital. La empresa será la encargada de efectuar el alta temprana en el sitio web de la AFIP.

V. El trabajador tendrá derecho a conocer la forma en que funciona el algoritmo y tener una instancia de defensa frente a las calificaciones de los usuarios. Las empresas no podrán discriminar a los trabajadores de acuerdo con su calificación, pero sí reducir la cantidad de pedidos en los horarios de baja demanda.

VI. Las empresas deberán contratar una ART y los trabajadores mantienen sus derechos a la sindicalización y huelga.

III. Impacto en el derecho tributario

Es complejo determinar si este tipo de aplicaciones eluden normas tributarias, toda vez que los *riders* tributan como trabajadores autónomos y no es la empresa la que realiza los aportes de seguridad social. Ello, además, sumado a que la mayoría de las empresas eligen jurisdicciones de baja tributación para declarar el pago de sus impuestos por actividades económicas **(12)**.

Por otra parte, al recibir un pedido, la factura es emitida por el comercio adherido a la plataforma y no por la empresa operadora de la *app*, remarcando así su rol de intermediario.

(8) Véase *https://federicorosenbaum.blogspot.com/2019/12/espana-los-riders-de-glovo-son.html*.

(9) TSJ Madrid, sala de lo Social en pleno, 27/11/2019, sentencia 1155/2019, recurso 588/2019.

(10) Véase *https://www.ambito.com/opiniones/rappi/cual-es-el-proyecto-del-oficialismo-regularizar-las-apps-delivery-n5088015*.

(11) En los últimos meses, los *riders* han sufrido robos, hurtos y accidentes de tránsito, quedando desprotegidos de las normas laborales. Más teniendo en cuenta que, en su mayoría, quienes realizan esta tarea son sujetos de escasos recursos y personas migrantes, conformando una mayor vulnerabilidad que torna inequitativa su relación respecto a empresas millonarias que lucran con la necesidad de este grupo vulnerable.

(12) GROVER DORADO, John, "Nuevos modelos de negocios en internet: regulación jurídica de servicios prestados a través de aplicaciones móviles. El caso Uber", SAIJ, DACF180094, 23/05/2018.

Este es uno de los temas aún sin resolver, no solo en nuestro país sino a nivel mundial.

IV. Protección de datos personales

Las aplicaciones en línea deberán aplicar las leyes locales de protección de datos personales. Las plataformas, al momento de celebrar el contrato de acceso, informarán detalladamente cuáles son las políticas de privacidad en torno a los datos personales de los usuarios.

Las normas de datos personales obligan a las empresas portadoras de *app* a informar todo aquello relacionado con sus datos personales, desde quién o quiénes controlan la información; si hay una transferencia internacional de esos datos, así como también los derechos con los que cuenta el titular respecto a su acceso, rectificación, cancelación y oposición **(13)**.

Asimismo, es importante mencionar las medidas de seguridad adoptadas por la empresa a fin de evitar vulneraciones informáticas sobre las bases de datos y posibles violaciones a derechos de rango constitucional.

V. Comercio electrónico mayorista y minorista

Las operaciones mercantiles a través de este tipo de plataformas están conformando una nueva economía, la digital. En los últimos meses, la descarga de este tipo de *apps* ha alcanzado su máximo récord, impactando notablemente en el mundo del *e-commerce*.

La particularidad de las plataformas digitales es la existencia de una arquitectura contractual compleja sujeta a límites y reglas del derecho de los contratos. En este sentido, las relaciones contractuales se entablan bajo tres dimensiones.

Una, entre el operador —es decir, el administrador y dueño de la *app*—, los consumidores finales y los empresarios o comerciantes *(contrato de acceso);* otra, entre el operador y los *riders (contrato de locación de servicios)*; y, por último, entre las empresas o comerciantes y los consumidores finales *(contratos de consumo).*

El operador de la *app* realizará dos tipos de contratos.

El dueño de la plataforma, en el marco regulador que define al contrato de acceso, asume funciones de variado contenido y extensión en el registro de acceso, la adopción de reglas internas (regulador), la prestación en su caso del servicio final (prestador), la supervisión del cumplimiento y la imposición de sanciones en caso de incumplimiento para garantizar un espacio de confianza y valor. Como señala la Dra. Rodríguez de las Heras Ballel, las plataformas actúan como intermediarios generadores de confianza **(14)**. Esta actividad de gestión centralizada (generalmente configurada como un conjunto de derechos, no como obligaciones) mejora el atractivo de la oferta, aumenta la confianza, dota al entorno de mayor seguridad y controla su exposición al riesgo. Y esta misión activa genera en el usuario la expectativa de que responderá en el caso de incumplimiento o cumplimiento defectuoso de la prestación.

Por todo ello, la gestión activa del operador de la plataforma en sus funciones como creador del mercado, regulador, supervisor, generador de confianza encaja bastante mal con la configuración jurídica de índole pasiva, técnica y neutral de los prestadores de servicios de *intermediación*, normas que tampoco tienen en cuenta la dimensión arquitectónica de las plataformas, toda vez que además aplican comisiones y gastos de mantenimiento para su acceso.

Por otra parte, los consumidores, al registrarse en la *app*, aceptan los términos y condiciones del servicio, dentro de los cuales existen cláusulas que infringen la ley 24.240 respecto a la responsabilidad asumida ante productos y envíos.

En este sentido, la ley 24.240, en su art. 40, menciona que ante un evento dañoso en la prestación de un servicio existe una responsabilidad solidaria que involucra a todos los prestadores de la cadena de consumo, extendiendo la responsabilidad al productor, fabricante, importador, distribuidor, proveedor, vendedor y quien haya puesto su marca en el servicio. ¿Aca-

(13) GROVER DORADO, John, "Nuevos modelos de negocios en internet...", ob. cit.

(14) RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALELL, Teresa, "Intermediación electrónica y generación de confianza en la red: escenarios de riesgos y responsabilidad", *Revista Española de Seguros*, nro. 153-154, 2013, p. 43.

so este tipo de empresas no forman parte de la cadena de consumo?, toda vez que controlan activamente la plataforma, entregan los productos con un *packaging* con su logo y cobran comisiones por las operaciones..., sin contar que el pago de los servicios o productos es administrado por aquellas, autoasignándose el rol de intermediario de cobro entre los comerciantes y *riders*, fijando un plazo unilateral para asignar el dinero en la cuenta de los interesados. En este momento nos preguntamos: ¿Qué sucede con el dinero adquirido? ¿Qué hace la plataforma durante ese tiempo?

En este sentido, hablar de que las plataformas de *delivery* cumplen únicamente con el servicio de intermediación es caer en una ficción. Por este motivo, a nivel mundial se ha afirmado la necesidad de crear un derecho de plataformas que regule este nuevo modelo de actividad económica, asignando derechos, obligaciones y garantías para aquellos que intervengan en la cadena negocial, evitando vulneraciones a varias disciplinas del derecho.

VI. Conclusión

A lo largo de este artículo hemos mencionado una serie de desafíos jurídicos generados por la disrupción de las TIC, más precisamente respecto a la utilización de plataformas en línea de *delivery*.

El problema radica en encuadrar esta nueva figura en nuestros ordenamientos jurídicos locales, toda vez que impactan en diversas ramas del derecho.

En el ámbito laboral, a nivel mundial, se ha discutido si la relación laboral que une al operador de la plataforma y a los repartidores es una relación autónoma de prestación de un servicio o de dependencia.

La justicia europea se ha expedido de manera uniforme admitiendo que conforme se ha analizado la relación contractual interna, a la luz de una nueva realidad social, existe una relación puramente dependiente.

Para así decidirlo, a diferencia de las conclusiones asumidas por los Juzgados de instancias inferiores, los camaristas fundamentan que el problema radica en interpretar la realidad actual y aplicar las normas clásicas laborales, sin necesidad de crear nuevas normativas.

Por otra parte, en la Argentina, a diferencia de los tribunales europeos, se busca sancionar un proyecto de estatuto tendiente a regularizar esta nueva modalidad laboral, a fin de evitar la vulneración de derechos y garantías constitucionales.

Para concluir, creemos oportuno resaltar que es necesaria la regularización y tipificación de este tipo de plataformas, no solo a nivel laboral, sino también a nivel tributario y contractual. Las actividades realizadas por los operadores de plataformas digitales no son meramente intermediarias, toda vez que al analizar los términos y condiciones contractuales aquellas se tornan difusas y contrarias en relación con las actividades que realizan los *riders*, consumidores finales y empresas que conforman la red, quedando descuidados derechos de rango constitucional. A modo de ejemplo, cuando hablamos de empleados independientes, la ley hace referencia a libertad y flexibilidad horaria; en las plataformas analizadas, las actividades de los *riders* se basan en jornadas laborales interminables, con pautas de contratación, sanciones y formas de pago definidas unilateralmente. De esta forma, pareciera que no existe una relación de prestación de servicio autónoma...; más bien todo lo contrario.

Otro tema no menor por parte de las *apps* es la falta de acogimiento a la Ley de Defensa del Consumidor, imponiendo cláusulas contractuales contrarias a la responsabilidad solidaria de toda la cadena de consumo, dejando al usuario en condiciones extremas de vulnerabilidad. En este sentido, el usuario carece de las garantías mínimas como consumidor, toda vez que fue la *app* la que permitió unirlo con esa empresa portadora de un servicio o producto. ¿En dónde quedó el famoso art. 40 de la ley 24.240, que habla sobre la responsabilidad de toda la cadena de consumo?

Finalmente, cabe resaltar que esta nueva economía digital pide a gritos una normativa con regulaciones jurídicas que se ajusten a cada una de las ramas del derecho mencionadas a fin de evitar vulnerabilidades constitucionales y contratos confusos.

Comentarios Jurisprudenciales

MEDIACIÓN PREJUDICIAL OBLIGATORIA

Contrato de compraventa. Sometimiento voluntario al subcentro Institucional de Mediación del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires. Validez.

Con nota de Fernando J. J. Varela

Corresponde dar curso a la demanda instaurada, toda vez que la decisión del juez que manifestó que solo resultan eficaces las mediaciones dirigidas por un abogado habilitado al efecto por autoridad de aplicación y designado a través de sorteo automático constituye un exceso ritual manifiesto que va en desmedro de lo pactado por las propias partes y lo edictado por la normativa aplicable al caso, ya que la ley 13.951 de Buenos Aires prevé la mediación voluntaria como una opción a la cual pueden recurrir las partes en forma previa a la instancia de Mediación Obligatoria.

CCiv. y Com., Mar del Plata, sala I, 10/06/2021. - Lerner, Mariana y otro/a c. Nocerino, Pablo Luis s/ Materia a categorizar.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/79123/2021]

Expte. N° 171.553

2ª Instancia.- Mar del Plata, junio 10 de 2021.

Considerando: I. Con fecha 15/12/2020 —párrafo 3° y 4°— el Sr. Juez de la instancia de origen resuelve que a los fines de tener por transitada la instancia de mediación prejudicial obligatoria prevista en la ley 13.951 solo resultan eficaces las mediaciones dirigidas por un abogado habilitado al efecto por la autoridad de aplicación y designado a través de un sorteo automático, y que en el caso de autos la mediación ha sido llevada a cabo por escribanas, con lo cual previamente deberá darse cumplimiento con la etapa de mediación prejudicial obligatoria prevista en la ley 13.951 (art. 1 y 2 Ley N° 13.951, Acordada 3766 SCBA, argto. art. 18, decreto 43/2019; art. 7 Cód. Civ. y Com. de la Nación). En consecuencia, ordena que se libre comunicación a la R.G.E. a los fines de que proceda a recaratular las actuaciones como "Resolución Contrato compraventa inmuebles" y a sortear un mediador interviniente (art. 58 acordada 3397/2008; art. 1 y 2 ley 13.951).

Contra dicho pronunciamiento, con fecha 21/12/2020 interpone recurso de apelación el Dr. Ignacio Aguirregabiria, en representación de las actoras Mariana Lerner y Elena Tornu. Concedido el mismo con fecha 1/02/2021, lucen sus fundamentos anexados al trámite de fecha 22/02/2021.

II. Agravia a las quejosas en tanto entienden que el *a quo* desconoce el instituto de Mediaciones Voluntarias regulado por el art. 36 y ss. de la Ley 13.951 y el art. 37 del decreto reglamentario 43/2019. Sostienen la facultad por parte de los distintos Colegios Profesionales para llevar a cabo la instancia de mediación prejudicial y que oportunamente, en el contrato de compraventa se pactó como etapa previa de cualquier acción judicial.

III. Se adelanta que el recurso ha de prosperar.

Conforme surge del Boleto de compraventa "ad referendum" agregado a autos, las partes acordaron someterse voluntariamente, en caso de suscitarse divergencias o situaciones conflictivas, al procedimiento de Mediación, a través de la intervención de los especialistas del "subcentro Institucional de Mediación del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires", Delegación Mar del Plata (cláusula séptima).

Conforme ello, con fecha 22/09/2020 las partes participan en la audiencia de mediación ante las notarias Mediadoras Liliana Beatriz de las Mercedes Mayer y Teresita del Niño Jesús Magnin, pertenecientes al Subcentro Mar del Plata del Colegio de Escribanos de la Provincia de Bs. As. Y, atento la imposibilidad de encontrar soluciones al conflicto planteado, las partes manifiestan su intención de cerrar el procedimiento (ver acta cierre de mediación).

Pese a ello, el Sr. Juez de la instancia de origen al proveer la interposición de demanda, indicó que previamente debe darse cumplimiento con la etapa de mediación prejudicial obligatoria prevista en la ley 13.951, toda vez que solo resultan eficaces las mediaciones dirigidas por un abogado habilitado al efecto por autoridad de aplicación y designado a través de sorteo automático.

Con lo cual, no compartimos tal parecer, pues resulta a nuestro modo de ver, un exceso ritual manifiesto que va en desmedro de lo pactado por las propias partes y lo edictado por la normativa aplicable al caso.

El proceso debe cumplir un fin servicial, cuidar ciertas exigencias de orden externo, pero no para que los derechos se vean vulnerados sino, por el contrario, para que su realización resulte en todos los casos favorecida. De otro modo ese orden deviene en ritualismo, es decir, en una forma vacía de contenido ético y no debe olvidarse que el derecho no es una forma: es un contenido (SCBA Ac. 60.772 sent. del 02/06/1998; Ac. 75.329, sent. del 18/04/2001, entre otros; v. SCBA

"Florcam SACIFIA c. Televisión SRL s/ cobro de pesos" Ac. 34.407 cit. Bertolino, Pedro, "La verdad jurídica objetiva", prólogo de Lino Palacio, Ed. Depalma, p. 54; arg. Bidart Campos, Germán, "La Corte Suprema", p. 141; Pose, Carlos, "Sobre la noción del exceso ritual manifiesto" publicado en DT, 2005-155 citados en Demagistris, Denis - Aguilar, Lila - Montiel, Ana Maribel, en "Exceso Ritual manifiesto: situación jurídica Argentina y constituciones latinoamericanas").

Sumado a ello, cabe aclarar que la ley 13.951 —y su decreto reglamentario 43/2019— prevé la Mediación Voluntaria como una opción a la cual pueden recurrir las partes en forma previa a la instancia de Mediación Obligatoria, y que se encuentra regulada por la propia normativa aplicable (arts. 3, 36, 37 y 38 ley 13.951).

En conclusión, siguiendo esta línea de pensamiento, habiendo las partes cumplido con los recaudos exigidos para la realización de la mediación voluntaria y lo edictado por la norma N° 13.951 en su art. 36 y por el decreto 43/2019, corresponde dejar sin efecto lo dispuesto por el *a quo* con fecha 15/12/2020 —párrafo 3° y 4°— en cuanto ha sido materia de agravio, y devueltos los autos a la instancia de origen se deberá dar curso a la demanda instaurada (art. 34 del CPC).

Es por todo lo expuesto que se resuelve: Dejar sin efecto lo dispuesto por el *a quo* en la resolución de fecha 15/12/2020 —3° y 4° párrafo— en cuanto ha sido materia de agravio, con los alcances antes indicados. Transcurrido el plazo del artículo 267 Cód. Proc. Civ. y Comercial, devuélvase. En la ciudad de Mar del Plata, se procede a continuación a la firma digital de la presente, conforme Ac. 3975 de la SCBA. — *Rodrigo H. Cataldo. — Alfredo E. Méndez.*

MEDIACIÓN PREJUDICIAL OBLIGATORIA

Debido proceso. Facultades de los jueces. Juez Natural. Mediación.

Con nota de Fernando J. J. Varela

> Lo resuelto por vía de interlocutorio extralimitó los efectos formales del decisorio y provocó indirectamente resolver sobre una cuestión de incumbencias profesionales delegadas por el legislador a un ente público no estatal (Leyes 5.177 y 13.951), situación que no formaba parte del objeto del decisorio y sobre la cual este órgano jurisdiccional no tiene competencia. Por ende, corresponde de propio imperio dejar sin efecto el pronunciamiento y que los aquí firmantes nos apartemos de la causa por haber emitido opinión y, en salvaguarda de los principios constitucionales del debido proceso y del juez natural, disponer que el Tribunal se integre con magistrados hábiles para el dictado de un nuevo pronunciamiento

CCiv. y Com., Mar del Plata, sala I, 18/06/2021. - Lerner, Mariana y otro/a c. Nocerino, Pablo Luis s/ Materia a categorizar.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/96547/2021]

Expte. N° 171.553

2ª Instancia.- Mar del Plata, junio 19 de 2021.

Considerando: I. Se presenta el Dr. Jorge Alberto Stinson invocando su carácter de director general del Centro de Mediación prejudicial y voluntaria del Colegio de Abogados Departamento Judicial Mar del Plata. Entre otros aspectos, y en lo que aquí interesa (conforme se verá infra), indica que en nuestro decisorio existe un ataque a las incumbencias del abogado y que su contenido implica la des-interpretación de una normativa y doctrina (esta última que no cita), que la informa. Solicita se lo tenga por presentado y aceptado como "amicus curiae".

Lo primero que habremos de señalar, es que la figura del "amicus curiae" que enarbola para peticionar en estos actuados, no es de recibo. Más allá de los ambiciosos fundamentos que se plasmaran en el proyecto de la que luego fuera la actual ley 14.736, el acotado ámbito de actuación del "Amigo del Tribunal" ha sido delineado por nuestra Corte provincial. Así, en la causa 131.094 (del 07/09/2020), decretó la nulidad de lo actuado por ante el Tribunal de Casación Penal, estableciendo que: "...la intervención en tal carácter, sólo podrá efectuarse ante la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires".

En virtud de lo expuesto, se desestima la pretensión de ser admitido en tal calidad al profesional presentante.

II. Sin perjuicio de lo expuesto, este Tribunal advierte que lo resuelto por vía de interlocutorio extralimitó los efectos formales del decisorio y provocó indirectamente resolver sobre una cuestión de incumbencias profesionales delegadas por el legislador a un ente público no estatal (argto. Leyes 5177 y 13.951), situación que no formaba parte del objeto del decisorio y sobre la cual este órgano jurisdiccional no tiene competencia.

Por ende, siendo que esta Cámara de Apelaciones acuña entre sus precedentes, resoluciones en las que ha anulado pronunciamientos propios en forma oficiosa (argto. esta Cámara, Sala I, causa 111.999 *in re*

"Orellano, Ricardo c. Coop. Marplatense de Pesca s/ inc. de daños y perjuicios" del 13/11/2008; y Sala II, en causa 133.848 *in re* "Duhalde, Jorge E. y otros c. HIEMI y otros s/ incidente", del 27/03/2007), corresponde de propio imperio dejar sin efecto el pronunciamiento de fecha 10 de junio de 2021 por los motivos aludidos.

Es por todo lo expuesto que se resuelve: a. Dejar sin efecto de oficio el pronunciamiento de fecha 10 de junio de 2021. b. Atento a lo resuelto, corresponde que los aquí firmantes nos apartemos de la causa por haber emitido opinión y, en salvaguarda de los principios constitucionales del debido proceso y del juez natural, disponer que el Tribunal se integre con Magistrados hábiles para el dictado de un nuevo pronunciamiento (argto. arts. 17, inc. 7, 30, ss. y ccs. del Cód. Proc. Civ. y Comercial). c. Rechazar por improcedente la intervención del Dr. Jorge Stinson en calidad de amicus curiae. Notifíquese la presente por el sistema automatizado al domicilio electrónico consignado en autos (Ac. 3845/2017 - según Ac. 3991/2020 SCBA). En la ciudad de Mar del Plata, se procede a continuación a la firma digital de la presente, conforme Ac. 3975 de la SCBA. — *Alfredo E. Méndez.* — *Rodrigo H. Cataldo.*

MEDIACIÓN PREJUDICIAL OBLIGATORIA

Acto llevado a cabo por escribano. Eficacia de las mediaciones dirigidas únicamente por abogado habilitado por la autoridad de aplicación y designado por sorteo.

Con nota de Fernando J. J. Varela

> Siendo que a los fines de tener por transitada la instancia de mediación prejudicial obligatoria prevista en la Ley 13.951 solo resultan eficaces las mediaciones dirigidas por un abogado habilitado al efecto por la autoridad de aplicación y designado a través de un sorteo automático, y que el presente caso la mediación ha sido llevada a cabo por escribanas, previamente deberá darse cumplimiento con la etapa de mediación prejudicial obligatoria prevista en la normativa mencionada.

JCiv. y Com. Nro. 5, Mar del Plata, 15/12/2020. - Lerner, Mariana y otro/a c. Nocerino, Pablo Luis s/ Materia a categorizar.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/81909/2020]

Expte N°: MP-20873-2020

1ª Instancia.- Mar del Plata, diciembre 20 de 2020.

Agréguese la documental que en pdf se acompaña. Atento lo normado por el art. 3.b.3] de la Res. 10/2020 SCBA, desígnase al letrado como depositario del original del escrito y documentación adjuntada en formato digital, los que deberán ser acompañados en soporte papel ante el primer requerimiento del Juzgado o parte interesada al efecto (art. 4 y 5 Ac. 3886/2018 SCBA, Res. 386/2020, art. 1 y 3 de Res. 10/2020, Res. 480/2020, Res. 25/2020 y sus ccdes. SCBA).

No habiéndose acompañado el anticipo previsional y el bono ley 8480, estese a lo ordenado con fecha 02/12/2020.

Siendo que a los fines de tener por transitada la instancia de mediación prejudicial obligatoria prevista en la ley 13.951 solo resultan eficaces las mediaciones dirigidas por un abogado habilitado al efecto por la autoridad de aplicación y designado a través de un sorteo automático, y que el presente caso la mediación ha sido llevada a cabo por escribanas, previamente deberá darse cumplimiento con la etapa de mediación prejudicial obligatoria prevista en la ley 13.951 (art. 1 y 2 Ley N° 13.95, Acordada 3766 SCBA, argto. art. 18 dec. 43/2019; art. 7 Cód. Civ. y Com. de la Nación; argto. Leandro J. Giannini, La mediación en Argentina, 1° ed. revisada, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni editores, ps. 67/68, cita al pie N° 48).

En consecuencia, líbrese comunicación a la RGE a los fines de que proceda a recaratular las actuaciones como "Resolución Contrato Compraventa Inmuebles" y a sortear un mediador interviniente (art. 58 acordada 3397/2008; art. 1 y 2 ley 13.951). — *Carlos U. Méndez.*

Dos fallos fallidos sobre incumbencias profesionales

Fernando J. J. Varela

Sumario: I. Introducción.— II. Fundamentos del fallo.— III. El "contrafallo".— IV. El fallido.

I. Introducción

Permítaseme adelantar que reconozco el sentido histórico y profundamente simbólico-afectivo que tiene para nuestra profesión abogadil el concepto de "incumbencia profesional", pero este ha perdido completamente vigencia en el derecho positivo, al menos con relación a las y los abogadas y abogados; empero, felizmente, los tres poderes provinciales bonaerenses y hasta la Corte Suprema de Justicia de la Nación continúan empleando esta expresión, a despecho de la positividad, quizás para su más clara comprensión.

Nosotros, en estas líneas de crítica jurídica, abordaremos las designaciones de las diversas figuras o instituciones con rigor técnico, no obstante compartir ese entrañable apego por las "incumbencias profesionales".

Hechas estas imprescindibles aclaraciones, vayamos al tema que dispara este comentario:

Se trata del caso que se hará tristemente célebre —quizás a pesar de la parte actora— como "el caso Lerner", dos veces fallado sucesivamente por la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de Mar del Plata, por la intervención de los jueces de su sala I, Dres. Rodrigo H. Cataldo y Eduardo Méndez, el primero con fecha 10/06/2021 y el segundo ocho días después.

Esta malhadada sentencia resolvió primeramente (ya que fue casi inmediatamente autorrevocada por los mismos magistrados) revocar una sentencia de primera instancia que había declarado que la circunstancia de que las partes hubiesen ocurrido antes del juicio a requerir los servicios del Centro de Mediación operado por el Colegio de Escribanos de esa jurisdicción no obviaba el cumplimiento de las disposiciones de la ley 13.951, que estableció la mediación prejudicial obligatoria para un catálogo muy amplio de cuestiones, tarea que la misma ley (que contempla la variante de la mediación voluntaria, aunque sin carácter alternativo de la primera) *encomienda exclusivamente a las y los abogadas/os.*

Los camaristas, en esa estrafalaria sentencia, revocaron la decisión del juez *a quo*, por entender que este había cometido "un exceso ritual manifiesto que va en desmedro de lo pactado por las propias partes y lo edictado por la normativa aplicable al caso", al considerar —el juez *a quo*— que la mediación voluntariamente realizada en el Colegio de Escribanos no obviaba que previamente las partes deberían haber dado cumplimiento con la etapa de mediación prejudicial obligatoria prevista en la ley 13.951, toda vez que solo resultan eficaces las mediaciones dirigidas por un abogado habilitado al efecto por la autoridad de aplicación y designados y actuantes a través del procedimiento también reglado por la ley y su decreto reglamentario.

Todo ello sin perjuicio de que las partes hubieran acordado en el contrato base del litigio ocurrir a la mediación voluntaria del Colegio de Escribanos.

En síntesis: en primera instancia se había resuelto que la actuación de dos "mediadores notarios" en una oficina del Colegio de Escribanos no satisfacía las exigencias previstas por la ley 13.951 de Mediación Judicial Previa Obligatoria. Y la sentencia revocatoria, dictada por los camaristas Cataldo y Méndez, consideró —en contrario— que ese trámite voluntario notarial podía obviar válidamente las exigencias de la ley 13.951, considerándolo expresamente como "una opción" (calificación que la ley no considera como tal).

Lógicamente, para arribar a esta conclusión tan original, interpretaron que, habiendo las par-

tes cumplido con el trámite previsto en el art. 36 de la ley 13.951 y su dec. regl. 43/2019, resultaba un "exceso de rigor ritual" imponerles el cumplimiento de la mediación previa obligatoria judicial tal como lo marca la vigente ley 13.951.

II. Fundamentos del fallo

La lectura del articulado citado por los camaristas para llegar a tan bizarra conclusión aumenta nuestra perplejidad:

El art. 2ª dispone: "Establécese con carácter obligatorio la mediación previa a todo juicio, con las exclusiones efectuadas en el art. 4º, con el objeto de promover y facilitar la comunicación directa entre las partes que permita la solución de conflictos". Se trata de una regla concluyente que no admite excepción, salvo para un puñado de materias específicamente contempladas en el art. 4º.

El art. 3º de la ley 13.951 dicta que "en forma previa a la instancia de la mediación obligatoria, las partes podrán someter sus conflictos a una mediación voluntaria". Como se ve, una no excluye a la otra, ni la primera le resta obligatoriedad a la segunda, ya que la primera justamente es "voluntaria" y expresamente potestativa, y no imperativa, como la segunda.

El art. 36 de la misma ley prescribe: "La mediación voluntaria respetará los principios de la mediación establecidos en la presente ley". Sabia previsión del legislador para evitar malformaciones en el ejercicio privado de este instituto, pero ella no ofrece soporte alguno al fallo en análisis.

Y las disposiciones de su dec. regl. 43/3019, también citadas por los sentenciantes, dicen:

Art. 1º: "Establécese el régimen de mediación como método alternativo de resolución de conflictos judiciales en el ámbito de la provincia, declarándoselo de interés público" (atención: se trata de un régimen normativo de interés público).

El art. 9º agrega una serie de prescripciones entre las que se destaca la posibilidad de que la mediación obligatoria se pueda realizar únicamente en las sedes de los Colegios de Abogados, en defecto de las sedes judiciales o de estudios jurídicos habilitados al efecto por la autoridad de aplicación: "... El mediador celebrará las audiencias en la sede del Departamento Judicial o del asiento del Juzgado descentralizado. A ese efecto, podrá utilizar las oficinas que estuvieren registradas ante la autoridad de aplicación a su nombre o las que se encuentren disponibles en el Colegio de Abogados departamental, el que reglamentará su uso...".

Y finalmente, por si fuera menester dejar claramente establecido el rol de la abogacía en el tema, transcribimos lo pertinente del art. 26: "Para inscribirse en el Registro Provincial de Mediadores deberán reunirse los siguientes requisitos, además de los establecidos en el art. 26 de la ley 13.951: 1) Encontrarse matriculado en el Colegio de Abogados departamental en el que se desempeñe como mediador...".

Frente a las mismas citas legales utilizadas por los jueces de Alzada para convalidar una mediación voluntaria celebrada por escribanos en una oficina del Colegio de Escribanos, resulta muy difícil encontrar la necesaria congruencia entre el decisorio y sus fundamentos legales; de allí nuestra declarada perplejidad.

Pero los avatares de este curioso asunto no concluyen tan desafortunadamente, sino quizás más desafortunadamente aún.

III. El "contrafallo"

Conocida la sentencia, se alzaron voces de protesta desde diversos ámbitos, y el Dr. Jorge A. Stinson, invocando su carácter de director general del Centro de Mediación Prejudicial y Voluntaria del Colegio de Abogados del Departamento Judicial Mar del Plata (ignoramos si *motu proprio* o cumpliendo un mandato institucional), se presentó ante la Cámara alegando, entre otros tópicos, que en el referido decisorio existía un ataque a las incumbencias del abogado y que su contenido implicaba una desinterpretación de la normativa vigente y la doctrina, solicitando ser tenido por presentado ofreciéndose como *amicus curiae*.

Sobre la base de la jurisprudencia de la Corte provincial se desestimó su propuesta de *amicus curiae*, y respecto del fondo del asunto, sorprendentemente, los jueces declararon (textualmente): "... este tribunal advierte que lo resuelto por vía de interlocutorio extralimitó los efectos formales del decisorio y provocó indirectamente resolver sobre una cuestión de incumbencias profesionales delegadas por el legislador a un ente público no estatal (arg. leyes 5177 y 13.951), situación que no formaba parte del objeto del decisorio y sobre la cual este órgano jurisdiccional no tiene competencia. Por ende, siendo que esta Cámara de Apelaciones acuña entre sus precedentes, resoluciones en las que ha anulado pronunciamientos

propios en forma oficiosa (arg. esta Cámara, sala I, causa 111.999 *in re* 'Orellano, Ricardo c. Coop. Marplatense de Pesca s/ inc. de daños y perjuicios', del 13/11/2008; y sala II, en causa 133.848 *in re* 'Duhalde, Jorge E. y otros c. HIEMI y otros s/ incidente', del 27/03/2007), corresponde de propio imperio dejar sin efecto el pronunciamiento de fecha 10 de junio de 2021 por los motivos aludidos", y resolvió de oficio dejar sin efecto el resolutorio impugnado apartándose del conocimiento de la causa para que la resuelva la misma Cámara con distinta integración de magistrados.

Este contrafallo naturalmente dejó satisfecha a la grey abogadil y, además, restableció el imperio del orden público. Sin embargo, sus fundamentos legales son, increíblemente, también desacertados.

Según sus considerandos, se dictó porque el anterior "provocó indirectamente resolver sobre una cuestión de incumbencias profesionales delegadas por el legislador a un ente público no estatal (arg. leyes 5177 y 13.951)".

IV. El fallido

Rotundamente afirmamos que *no es cierto* que algún legislador (nacional o provincial) haya delegado en algún Colegio Profesional (de Abogacía, de Médicos o de Ingenieros) la temática incumbencial.

Y no lo pueden hacer porque la Constitución Nacional establece un régimen distinto e impeditivo de semejante incursión legisferante (arts. 75, inc. 18, y 99, incs. 1º y 2º, CN).

Por el actual art. 121 de la CN, las provincias se reservan los poderes no delegados a la Nación al tiempo de su incorporación a la Confederación Argentina (uno de los nombres oficiales de nuestro país según el art. 35 de la misma Constitución Nacional). Y uno de esos poderes es el poder de policía genérico, cuya especie, el de la policía del ejercicio profesional, es ejercido en nuestra provincia, respecto de la abogacía, en y por los entes de derecho público "Colegios de Abogados Departamentales", creados en 1947 por la ley 5177 (art. 2º, ley cit.).

Entonces, lo que ha sido transferido (o substituido) o delegado en los Colegios Profesionales es el poder de policía respectivo (arts. 41 y 42, Const. prov.), y no la determinación de las incumbencias profesionales (*no delegada por la Nación a las provincias, ni reservada por estas*). Ese poder de policía se ejerce con el gobierno de la matrícula y el control disciplinario del ejercicio profesional. Solo se puede ejercer la profesión abogadil en la provincia de Buenos Aires si se obtiene la habilitación profesional por parte del Colegio, que al otorgarla entrega el correspondiente certificado (la credencial, según el art. 7º de la ley 5177 en su actual redacción).

Los títulos profesionales como el de abogado/a otorgados por las universidades de gestión pública o privada reconocida, o extranjeros debidamente revalidados, son *válidos,* pero no *habilitantes.*

El título válido, per se, *no habilita al ejercicio profesional* (art. 32, ley nacional 24.521 de Educación Superior).

Dejamos para otra oportunidad reflexionar sobre otros aspectos vinculados a ambos fallos, como que los escribanos solo poseen funciones atribuidas por las leyes locales y, entre ellas, en la provincia de Buenos Aires no figura la de ejercer la mediación obligatoria judicial; que los abogados y abogadas poseen "actividades exclusivas reservadas a su título" (res. 1254/2017 del Ministerio de Educación de la Nación, dictada conf. art. 43 de la ley 24.521), en tanto respecto de los escribanos o notarios la misma autoridad nacional ha resuelto continuar estudiando el caso, "teniendo en cuenta para ello el nivel de las carreras conducentes a tales titulaciones" (textual res. ME 3401/2017), por lo que carecen de ellas; o que los títulos de abogado/a han sido declarados de interés público, al contrario del de los escribanos o notarios; o que para obtener el título de escribano o notario y para poder ejercer ese oficio primeramente debe obtenerse el título de abogada/o, con lo que la notaría viene a resultar una especialización o incumbencia más de la abogacía, etcétera.

Remitimos a los procesalistas el análisis del "contrafallo" y a los psicosociólogos los eventuales efectos, en el ánimo de los magistrados, de las reacciones provocadas por su primera sentencia.

Nuestra intención en esta oportunidad ha sido señalar las palpables falencias cognoscitivas que sobre esta materia existen hasta entre los magistrados ocasionalmente llamados a dirimir conflictos de esta naturaleza. Circunstancia que debe ser un acicate para alentar en los colegas el estudio con mayor profundidad de una materia de sensible peso estratégico gremial-profesional.

MARCAS Y PATENTES

Jurisprudencia

DERECHO MARCARIO

Acción de amparo. Medida cautelar tendiente a suspender los procedimientos administrativos en los que tramita la caducidad de determinadas marcas. Rechazo de la pretensión.

1. — Debe confirmarse el rechazo de la medida cautelar consistente en la suspensión de los procedimientos administrativos por los cuales tramita la caducidad de determinadas marcas y dispuso la tramitación de las presentes actuaciones bajo el proceso ordinario, con fundamento en la presunción de validez constitucional del art. 74 de la Ley 27.444.

2. — El potencial error de trámite en que hubiera incurrido el Instituto Nacional de la Propiedad Industrial al notificar el proceso de caducidad a un tercero no parece complejo de ser subsanado por la misma autoridad administrativa luego de la pertinente presentación de la afectada ante esa sede, siendo que, por cierto, no se informa ni menos se prueba actividad alguna de la actora tendiente a que se corrijan los posibles vicios en la notificación de lo actuado. Pero aún de ser el caso y subsistir el yerro, lo que resuelva la autoridad administrativa será pasible de revisión por la vía prevista en el art. 26 "in fine" de la Ley de Marcas.

3. — El juicio sobre la razonabilidad del art. 74 de la Ley 27.444 no es apropiado resolverlo en este estado larval del proceso, sino a través de la sentencia definitiva. Por lo demás, abundan en nuestra legislación normas que reconocen a autoridades administrativas atribuciones para disponer caducidades de derechos con fundamento en el incumplimiento de las condiciones fijadas en el acto de carácter general (art. 21 de la ley de procedimientos administrativos 19.549), que no han sido desacreditadas en cuanto a la validez constitucional por parte de la jurisprudencia.

CNFed. Civ. y Com., sala II, 03/05/2021. - Dornoch SA c. Intuitive Surgical Operations INC s/amparo.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/65553/2021]

Expte. n° CCF 005572/2020/CA002

Buenos Aires, mayo 03 de 2021.

Considerando:

I.- Que el señor juez rechazó la medida cautelar solicitada en el escrito inicial, consistente en la suspensión de los procedimientos administrativos por los cuales tramita la caducidad de las marcas INTUITIVE-B1, registros n° 2.675.451 y 2.675.454, de las clases 9 y 42 del N.M.I., hasta el dictado de sentencia firme en el presente proceso, y dispuso la tramitación de las presentes actuaciones bajo el proceso ordinario, con fundamento en la presunción de validez constitucional del art. 74 de la Ley 27.444, objetada por la actora.

II.- Que ello motivó el recurso de apelación deducido por la parte actora el día 28.12.2020, quien cuestiona dicho rechazo, así como el dictamen del Ministerio Público emitido el día 21.12.2020 en el cual se sustenta. Sostiene, en prieta síntesis, que a) se está violando sus derechos de propiedad, de defensa en juicio y de debido proceso, al intentar remover de su patrimonio las marcas mencionadas sin una sentencia firme dictada en un juicio; b) los presupuestos de verosimilitud del derecho y peligro en la demora para el dictado de la medida cautelar se encuentran presentes; c) el proceso aplicable a las presentes actuaciones debe ser el del amparo.

Aduce el apelante que el Director Nacional de la Propiedad Industrial, siguiendo un procedimiento en abierta violación al derecho de propiedad reconocido constitucionalmente, en el que no se respetan los derechos, también reconocidos constitucionalmente, al debido proceso y de defensa en juicio, considerando que ello está expresamente prohibido por nuestra Constitución, en la que se establece que nadie puede ser privado de su propiedad si no lo es por sentencia firme dictada en juicio.

Como segunda conclusión, afirma que en la presente causa está más que acabadamente acreditado el requisito del peligro en la demora, siendo que se plantea claramente la probabilidad de que la tutela jurídica definitiva que mi parte aguarda, no pueda en los hechos realizarse si continua tramitándose el proceso de caducidad administrativa.

III.- Que en primer lugar se analizará el agravio sobre la procedencia del proceso ordinario y el recurso de la vía del amparo como idónea para resolver el entuerto . En este sentido, el magistrado de la anterior instancia advirtió que no se verificaban los requisitos establecidos en el artículo 1° de la Ley 16.986, de arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, por lo que consideró que las presentes actuaciones debían encauzarse en un proceso ordinario.

En sus agravios, la parte actora no refuta las consideraciones del juez respecto a que, en el marco procesal pretendido por la apelante, difícil será dilucidar la existencia de arbitrariedad o ilegalidad manifiesta (requisito, por lo demás, proveniente del art. 43 de la Constitución). En su escrito se limita a reiterar que en las presentes actuaciones se discute la constitucionalidad del primer párrafo del artículo 26 de la ley n° 22.362, extremo que. va de suyo, por sí mismo no habilita la

procedencia de la acción excepcional intentada por Dornoch SA.

Por cierto, pese a las ásperas críticas que surgen de la expresión de agravios hacia la labor del Juez, este Tribunal advierte la prudente y garantista decisión del Juez Gota, quien pudiendo rechazar "in limine" la acción de amparo –posibilidad contemplada para supuestos como el de autos en el art. 3 de la Ley 16.986-, optó por reconducir el trámite de la acción hacia un proceso ordinario. Causa n° 5572/2020

IV.- Que a continuación corresponde tratar los agravios correspondientes a la procedencia de la medida cautelar solicitada.

Es oportuno destacar que es jurisprudencia del máximo tribunal, que la medida cautelar innovativa es una medida excepcional porque altera el estado de hecho y de derecho existente al tiempo de su dictado, habida cuenta de que configura un anticipo de jurisdicción favorable respecto del fallo final de la causa, lo que justifica una mayor prudencia en la apreciación de los recaudos que hacen a su admisión (conf. C.S.J.N. Fallos: 316:1833; 318:2431; 319:1069 y 321:695).

En ese mismo orden de ideas, este tribunal ha sostenido en relación a las medidas innovativas que, dada su especial naturaleza, requieren para su dictado, además de la concurrencia de los presupuestos básicos generales de toda medida cautelar, un cuarto requisito que le es propio, cual es la posibilidad de que se consume un daño irreparable (conf. esta Sala, causa n°6.921 del 1.9.89 y 5.633/2011 del 14.3.12; Sala I, causa n°5.637/04, del 21.9.06 y 2.344/2011 del 4.10.11; Sala III, causas n° 3905 del 28.04.94: 1.178/98 del 16.4.98 y 7.427/00 del 10.2.03; entre otras; C.N.Civ., Sala A, L.L. 1985-D, 11 y L.L. 1986-C: 344; Peyrano, J. W., "Medida cautelar innovativa", Buenos Aires, 1981, p. 21, sgtes.).

También se ha dicho que la verosimilitud del derecho debe surgir de manera manifiesta de los elementos obrantes en la causa (cfr. Peyrano, J. W. "La verosimilitud del derecho invocado como presupuesto del despacho favorable de una medida cautelar innovativa", L.L. 1985-D, 112).

Estos principios incluso adquieren mayor rigor cuando se trata de la medida cautelar contra la aplicación de las leyes (conf. C.S.J.N., Fallos: T. 307, p. 2267).

A esta altura, el tribunal debe detenerse en lo señalado por la apelante en la página 12 vta. de su escrito de agravios, que constituye un verdadero sofisma, pues la suspensión de los plazos en el procedimiento administrativo que indica, implica dejar de aplicar lo dispuesto en el texto vigente del art. 26 de la Ley Nro. 22.362.

V.- Que el artículo 26 de la ley 22.362 -discutido en las presentes actuaciones- establece que "El Instituto Nacional de la Propiedad Industrial, de oficio o a pedido de parte, conforme a la reglamentación que se dicte, declarará la caducidad de la marca, inclusive parcialmente, en relación a los productos o servicios para los que no hubiere sido utilizada en el país dentro de los cinco años previos a la solicitud de caducidad, salvo que mediaren causas de fuerza mayor. La resolución que recaiga en materia de caducidad de marca será apelable en el plazo de treinta días hábiles desde la notificación, sólo mediante recurso directo ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, el que deberá ser presentado en el Instituto Nacional de la Propiedad Industrial [...]".

Por su lado, la parte actora sostiene en su expresión de agravios la existencia de la verosimilitud del derecho, manifestando que al ser las marcas un derecho de propiedad, estos solo pueden ser conculcados mediante una sentencia dictada luego de la tramitación de un proceso judicial en el que se permita un cabal ejercicio del derecho de defensa.

Continuando con lo ya insinuado al finalizar el Considerando anterior, cabe señalar que ante la disposición expresa de la ley 22.362, la suspensión cautelar del ejercicio de la competencia administrativa asignada por ley al Instituto Nacional de la Propiedad Industrial (I.N.P.I.) importaría un adelanto de opinión sobre la validez constitucional de la norma. Más aun, y como bien lo indicó el Juez de grado, teniendo en cuenta que la ley impugnada fue dictada por el Congreso de la Nación mediante el procedimiento establecido en la Constitución Nacional.

Frente a esa norma, la mera invocación de la tutela de la garantía de la propiedad privada no es argumentación suficiente para impedir Causa n° 5572/2020 la puesta en funcionamiento del mecanismo diseñado por el legislador. Máxime cuando ninguno de los derechos reconocidos en la Constitución tienen un carácter absoluto sino que se ejercen conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio (arg. art. 14 de la C.N.). En el caso, el juicio sobre la razonabilidad de la ley en cuestión no es apropiado resolverlo en este estado larval del proceso, sino a través de la sentencia definitiva (ver en sentido coincidente, dictamen del Fiscal ante esta Cámara, presentado en autos el 29.4.21). Por lo demás, a tenor de los agravios expuestos por las apelantes, abundan en nuestra legislación normas que reconocen a autoridades administrativas atribuciones para disponer caducidades de derechos con fundamento en el incumplimiento de las condiciones fijadas en el acto de carácter general (vgr. art. 21 de la ley de procedimientos administrativos 19.549), que no han sido desacreditadas en cuanto a la validez constitucional por parte de la jurisprudencia.

Las razones indicadas impiden que el tribunal tenga por configurado el requisito del peligro en la demora,

exigencia insoslayable inherente al despacho favorable de la cautelar que se solicita,

VI.- Por otra parte, el tribunal tampoco advierte la existencia de peligro en la demora que justifique revocar lo resuelto en la anterior instancia.

No es posible desatender que no se han proporcionado elementos tendientes a demostrar la existencia de la urgencia invocada. En este sentido, es dable advertir que la falta de concurrencia de ese extremo surge de las constancias mismas de la causa, pues, en sus agravios la actora no se ha referido siquiera a las consecuencias en concreto de la alegada irreparabilidad mas allá de una referencia genérica a la pérdida de los derechos sobre los registros declarados caducos.

No debe perderse de vista que el peligro en la demora es el que justifica el interés jurídico del peticionario, pues se trata de evitar que el pronunciamiento que reconozca su derecho llegue demasiado tarde y no pueda cumplirse el mandato judicial (conf. Fassi-Yañez, Código Procesal Civil y Comercial, comentado, anotado y concordado, tomo 2, 3a. ed. act. Y ampl., p. 43, primer párrafo). Es el presupuesto que da su razón de ser al instituto de las medidas cautelares, en tanto estas tienden a impedir que el transcurso del tiempo pueda incidir negativamente en la factibilidad del cumplimiento de la sentencia (conf. Novellino, N.J., Embargo y desembargo y demás medidas cautelares, 4a. Ed. act. y ampl., n° 17, segundo párrafo, p. 33, in fine) (Esta Sala, causa 867/98 del 29/10/1999).

Por cierto, el potencia error de trámite en que hubiera incurrido el Instituto al notificar el proceso de caducidad a un tercero, no parece complejo de ser subsanado por la misma autoridad administrativa luego de la pertinente presentación de la afectada ante esa sede, siendo que, por cierto, no se informa ni menos se prueba actividad alguna de Dornoch S.A. tendiente a que se corrijan los posibles vicios en la notificación de lo actuado. Pero aún de ser el caso y subsistir el yerro, lo que resuelva la autoridad administrativa será pasible de revisión por la vía prevista en el art. 26 "in fine" de la Ley de Marcas.

En mérito a lo expuesto, este Tribunal *Resuelve:* rechazar el recurso de apelación presentado por la parte actora y confirmar la decisión adoptada por el magistrado de la anterior instancia.

El Dr. Ricardo G. Recondo no suscribe por hallarse en uso de licencia (art. 109 del R.J.N.).

Regístrese, notifíquese y oportunamente, devuélvase. — *Eduardo D. Gottardi.* — *Alfredo S. Gusman.*

DERECHO MARCARIO

Imposibilidad de monopolizar una partícula de uso común. Oposición infundada.

1. — La parte inicial que comparten las marcas enfrentadas es "FEBRI", que es común en la clase. En consecuencia, nadie puede monopolizarla impidiéndole a otros su uso, siempre que estos la integren con sílabas o palabras que tengan fuerza distintiva.

2. — La espontánea asociación de "FEBRI" con "febril" o con "fiebre" es evidente, al igual que la de "FEBRITEST" –actora- con el testeo de la temperatura, lo que difiere de la visión de conjunto que da "FEBRISAN" –demandada-, más propia de la evocación de "sanar" que la partícula "SAN" suele tener en la clase 5. La sentencia debe ser revocada y la demanda admitida declarándose infundada la oposición.

CNFed. Civ. y Com., sala III, 27/05/2021. - Lafedar SA Laboratorios Federales Argentinos SA c. Sidus SA s/cese de oposición al registro de marca.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/56847/2021]

Expte. n° CCF 001626/2013/CA001

Buenos Aires, mayo 27 de 2021.

I. La firma Lafedar S.A. Laboratorios Federales Argentinos S.A. ("Lafedar") solicitó el registro de la marca denominativa "FEBRITEST" en la clase 5 del nomenclador internacional (acta N° 3.039.228). Una vez cumplida la publicación de estilo se presentó Sidus S.A. ("Sidus") oponiéndose al pedido por entender que el signo era confundible con la marca de su propiedad "FEBRISAN" (acta N° 2.457.956) –mixta- registrada en la misma clase.

El conflicto no pudo superarse con la mediación, por lo cual, Lafedar inició este pleito contra Sidus con el objeto de que se declarara infundada la oposición (fs. 18/19 y vta. y fs. 27/31vta.).

El demandado compareció y contestó la demanda en los términos del escrito de fs. 45/55.

II. El señor juez de primera instancia rechazó la demanda con costas por entender que los signos compartían el vocablo "FEBRI", el cual tenía un intenso poder evocativo de la marca oponente que no se veía disminuido por la terminación "TEST" agregada en la marca de la actora (fs. 168/172vta.).

III. Contra dicho pronunciamiento apeló la actora (ver escrito digital del 30 de julio de 2020 –fs. 174/176- y auto de concesión de fs. 177), quien expresó agra-

vios el 1 de febrero del corriente año, dando lugar a la réplica del 23 de febrero.

La apelante cuestiona el rechazo de la demanda porque considera que su signo es lo suficientemente disímil del registrado por su adversaria. En ese sentido puntualiza que el juez omitió ponderar circunstancias relevantes, como ser, el uso común de la partícula "FEBRI" y el registro previo de la denominación "FEBRITEST" vigente al momento de la solicitud del signo oponente.

IV. Está probado que la empresa Sidus es titular de la marca "FEBRISAN" (resolución N°2.071.980, renovada por la N°3.482.902) perteneciente a la clase 5 del nomenclador internacional (ver contestación del INPI de fs. 129/147 y lo que surge del sitio web del INPI -http://www.inpi.gov.ar/-), sobre la cual ha basado su protesta contra el pedido de inscripción de "FEBRITEST" presentado por Ladefar S.A, en el mismo renglón del nomenclador -Acta n° 3.039.228, denominativa- (fs. 18/vta. y fs. 27/vta. y lo reconocido por la demandada a fs. 45vta., punto I.1).

Por lo visto, la parte inicial que comparten las marcas enfrentadas es "FEBRI", que es común en la clase (ver lo que surge del sitio del INPI ya citado y lo manifestado por la parte actora a fs. 27vta., punto III y la demandada a fs. 50vta. punto V, concordante con lo expuesto por ellas tanto en sus respectivos escritos ante esta instancia). En consecuencia, nadie puede monopolizarla impidiéndole a otros su uso, siempre que éstos la integren con sílabas o palabras que tengan fuerza distintiva (esta Sala, causa n° 9415/08 del 10/06/2014 y sus citas, causa n° 5246/08 del 3/02/2011 y sus citas, entre otras).

La espontánea asociación de "FEBRI" con "febril" o con "fiebre" es evidente, al igual que la de "FEBRITEST" –actora- con el testeo de la temperatura, lo que difiere de la visión de conjunto que da "FEBRISAN" –demandada- (esta Sala, causa n° 1559/02 del 16/09/2008 y sus citas), más propia de la evocación de "sanar" que la partícula "SAN" suele tener en la clase 5.

No hay constancias en el expediente que justifiquen apartarse de los lineamientos que acabo de dar, ya que ninguno de los litigantes aportó prueba sobre la utilización efectiva de las marcas en conflicto ni sobre los productos que ellas distinguirían.

Por último, me parece importante poner de relieve que la marca solicitada ya estuvo registrada desde el año 2000 al 2010 en el que venció –acta N°2.130.450-, siendo el signo oponente posterior a aquella (ver fs. 79/115, en especial fs. 101/102 y fs. 129/147, en especial fs. 129).

Por ello, juzgo que la sentencia debe ser revocada y la demanda admitida declarándose infundada la oposición deducida por Sidus en el contexto de autos. Las costas del juicio se imponen a la demandada vencida (artículo 68, primer párrafo y 279 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Así voto.

Los doctores Fernando A. Uriarte y Ricardo Gustavo Recondo, por análogos fundamentos adhieren al voto precedente. Con lo que terminó el acto de lo que doy fe. Fdo. Verónica Heilbron.

Buenos Aires, 27 de mayo de 2021.

Y VISTO: lo deliberado y las conclusiones a las que se arriba en el Acuerdo precedente, el Tribunal *Resuelve:* revocar la sentencia apelada y admitir la demanda declarándose infundada la oposición deducida por Sidus en el contexto de autos. Las costas del juicio se imponen a la demandada vencida (artículo 68, primer párrafo y 279 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Por la manera en que se resuelve corresponde dejar sin efecto la regulación de honorarios de realizada por el juez de primera instancia y fijar los de los profesionales intervinientes en ambas instancias (art. 279 del Código Procesal).

Primera instancia: teniendo en cuenta la base regulatoria tomada por el Tribunal en este tipo de juicios (ver causas "Valydar" n°7288/03 del 20/05/2010 y "Nova" n°5794/11 del 31/10/2017); la naturaleza del proceso (fs. 32); el resultado obtenido; el mérito, la eficacia y extensión de la labor desarrollada por los profesionales, el carácter en el que actuaron y las etapas efectivamente cumplidas, se regula a favor de la letrada de la parte actora, doctora Silvia T. Barreiro, $276.800 -correspondientes a la ley 21.839-, y de los de la demandada, doctores José María Vicetto (apoderado) y Juan Bautista Vicetto (patrocinante), las sumas de $90.716 -$60.477 correspondientes a la ley 21.839 y $30.239 equivalentes a 7,28 UMA de acuerdo a la ley 27.423- y $226.790 -$151.193 correspondientes a la ley 21.839 y $75.597 equivalentes a 18,21 UMA de acuerdo a la ley 27.423-, respectivamente (art. 6, 7, 9, 37 y 38 de la ley 21.839 modificada por la 24.432. y arts. 16, 20 y 29 de la ley 27.423. Acordada 7/2021 C.S.J.N).

En cuanto a los honorarios de la mediadora, doctora Margarita Mercedes Horane, los mismos se establecen en 20 UHOM -equivalentes a $15.200- (conf. artículo 28 y Anexo III, inciso H del Decreto 1467/11, modificado por Decreto 2536/15).

Segunda instancia: atendiendo al resultado del recurso y a la extensión y eficacia de los trabajos realizados, se establece a favor de las letradas de la parte

actora, doctoras Silvia T. Barreiro (apoderada) y Sabrina Rocío Bolaña (patrocinante), las sumas de $23.726 -5,71 UMA- y $59.314 -14,29 UMA-, respectivamente, y de los de la demandada, doctores José María Vicetto (apoderado) y Juan Bautista Vicetto (patrocinante), las sumas de $27.215 -6,55 UMA- y $68.037 -16,39 UMA-, respectivamente (Acordada 7/2021 CSJN y artículo 30 de la ley 27.423).

Regístrese, notifíquese, publíquese y devuélvase. — *Guillermo A. Antelo. — Ricardo G. Recondo. — Fernando A. Uriarte.*

DERECHO MARCARIO

Cese en el uso de la marca "MISSONI" en prendas tejidas para diseñadores. Extensión de la orden al dominio de Internet. Rechazo de la defensa de prescripción.

1. — La decisión brindada por el magistrado de primera instancia resulta la más ajustada a derecho, pues brinda a la actora la protección que tiene su marca en función del principio de especialidad referido, a la vez que obliga a la demandada en los mismos términos. Es decir, le ordena cesar en todo uso que exceda los previstos en la clase en la cual la tiene registrada, esto es la clase 27 del nomenclador marcario internacional. A su vez, dispone el cese de todo uso que implique superposición con los productos protegidos por "MISSONI SPA" con sus registros.

2. — Corresponde modificar la sentencia solo en lo referido al uso de la designación comercial de la demandada, la cual queda limitada en su uso para identificar o promocionar actividad comercial que esté estrictamente ligada a los productos y /o servicios que se identifican en la clase 27 del nomenclador, que es en la que tiene registrada su marca.

3. — Más allá de las extensas alegaciones formuladas por la apelante en torno a la supuesta notoriedad de su marca y a la intensa explotación que de ella hace en el extranjero, no ha demostrado -siquiera remotamente- que el uso que hace de su marca en este país justifique extender su derecho más allá de los límites objetivos que le impone su título.

4. — El derecho de propiedad relativo a una designación se adquiere por el uso efectivo y no por la mera posibilidad de uso potencial, que puede estar dado por las actividades previstas en el objeto social de una sociedad. En autos se ha ejercido la acción de cese de uso de una designación: como todo lo relativo a la prescripción, su curso debe interpretarse restrictivamente porque se trata de un instituto de excepción.

5. — El art. 29 de la Ley 22.362 contempla una prescripción adquisitiva que tiene la finalidad de dar estabilidad a las relaciones y a la delimitación de los derechos en los mercados, permitiendo la adquisición de derechos erga omnes a quien usa la designación comercial en forma pacífica y ostensible durante el plazo legal.

6. — El plazo previsto en el art. 29 de la Ley 22.362 comienza a correr desde que el tercero comenzó a utilizar la designación en forma pública y ostensible o desde que el accionante tuvo conocimiento de su uso.

CNFed. Civ. y Com., sala III, 15/04/2021. - Missoni SPA c. Filato SRL s/cese de uso de marca.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/89203/2021]

Expte. n° CCF 004264/2010/CA002

Buenos Aires, abril 15 de 2021.

I. Mediante sentencia obrante a fs. 1455/1465, el juez de primera instancia rechazó la excepción de prescripción opuesta por la demandada "Filato SRL", declaró abstracto el planteo de caducidad formulado por dicha parte e hizo lugar parcialmente a la demanda que interpuso Missoni SPA. En consecuencia, condenó a Filato SRL a cesar en el uso de la marca "MISSONI", solamente en lo que respecta a la confección de prendas y el desarrollo de prendas tejidas para diseñadores, haciendo extensiva la orden a su dominio de internet www.filatomissoni.com.ar. Las costas del juicio las impuso a la demandada en atención a la forma en que se resolvió.

Para así decidir, comenzó por indicar que correspondía tener por admitido que MISSONI SPA es titular de la marcas "MISSONI" (mixta), registro n° 2.473.318, para proteger de la clase 3, solamente "preparaciones para blanquear y otras sustancias para la colada; preparaciones para limpiar, pulir, desengrasar y raspar; jabones; perfumería, aceites esenciales, cosméticos, lociones para el cabello; dentífricos"; n° 2.257.370 (denominativa) y n° 2.257.377 (mixta), ambas para proteger, de la clase 9, todos los productos excepto "interruptores para tanques de agua"; y n° 2.139.267 (denominativa) y n° 2.139.268 (mixta), ambas para proteger, de la clase 25, solamente "artículos de vestimenta, calzados y sombrerería". Por otra parte, que Filato SRL es titular de la marca "MISSONI", registro n° 2.383.814, para proteger todos los productos de la clase 27.

A le vez, verificó que el dominio de internet www.filatomissoni.com.ar corresponde al usuario FILATO SRL, que fue dado de alta el día 28.03.2009, que con

fecha 19.05.2010 se hizo lugar a la medida cautelar que dispuso la suspensión preventiva del nombre de dominio, decisión que fue revocada con posterioridad por esta Cámara en virtud de que no surgía con certeza la verosimilitud en el derecho invocado.

A continuación se abocó al análisis de la prescripción opuesta por la demandada. Por un lado destacó que el actual cuerpo normativo incorpora una norma de derecho temporal -art. 2.537 del CCyC- referida a los plazos de prescripción, que regula específicamente su modificación por leyes posteriores. A le vez, puso de resalto que, para oponerse al uso de una designación, el art. 29 de la ley 22.362 dispone el plazo de prescripción de un año desde que el tercero comenzó a utilizar la marca en forma pública y ostensiblemente, o desde que el accionante tuvo conocimiento de su uso. Sentado ello, y teniendo en cuenta que la accionada no supo fundar su postura, el juez concluyó que el plazo debe comenzar a computarse desde la fecha de envío de la carta documento, el 12.02.2009, remitida por la actora a la contraria, por ser el único medio probatorio que evidencia la fecha en que MISSONI SPA tomó conocimiento del supuesto uso indebido que estaría efectuando FILATO SRL (conf. carta documento de fs. 7/8 en la causa n° 1.987/2010). En función de lo expuesto, tomando como fecha de inicio del cómputo el día 12.02.2009 y su efecto suspensivo de 1 año, concluyó que a la fecha de promoción de la demanda (conf. cargo de fs. 17 vta. de fecha 16.07.2010), no se había cumplido el plazo previsto por la ley.

Sentado lo anterior y entrando al estudio de la cuestión atinente al cese de uso solicitado por la actora, destacó el magistrado que con la prueba arrimada a la causa se encuentra corroborado que el objeto de la actividad de la demandada FILATO SRL consiste en la comercialización de hilos nacionales e importados para la confección de prendas, tales como hilos, hilados, lanas, así como de elementos y/o insumos vinculados con la actividad del tejido y/o textil , y en el desarrollo de prendas tejidas para diseñadores, que vende y/o promociona a través de su local comercial ubicado en la calle Av. Scalabrini Ortiz 870, su página web www.filatomissoni.com.ar y folletos (conf. contestación de demanda de fs. 75/93, confesional obrante a fs. 352/354, documental aportada por las partes a fs. 16/20, 46/54, 454 y fs. 461/468 respectivamente del expediente n° 1987/2010).

A ello, agregó el juez el hecho de que FILATO SRL es titular de la marca "MISSONI" en la clase 27, la cual comprende "productos destinados a recubrir o revestir, con el fin de acondicionar, los suelos o las paredes ya construidos. Alfombras, felpudos, esteras, linoléum y otros revestimientos de suelos; tapicerías murales que no sean materiales textiles" Clasificación de Niza – 11° edición, versión 2019.

Así, puso de resalto que si bien la demandada es titular del signo "MISSONI", cabe concluir que el uso que hace del signo en su actividad comercial en lo relativo a la "confección de prendas" y al "desarrollo de prendas tejidas para diseñadores", no sólo difiere de los comprendidos en la clase en la que está registrada (clase 27), sino que, además, se superpone con los protegidos por la actora MISSONI SPA como "MISSONI" REG. n° 2.139.267 y n° 2.139.268, limitados para distinguir solamente "artículos de vestimenta, calzados y sombrerería" de la clase 25. Indicó que dicha circunstancia, crea en la mente del público consumidor una directa asociación con las marcas de la actora, aprovechando indebidamente su prestigio y violentando sus derechos marcarios. No obstante lo dicho, el a quo resolvió hacer lugar al cese de uso de la marca "MISSONI" solamente en lo que respecta a la confección de prendas y al desarrollo de prendas tejidas para diseñadores.

En lo que respecta a la solicitud de cese de uso y nulidad del dominio www.filatomissoni.com.ar, el magistrado hizo lugar a la demanda en los mismos términos que fueron indicados en el párrafo precedente.

Finalmente, se refirió a la reconvención planteada en base a la caducidad de la marca "MISSONI", reg. n° 1.943.216, de la clase 3, la que declaró abstracta por encontrarse vencido dicho registro.

El fallo fue apelado por ambas partes, conforme surge de fs. 1467 y fs. 1473 (ver autos de concesión de fs. 1468 y fs. 1476, primer párrafo). Con fecha 08.11.2020 expresaron agravios, cuyos traslados contestaron con fecha 15.12.2020.

Hay también apelaciones contra la regulación de honorarios (ver fs. 1467, 1474 y 1475), que serán tratadas al final del acuerdo y según su resultado (arg. art. 279 del Código Procesal).

II. En primer término se agravia la demandada, quien critica el encuadre brindado por el sentenciante para el estudio de la prescripción por ella planteada. En tal sentido, señala como errónea la fecha escogida para el cómputo del plazo y pone de resalto que la actora no ha probado que su marca sea notoria y mucho menos su mala fe en los términos del art. 953 del Código Civil. También se agravió de la solución dada por el juez a la reconvención y de la distribución de las costas dispuesta.

Por su parte, la actora se agravia por entender que el juez hizo lugar en forma parcial a sus reclamos sin fundamento jurídico que lo avale. En tal sentido, se refiere tanto a la acción por cese de uso como la atinente al nombre de dominio de la accionada. Por último, se queja por el rechazo de su pretensión dirigida a obtener el cese de uso de la designación comercial de la demandada.

III. Con carácter previo a la consideración de los agravios, me permito recordar que conforme reiterada doctrina de la Corte Suprema, no he de seguir todas las argumentaciones presentadas, sino solo las conducentes para resolver el conflicto (Fallos 258:304, 262:222, 272:225, 278:271 y 291:390, entre otros más), sin perjuicio de señalar que mi reflexión no se ha limitado sólo a ellas, sino que he ponderado cada uno de los argumentos planteados por las partes y los expuestos por el a quo en su decisorio.

IV. En primer término corresponde dejar asentado que se encuentra fuera de discusión que la actora "MISSONI SPA" posee la titularidad de la marca "MISSONI", registrada bajo n° 2.257.370 (denominativa) y n° 2.257.377 (mixta), para proteger en la clase 9, todos los productos excepto "interruptores para tanques de agua"; y n° 2.139.267 (denominativa) y n° 2.139.268 (mixta), para proteger en la clase 25 solamente "artículos de vestimenta, calzados y sombrerería". A su vez, que FILATO SRL es titular del registro "MISSONI", n° 2.383.814, para proteger todos los productos de la clase 27. También está fuera de controversia que el dominio www.folatomissoni.com.ar se encuentra a nombre de la demandada.

Por una cuestión de orden lógico, me abocaré en primer término al análisis de la defensa de prescripción por cese de uso de designación comercial opuesta en su oportunidad por la demandada (ver fs. 82 vta., punto 4.1).

Según postula, la actora tuvo conocimiento de la existencia de su emprendimiento con mucha anterioridad al 12.02.2009, fecha en que aquella le cursó intimación vía carta documento. En tal sentido, pone de resalto que es absolutamente erróneo por parte del juez omitir esta circunstancia.

Conviene recordar que el magistrado descartó de plano el argumento referido en el párrafo precedente por considerar que la demandada no había acreditado dichos extremos con la prueba producida en la causa (ver fs. 1460 vta., tercer párrafo).

El art. 29 de la ley 22.362 tiene una regla específica para la acción de oposición al uso de una designación, en estos términos: "Toda persona con interés legítimo puede oponerse al uso de una designación. La acción respectiva prescribe al año desde que el tercero comenzó a utilizarla en forma pública y ostensible o desde que el accionante tuvo conocimiento de su uso". Ciertamente, la parte actora tiene interés legítimo en la cesación de uso de una designación que considera ilícita y confundible con la marca propia.

Se ha dicho que sin uso no hay designación y no hay designación sin uso (art. 30 de la ley marcaria; Otamendi Jorge, "La Acción de Cesación de Uso de una Designación", La Ley 1994- D, 395, cita online: AR/DOC/9837/2001). Es conveniente recordar las diferencias entre los institutos que se discuten en estos autos y que suelen provocar confusiones cuando se resuelven casos como el presente.

La designación comercial es aquélla bajo la cual el comerciante ejerce los actos de su profesión, utiliza para vincularse con su clientela y distingue al establecimiento comercial o a sí mismo en sus negocios (Breuer Moreno Pedro, "El Nombre Comercial en la Legislación Argentina", Bs. As., 1929, pág. 33). Cabe recordar que la ley 3975 protegía su función de individualizar la actividad económica que desarrolla un establecimiento comercial.

La ley 22.362 acentúa la distinción entre razón social y designación comercial. La razón social constituye el nombre de las empresas el cual, en tanto sea utilizado únicamente en la esfera societaria, se encuentra protegido por la ley 19.550; la designación comercial es aquélla con la que se designa una actividad (Bertone- Cabanellas de las Cuevas, Derecho de Marcas, 2da. edición, Heliasta, Bs. As., 2003, t. II, pág. 561 y sig.), si bien puede coincidir con la razón social cuando ésta es utilizada también como designación comercial, que es lo que sucede en este litigio. El titular de una razón social no tiene por ese solo hecho, ningún derecho a usar dicha razón social como designación de una actividad (confr. Otamendi Jorge, "La Acción de Cesación de Uso de una Designación", ya citada).

El derecho de propiedad relativo a una designación se adquiere por el uso efectivo y no por la mera posibilidad de uso potencial (Fallos 260:37), que puede estar dado por las actividades previstas en el objeto social de una sociedad. En autos se ha ejercido la acción de cese de uso de una designación: como todo lo relativo a la prescripción, su curso debe interpretarse restrictivamente porque se trata de un instituto de excepción (Moisset de Espanés Luis, Prescripción, Advocatus, Córdoba, 2004, pág. 29).

Tal como ha señalado la doctrina, el art. 29 de la ley 22.362 contempla una prescripción adquisitiva que tiene la finalidad de dar estabilidad a las relaciones y a la delimitación de los derechos en los mercados, permitiendo la adquisición de derechos erga omnes a quien usa la designación comercial en forma pacífica y ostensible durante el plazo legal (confr. Bertone-Cabanellas de las Cuevas, Derecho de Marcas, obra citada, tomo II, pág. 682/683).

El plazo previsto en el artículo 29 comienza a correr desde que el tercero comenzó a utilizar la designación en forma pública y ostensible o desde que el accionante tuvo conocimiento de su uso.

Sentado ello, me interesa destacar que la apelante no demostró a lo largo de su expresión de agravios que lo aseverado por el a quo en punto a la falta de prueba

de los extremos por ella invocados, no sea cierto o no se ajusta a derecho. En efecto, se extiende en largos párrafos acerca de los desaciertos existentes en el razonamiento de su contraria pero no dedica uno solo de ellos para acreditar de manera fehaciente y concreta que la accionante sabía de la existencia de su local comercial con mucha anterioridad al 10.02.2009. Es decir, no acreditó la existencia del presupuesto que invoca como fundamento de su pretensión.

En tales condiciones, teniendo en cuenta el criterio restrictivo que debe tenerse al analizar institutos como el de la prescripción y ponderando que, tal como sostuvo el juez de grado, no se ha producido prueba alguna tendiente a demostrar que la actora supiera con mucha anterioridad al año 2009 de la existencia de la demandada, corresponde confirmar el fallo apelado en este aspecto.

V. A continuación, analizaré el agravio de la parte demandada mediante el cual critica la decisión del juez de declarar abstracto el planteo referido a la reconvención por caducidad de marca.

Cabe recordar que la decisión del juez se basó en el hecho de que el registro en cuestión se encuentra vencido y no hay pruebas en la causa de su renovación (ver considerando VI., fs. 1463 vta.).

La apelante se agravia por entender que, en función de la conducta asumida en las actuaciones por la actora, correspondía hacer lugar a la reconvención.

El agravio en examen no puede prosperar en la medida en que el mismo consiste en la mera expresión de disconformidad con lo decidido y en la declamación dogmática de cuestiones que se relacionan con la supuesta conducta seguida por la actora en el proceso pero omiten hacerse cargo del argumento concreto utilizado por el a quo para decidir de la manera en que lo hizo (art. 265 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). En efecto, es un hecho debidamente acreditado en la causa que el registro cuya caducidad perseguía la demandada perdió vigencia por encontrarse vencido. De tal manera, devenía ineluctable declarar abstracta dicha cuestión. Por ello, no cabe sino rechazar el presente agravio y confirmar este aspecto del fallo.

VI. Corresponde ahora, analizar los agravios de la parte actora mediante los cuales ataca el alcance de la sentencia dictada en la anterior instancia.

Cabe recordar que el magistrado, al analizar la acción por cese de uso de la marca "MISSONI", concluyó que correspondía hacer lugar solamente en lo que respecta a la confección de prendas y al desarrollo de prendas tejidas para diseñadores. Decisión que hizo extensiva al uso del dominio www.filatomissoni.com.ar.

Se agravia la accionante por considerar que el juez acotó el alcance de su pretensión sin exponer un fundamento jurídico que lo justifique. Al respecto, señala que demandó que se condenara a la accionada a cesar en el uso de la marca "MISSONI" para identificar hilados, hilos, lanas, tejidos, telas, confecciones y general para todos los productos de las clases 3, 9, 22, 23, 24 y 25 y/o servicios vinculados con esos productos (ver punto IV de la expresión de agravios).

Aun a riesgo de ser reiterativo, y a los fines de brindar la mayor claridad posible en la solución del presente conflicto, me interesa poner de resalto que la actora ha acreditado la titularidad que ostenta sobre la marca "MISSONI" con los registros n° 2.257.370 y n° 2.257.377 de la clase 9 del nomenclador marcario; reg. n° 2.139.267 y n° 2.139.268 de la clase 25 (como hemos visto, su registro en la clase 3 perdió vigencia).

Por otra parte, cabe destacar que la demandada posee la titularidad de la marca "MISSONI" con el reg. n° 2.383.814 de la clase 27 del nomenclador. Es importante remarcar -tal como lo hizo el juez- que la misma hace uso del signo "MISSONI" para desarrollar una actividad comercial que se relaciona con la "confección de prendas" y con el "desarrollo de prendas tejidas para diseñadores". Es decir, que el uso que le da a su marca difiere de los comprendidos en la clase en que la tiene registrada y además se superponen con los protegidos por la actora en la clase 25 del nomenclador (ver considerando V, fs. 1462 y vta.).

En este punto, no puede soslayarse lo atinente al principio de especialidad marcaria según el cual el derecho de propiedad de una marca se extiende al universo comprendido en la clase solicitada, o al conjunto de bienes y servicios de la clase a la que el peticionante voluntariamente delimitó el registro. La especialidad propiamente dicha, es la que quiere que la marca otorgue derechos sólo con relación a los bienes designados en la solicitud de registro. En otros términos, "la marca no puede registrarse para proteger, indiscriminadamente, cualquier mercadería: la marca sólo protege los artículos para los que ha sido registrada". Así, la regla es clara: los derechos exclusivos sólo se adquieren para el uso de la marca con relación a los bienes para los que ha sido registrada, y el titular no puede, en principio, oponerse al registro o uso de una marca igual o semejante destinada a distinguir artículos distintos. Sin embargo, existe una importante y justificada excepción: resulta inaplicable cuando concurren circunstancias que demuestran la posibilidad de confusión de unos productos con otros. (Bertone, Luis Eduardo- Cabanellas de las Cuevas, Guillermo, "Derecho de Marcas" Editorial Heliasta, 2da. Edición actualizada, corregida y aumentada; tomo 2, págs. 98/108).

Sobre este aspecto, considero pertinente recordar lo dicho por mi colega, Dr. Guillermo A. Antelo, en

la causa n° 2.003/08, de esta Sala con fecha 04/06/13. Allí señaló que la atenuación del principio, no implica su derogación, queriendo significar con ello que quien pretenda extender su derecho más allá de los límites objetivos que le impone su título, debe probar el cúmulo de hechos excepcionales referenciados precedentemente.

Sentado ello, la decisión brindada por el magistrado de primera instancia resulta a mi criterio la más ajustada a derecho pues brinda a la actora la protección que tiene su marca en función del principio de especialidad referido, a la vez que obliga a la demandada en los mismos términos. Es decir, le ordena cesar en todo uso que exceda los previstos en la clase en la cual la tiene registrada, esto es la clase 27 del nomenclador marcario internacional. A su vez, dispone el cese de todo uso que implique superposición con los productos protegidos por "MISSONI SPA" con sus registros.

Lo cierto es que más allá de las extensas alegaciones formuladas por la apelante en torno a la supuesta notoriedad de su marca y a la intensa explotación que de ella hace en el extranjero, no ha demostrado -siquiera remotamente- que el uso que hace de su marca en este país justifique extender su derecho más allá de los límites objetivos que le impone su título.

Coincido con el a quo en que tal solución debe hacerse extensiva respecto al uso del dominio www.filatomissoni.com.ar por cuanto la demandada deberá adecuar y limitar su uso para identificar o publicitar solo productos que tengan relación con la clase 27 en la que se encuentra registrada.

Según mi criterio, esta postura es la que corresponde adoptar también en lo referido a la designación comercial, es decir que en lo sucesivo, la accionada deberá limitar su uso para identificar o promocionar actividad comercial que esté estrictamente ligada a los productos y/o servicios que se identifican en la clase 27 del nomenclador, que es en la que tiene registrada su marca.

En función de lo expuesto, propongo a mis colegas confirmar el fallo apelado en cuanto fue materia de agravio y modificarlo sólo en lo referido al uso de la designación comercial de la demandada, la cual queda limitada en su uso para identificar o promocionar actividad comercial que esté estrictamente ligada a los productos y /o servicios que se identifican en la clase 27 del nomenclador, que es en la que tiene registrada su marca.

Las costas de Alzada se impondrán a la demandada vencida (conf. arts. 68, primera parte y 279 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Así voto.

Los jueces Guillermo Alberto Antelo y Ricardo Gustavo Recondo, por análogos fundamentos adhieren al voto precedente. Con lo que terminó el acto de lo que doy fe.

Buenos Aires, 15 de abril de 2021.

Y VISTO: lo deliberado y las conclusiones a las que se arriba en el Acuerdo precedente, el Tribunal *Resuelve:*modificar el fallo apelado sólo en lo referido al uso de la designación comercial de la demandada, la cual queda limitada en su uso para identificar o promocionar actividad comercial que esté estrictamente ligada a los productos y /o servicios que se identifican en la clase 27 del nomenclador, que es en la que tiene registrada su marca y confirmarlo en lo demás que fue materia de agravio, con costas a la demandada que resulta vencida. (arts. 68, primera parte, y 279 del Código Procesal).

De conformidad con lo establecido en el art. 279 del Código Procesal, corresponde proceder a la regulación de los honorarios de los letrados y peritos intervinientes así como también los de la mediadora.

Los jueces Guillermo Alberto Antelo y Ricardo Gustavo Recondo, dicen:

Teniendo en cuenta el mérito, la eficacia y la extensión de los trabajos realizados, las etapas cumplidas bajo la vigencia de la ley 21.839 -texto según ley 24.432- y el modo en que ha sido resuelta la causa, se establecen los honorarios de la dirección letrada y representación de la actora Dres. Gabriel Rosana Bercun, Diana Beatriz Atri y Martín Leonardo Bercun en las sumas de sesenta y nueve mil quinientos dieciséis ($69.516), ciento setenta y cinco mil novecientos cincuenta ($175.950) y un mil ($1.000) para cada uno respectivamente. Los del letrado apoderado de la demandada, Dr. Marcos Andrés Kloosterman, teniendo en cuenta también las dos primeras etapas del proceso, se fijan en la suma de pesos ciento ochenta y siete mil setecientos diez ($187.710) (conf. arts. 3, 6, 7, 9, 10, 37 y 38 de la ley 21.839 modificada por la ley 24.432).

Ponderando que las tareas correspondientes a la tercera etapa fueron realizadas bajo la vigencia de la ley 27.423, tomando las pautas allí establecidas, se establecen los emolumentos de la letrada apoderada de la parte actora, Dra. Gabriel Rosana Bercun en la cantidad de 31,77 UMA (equivalente a la suma de $122.695,74), y los del letrado apoderado de la parte demandada Dr. Marcos Andrés Kloosterman , en la cantidad de 24,30 UMA (equivalente a la suma de $93.846,60) (conf. arts. 14, 16, 19, 20, 21, 26 y 29 de la ley citada).

Teniendo en consideración la complejidad, extensión de la labor desarrollada y los montos reconocidos por el Tribunal en casos análogos, corresponde fijar los honorarios de la perito traductora, Sra. María Sol Bellazzi, a la suma de pesos treinta mil ($30.000). Los de la perito en informática, Lic. Andrea Haydee

Loiacono (por su actuación a fs. 308 y fs. 341) se establecen en la suma de pesos diez mil ($10.000). Los emolumentos de la consultora técnica, traductora pública, Sra. Laura Margarita Berti se fijan en la suma de pesos quince mil ($15.000).

Se fijan los honorarios de la mediadora, Dra. Margarita Mercedes Horane en la cantidad de 12 UHOM ($9.120) (conf. dec. 2536/15, 324/19 y 1086/19).

Por las tareas de Alzada, se regulan los honorarios de la letrada apoderada de la parte actora, Dra. Gabriel Rosana Bercun en la cantidad de 28,60 UMA (equivalente a la suma de $110.453,20), y los del letrado apoderado de la parte demandada Dr. Marcos Andrés Kloosterman , en la cantidad de 21,87 UMA (equivalente a la suma de $84.461,94) (art. 30 de la ley 27.423 y Ac. 1/2021 CSJN).

El juez Fernando A. Uriarte dice:

En lo que respecta a la regulación de honorarios en las causas marcarias, dejo a salvo mi opinión, expuesta en los procesos tramitados por ante la Sala I (ver causas n° 4806/2014 del 03.11.2020, n° 6715/2015 del 04.02.2021 y n° 4211/09 del 04.03.2021, entre otras).

Regístrese, notifíquese, publíquese y devuélvase. — *Guillermo A. Antelo. — Ricardo G. Recondo. — Fernando A. Uriarte.*

DERECHO MARCARIO

Cese de uso de marca. Medicamentos. Rechazo de la medida cautelar.

1. — Corresponde tener –en el caso- por no configurada la identidad requerida por la ley para impedir el registro de nombres, palabras y signos que constituyen la designación necesaria o habitual del producto o servicio a distinguir o que sean descriptos de su naturaleza, función, cualidades (art. 2, inc. a de la Ley 22.362). Cabe concluir que a los vocablos "PONATIB" y/o "PONANIB", por no ser idénticos al término "PONATINIB", no le caben las condiciones que fija la ley para inhibirlos de la función marcaria.

2. — El principio activo del medicamento que lleva una marca es irrelevante para alterar el estado de las cosas a proteger, pues el público en general no reconoce los productos por la naturaleza de las drogas que los componen, sino por las marcas que lo identifican

3. — Es práctica habitual -difundida desde antaño y aceptada por todos- el registro de marcas que evocan el principio o compuesto químico del medicamento, como también el registro de marcas que sugieren directamente a qué dolencia se dirige su propiedad terapéutica. Dicha realidad del mercado farmacológico argentino, y mundial, no puede ser negada a la hora de evaluar.

CNFed. Civ. y Com., sala II, 08/04/2021. - Catalysis Argentina SA c. Laboratorio Varifarma SA s/cese de uso de marca.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/20578/2021]

Expte. n° CCF 006265/2020/CA001

Buenos Aires, abril 08 de 2021.

Considerando:

I.- Que los antecedentes señalados en el escrito de inicio por la actora han sido enunciados con claridad y con riguroso detalle por el juez de grado. Los párrafos pertinentes de la resolución recurrida que hacen a ese detalle se transcriben a continuación con el objeto de integrar la presente con la relación sucinta de las cuestiones que constituyen el objeto del recurso que se trata.

(I.- CATALYSIS ARGENTINA SA se presenta y solicita el dictado de una medida cautelar a fin de que se ordene en forma inmediata a Varifarma a que cese en el uso de la designación "PONATIB" y/o "PONANIB", así como también el cese de toda publicidad y promoción por medios gráficos, digitales y cualquier otro medio que incluyan dichas designaciones o cualquiera otra confundible con la designación "PONATINIB", ello a fin de evitar que se sigan ocasionando daños actuales, inminentes y futuros.

Explica que es la compañía autorizada por el ANMAT para importar, comercializar y distribuir los productos ICLUSIG/PONATIBINIB en todo el territorio nacional. Describe la conducta reprochable y desleal de la demandada. Refiere que son empresas competidoras tanto en el ámbito nacional como internacional y que Varifarma se define en su sitio de internet como un laboratorio que ofrece al mercado farmacéutico productos de acción terapéutica que tiene presencia internacional a partir del año 2004 y que representa productos licenciados de empresas de Estados Unidos y Europa (ver sitio web http://varifarma.com.ar). Agrega que dicha circunstancia hace que la demandada conozca los productos que comercializa y en particular que el que el Ingrediente Farmacéutico Activo (IFA) "PONATINIB" fue desarrollado por un laboratorio relacionado directamente con ella.

Sostiene que la demandada en vez de respetar las buenas prácticas comerciales se empeña en utilizar PONATIB en función marcaria sin menguar que su uso indebido ocasiona riesgo de confusión y engaño en los profesionales de la salud, pacientes y consumidores.

Desarrolla la configuración de daños tanto en los profesionales como en los pacientes y en el público en general.

Concluye que la demandada deliberadamente utiliza para designar a su producto farmacéutico un nombre altamente confundible con un principio activo desarrollado por un competidor directo. Ello con el único propósito de atribuirse la titularidad de dicha droga, valiéndose de los esfuerzos e inversiones llevados a cabo por un laboratorio competidor y en un intento de obtener ventajas competitivas desdeñables tanto por el ordenamiento jurídico local como por el derecho internacional. Ello así toda vez que con su conducta pretende engañar y confundir a los médicos, a los pacientes consumidores y a las empresas competidoras del mercado, incurriendo en una violación manifiesta tanto den la normativa marcaria como en otras disposiciones previstas en diversos ordenamientos jurídicos).

III.- En su resolución, el juez de la anterior instancia, cita antecedentes de la Sala I y III que refieren a la normativa aplicable al caso de medidas cautelares en materia marcaria, en especial sobre aquellas normas que brindan al actor la posibilidad de pedir medidas cautelares cuando comienza el proceso, aún sin la audiencia del demandado. Empero, desestima el pedimento cautelar y para ello señala que la confundibilidad que se trata de evitar con la medida que aquí se peticiona no se relaciona con el uso (por el demandado) de una marca ajena (a él), como si fuera propia, o con la mención de esa marca ajena para denigrarla o hacer mella en su Causa n° 6265/2020 prestigio. En tales condiciones –concluye- en el estrecho ámbito cognitivo propio del estado inicial de este proceso no puede afirmarse, sin haber oído a la parte demandada, que la similitud denunciada revista una entidad que permita acceder a la cautelar impetrada.

IV.- Que la actora se agravia principalmente por la conclusión a la que arribó el Juez indicando: "en este estado larval del proceso, en una primera aproximación, no se encuentra acreditada "prima facie" la verosimilitud del derecho invocado".

Considera que la verosimilitud del derecho que le asiste ha quedado debidamente demostrada a lo largo de toda la demanda con el aporte de las evidencias que la acreditan, entre las cuales menciona que: a) es titular de varios registros de marcas para amparar e identificar productos farmacéuticos; b) es un laboratorio que compite directamente con el demandado; c) es la compañía autorizada por la autoridad competente para importar, comercializar y distribuir los productos ICLUSIG IFA PONATINIB en todo el territorio nacional, por lo que así pretende evidenciar su interés legítimo y legitimación activa para demandar lo aquí reclamado; d) se encuentra habilitado y autorizado por ANMAT como distribuidor e importador y comercializador del producto ICLUSIG que contiene el principio activo IFA PONATINIB; e) el producto ICLUSIG compite directamente con el producto que se encuentra utilizando la demandada Varifarma; f) que es ilícito el uso que se encuentra haciendo Varifarma de una designación altamente confundible con la designación común internacional del principio activo del medicamento, uso que se encuentra vedado por nuestro ordenamiento jurídico, y violenta directa e indirectamente los derechos de propiedad intelectual de su patrimonio.

También se agravia porque considera que el juez omitió interpretar que el articulo 50 ADPIC no se aplica únicamente para los supuestos de uso de marca ajena sin autorización o de su mención para denigrarla. Alega que de ser aplicado únicamente para los supuestos mencionados por el a quo, las previsiones del articulo 50 ADPIC devendrían abstractas e inaplicables para otros casos de infracciones marcarias como el que nos ocupa.

Afirma que el articulo 50 ADPIC se presenta como una herramienta fundamental ante actos que infringen derechos de propiedad intelectual y ante actos que infringen normativa de competencia desleal, contratos de licencia y prácticas monopólicas, cuando a través de ellos pueda surgir un daño irreparable como ocurre en el sub examen. Es por ello, afirma, que se han admitido medidas cautelares en base al artículo bajo análisis, para revocar nombres de dominios, para casos de competencia desleal, publicidad comparativa, entre otros.

Resalta que el artículo 2 ADPIC obliga a los Estados Miembros a cumplir con los artículos 1 a 12 y el artículo 19 del Convenio de París (1967) y que el artículo 10 bis del Convenio de Paris determina que: 1) Los países de la Unión están obligados a asegurar a los nacionales de los países de la Unión una protección eficaz contra la competencia desleal. 2) Constituye acto de competencia desleal todo acto de competencia contrario a los usos honestos en materia industrial o comercial. 3) En particular deberán prohibirse: i) cualquier acto capaz de crear una confusión, por cualquier medio que sea, respecto del establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial de un competidor; ii) las aseveraciones falsas, en el ejercicio del comercio, capaces de desacreditar el establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial de un competidor; iii) las indicaciones o aseveraciones cuyo empleo, en el ejercicio del comercio, pudieren inducir al público a error sobre la naturaleza, el modo de fabricación, las características, la aptitud en el empleo o la cantidad de los productos."

Manifiesta el quejoso que el Juez omitió analizar que en este supuesto que Varifarma con el uso ilícito de una designación confundible con "designaciones comunes internacionales" y "designaciones comu-

nes argentinas", no solamente infringe derechos de propiedad intelectual sino Causa n° 6265/2020 que también con su actuar infringe normas de Lealtad Comercial previstas en el Convenio de Paris además de las previsiones de la Ley de Marcas.

Insiste en sus agravios que la infractora VARIFARMA utiliza ilícitamente una designación en función marcaria altamente confundible a una designación común, conducta que se traduce en el uso desleal e indebido de la designación PONATIB en función marcaria en sus productos, prospectos, promociones, publicidades, confundible con la droga PONATINIB.

También achaca a la demandada que hace un uso desleal e indebido en la publicidad (prohibida) de los productos bajo receta de Varifarma en Internet y en redes sociales en contravención de VARIFARMA a la Ley de Marcas, las disposiciones de la Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología Médica (A.N.M.A.T.) y de la Organización Mundial de la Salud.

Por último manifiesta que denunció en autos, con posterioridad al dictado de la sentencia que rechazó la medida cautelar, que el 30 de diciembre de 2020 la A.N.M.A.T. determinó bajo Informe Técnico IF-2020-91785326- APN-DERM ANMAT que "PONATIB" resulta confundible con la designación común internacional y nacional "PONATINIB" y solicitó que Varifarma modifique el nombre comercial por otro.

V.- Que esta Cámara ha decidido en numerosas oportunidades conflictos marcarios de signos solicitados en la clase 5 y, en todos ellos, ha seguido un criterio circunstancial. Ha optado por aplicar pautas más o menos severas según la índole y empleo de los medicamentos, según la libertad con la que pueden ser comercializados, atendiendo en este caso muy especialmente al interés del público consumidor, en la medida en que está en juego un valor superior como es la salud (Sala I, causa 3154/96, de 7.12.98, entre muchas otras; en análogo sentido causa 25.696/95 y causa 1324/97del 24.4.2001; causa 550/98 del 26.6.01, según cit. antec. Sala I, causa 51.157/95 del 23/03/1999).

En ese marco contextual consideramos del caso afirmar, en este estado inicial de las actuaciones, que el principio activo del medicamento que lleva una marca es irrelevante para alterar el estado de las cosas a proteger, pues el público en general no reconoce los productos por la naturaleza de las drogas que los componen, sino por las marcas que lo identifican (confr. esta Sala II, causa 3454 del 17.7.97 y Sala III, causa n° 20.515/95 del 03/06/1999).

También es oportuno recordar que es práctica habitual -difundida desde antaño y aceptada por todos- el registro de marcas que evocan el principio o compuesto químico del medicamento (v.gr.: "cal c -vita", "acifol", "cafergot", "omeprazec", "para z mol", "ibupirac", "bayaspirina", "xiclovir", etc.), como también el registro de marcas que sugieren directamente a qué dolencia se dirige su propiedad terapéutica (por ej.: "bio- grip", "nula grip", "lactocrem bebé", "solocalm", "stress-tab", "neo bronquiterap", "espasmo dioxadol", entre muchas otras). Dicha realidad del mercado farmacológico argentino, y mundial, no puede ser negada a la hora de evaluar (esta Sala II, causa 1.589/00 del 28/04/05).

Por lo demás, el criterio jurisprudencial de esta Cámara, cuya doctrina fue y es fuente directa del Derecho de Marcas que rige a relaciones de diversas y variadas naturalezas jurídicas, con casuística infinita; sostiene que el art. 2º de la Ley Marcaria lo que veda son las palabras precisas con las que se define el producto, y no aquéllas más o menos parecidas (conf. Sala III, causa 1.713/08 del 22/09/2015). En el citado precedente el medicamento expuesto al público era "CRAVERILOL", cuyo principio activo "CARVEDIDOL" difiere de ese signo. Tal diferencia –se dijo- era suficiente para tener por no configurada a la "identidad" requerida por la ley para prohibir el registro pues el signo "craverilol" no era igual al vocablo "carvedilol". Causa n° 6265/2020

La aplicación del referido criterio conlleva necesariamente a tener –en el caso- por no configurada la identidad requerida por la ley para impedir el registro de nombres, palabras y signos que constituyen la designación necesaria o habitual del producto o servicio a distinguir o que sean descriptos de su naturaleza, función, cualidades (art. 2, a de la Ley 22.362). Entonces, a los efectos que fueron explicitados, cabe concluir que a los vocablos "PONATIB" y/o "PONANIB", por no ser idénticos al término "PONATINIB", no le caben las condiciones que fija la ley para inhibirlos de la función marcaria.

VI. Que lo aquí dicho no debe entenderse como pauta para la solución a todas las cuestiones que plantea la actora en su demanda, pues el cotejo ahora efectuado entre signos es necesario para el tratamiento de un pedido anticipatorio como el dictado de una medida cautelar con efectos latentes sobre el público en general. Empero no resuelve otros temas como la falta de lealtad comercial atribuida a la conducta del demandado cuya comprobación requiere, ahora sí, de prueba suficiente, la que debe ser producida en el contexto de un debido contradictorio planteado y dado en tipo de proceso de conocimiento con reglas tan específicas como las que rigen en nuestro Código Adjetivo.

Por ello, esta Sala, *Resuelve:*Desestimar el recurso y confirmar, por los argumentos dados, el rechazo de la medida cautelar.

El Dr. Eduardo D. Gottardi no suscribe en virtud de hallarse en uso de licencia (art. 109 del R.J.N.).

Regístrese, notifíquese y devuélvase. — *Alfredo S. Gusman. — Ricardo G. Recondo.*