

Doctrina

Sobre el concepto de sociedad y sus elementos esenciales



Tomás M. Araya

Abogado (Universidad Nacional de Rosario). Master en Derecho Empresario con honores, (Universidad Austral). Master en Leyes (New York University). Profesor Adjunto Interino (Universidad de Buenos Aires). Profesor de posgrado en Universidad Austral y Universidad Católica Argentina.

SUMARIO: I. Libertad contractual y disciplina aplicable.— II. Contratos asociativos y sociedad.— III. Elementos esenciales del concepto de sociedad.— IV. Los elementos esenciales de la sociedad en la Ley General de Sociedades.— V. Conclusiones.

I. Libertad contractual y disciplina aplicable

La libertad contractual comprende la atipicidad: cualesquiera figuras nacidas de pactos lícitos —nos dice Girón Tena— son válidas (1). Pero —como bien señala dicho autor— la validez no elimina el problema: para llenar lagunas del sustrato fáctico bajo el cual uno o más sujetos llevan adelante determinadas conductas o bien para aplicar ciertas normas que el ordenamiento jurídico considera como imperativas, hay que “saber cuándo se está fuera o antes de una figura y cuándo se está dentro de ella” (2). O, desde otro

ángulo, de terminar la “disciplina aplicable” (es decir, las consecuencias jurídicas) a las relaciones —internas y externas— derivadas de los compromisos adquiridos (3).

En ese marco, la búsqueda de un concepto único de sociedad exige identificar los elementos mínimos y esenciales de la sociedad —que estarán presentes en todos los tipos societarios— con el objetivo de determinar cuándo estamos (y cuándo no) ante una sociedad (4).

La utilidad e importancia de la tarea radica precisamente en que una vez identificados dichos elementos esenciales (y solo entonces) podrá aplicarse el régimen general que el ordenamiento jurídico prevé para las relaciones asociativas que llegan a configurar una *sociedad*, debiendo respetarse —como en toda relación contractual— la autonomía de la voluntad para aquellas relaciones asociativas que no constituyen sociedad. Claro está, es en el ámbito de las relaciones asociativas/societarias informales, es decir, fundamentalmente las no inscriptas donde tenderán a darse las situaciones “grises”, que requerirán la indagación sobre la presencia (o no) de dichos elementos esenciales (5).

La tarea —obviamente— tiene una utilidad relevante cuando se analizan ordenamientos en los que la regulación de uno y otro sistema (el societario y el asociativo/contractual) difieren en forma significativa o, para ser más precisos, cuando estamos ante un ordenamiento cuyo régimen societario desconfia de (o incluso, no reconoce) la autonomía de la voluntad para regular las relaciones societarias informales, tal como ocurrió en nuestro país a partir de 1972 con la sanción de la ley 19.550 de Sociedades Comerciales (6), fundamentalmente en lo que hacía al régimen de las sociedades no constituidas regularmente (de hecho o irregulares) (7) y a las atípicas (8).

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) GIRÓN TENA, José, “Derecho de sociedades”, Madrid, 1976, p. 25. Por supuesto, esta afirmación no desconoce que la libertad contractual tiene límites y que para el derecho contractual (y muy especialmente, para el derecho societario) ubicar dichos límites o contornos ha sido siempre el principal problema. Para esta problemática, ver en el derecho comparado, FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, Luis, “La atipicidad en derecho de sociedades”, Pórtico, Zaragoza, 1977, p. 320; en nuestro derecho, respecto de la autonomía de la voluntad son de lectura necesaria los trabajos de CABANELLAS (h.), Guillermo, “Función económica del derecho societario”, RDCO 1989 279; y ROTHENBERG, Mónica, “Autonomía de la voluntad y sociedades de capital”, Astrea, Buenos Aires, 2019.

(2) GIRÓN TENA, ob. cit., p. 25.

(3) PAZ-ARES, Cándido, “Ánimo de lucro y concepto de sociedad” en “Derecho mercantil de la Comunidad Económica Europea. Estudios en homenaje a José Girón Tena”, Civitas, Madrid, 1991, p. 744. Como bien señala Fernández de la Gándara, la tarea —en definitiva— requiere analizar los distintos “acontecimientos de la vida real” (supuestos de hecho singulares) para determinar si pueden ser ordenados dentro de las figuras de contenido abstracto-general existentes, a fin de aplicarles su particular disciplina y consecuencias jurídicas (FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA Luis, “La atipicidad...”, ob. cit., p. 215,

nota 48). En nuestro derecho, en el mismo sentido, ver REZZÓNICO, Juan Carlos, “Contrato. Concepto y tipo”, LA LEY, 1985-B, 930.

(4) Ya Vélez Sarsfield se planteó el problema de determinar el tipo de relación jurídica en el recordado ejemplo de los dos vecinos que comparten el uso de un buque: “Suponed, dice, que dos vecinos, cada uno de los cuales no tiene sino un buque, convienen que el uno se lo preste al otro durante una semana para trabajar su campo, y que este último le dará el suyo a su turno la semana siguiente. Esta convención no es un alquiler, porque el precio no es dinero; no es tampoco un préstamo porque tal contrato no es a título gratuito de una y otra parte; tampoco es un cambio porque la propiedad no es traspasada; ni sociedad, porque el convenio es hecho en mira de intereses distintos y separados. Sería un contrato innominado” (nota al artículo 1143 Código Civil).

(5) Sin embargo, al menos en actualmente nuestro país, el efecto de la inscripción no sana ni modifica la esencia de la relación jurídica. Recordar que el artículo 5 de la ley 26.005 disponía que un contrato de “consorcio de cooperación” no inscripto “... tendría los efectos de una sociedad de hecho”, norma que fue objeto de importantes críticas y no fue trasladada junto con los otros artículos cuando la regulación sobre el consorcio de cooperación pasó al Código Civil y Comercial (arts. 1470 y ss.). Una posición contraria a la de este artículo puede verse

en SALVOCHEA, Ramiro, “Réquiem a la tipicidad societaria”, quien sostiene que “... las sociedades carecen de toda realidad empírica, y solo son tales porque el derecho así las define” (XIII Congreso Argentino de Derecho Societario, IX Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Advocatus, Mendoza, 2016, t. II, p. 993).

(6) Una crítica a dicha normativa puede verse en ETCHEVERRY, Raúl, “Sociedades irregulares y de hecho”, Astrea; 1981 y en LE PERA; “Principio y dogma en la ley de sociedades comerciales”; LA LEY, 1980-A; 750.

(7) En nuestro derecho, la asociación societaria estaba limitada en virtud del artículo 30 de la ley 19.550, que prohibía a las sociedades anónimas ser parte de cualquier otro tipo social distinto de la S.A., a lo que se sumaba la caracterización del negocio en participación como una “sociedad”, aun cuando de manera expresa la propia LSC señalaba que la misma carecía de “personalidad jurídica” y la sanción de nulidad de las sociedades atípicas del art. 17 LSC. Esta situación de animosidad hacia las modalidades societarias no regulares fue en cierta forma atemperada en 1983 con la sanción de la ley 22.903 que incorporó un régimen de regularización, pero continuó hasta el año 2015 con la ineficacia de “los derechos ...nacidos del contrato social” entre los propios socios ante una sociedad no constituida regularmente (Art. 23, ley 19.550: “La sociedad ni los socios podrán inocular respecto de cualquier tercero ni entre sí, derechos

o defensas nacidos del contrato social pero la sociedad podrá ejercer los derechos emergentes de los contratos celebrados”). Previamente a la reforma, la situación era la que agudamente describe Palmero: “En nuestro país el problema se ha vivido de manera muy aguda lo que la doctrina dio en llamar el ‘fantasma de la sociedad de hecho’; sobre todo en la década del setenta, cuando se puso sobre el tapete los llamados ‘contratos de explotación de riesgo petroleros’ que vehiculizaban acuerdos de colaboración entre empresas en miras a la obtención de este producto, circunstancia que abrió un importante debate en torno a si esa relación de organización disparaba automáticamente —y más allá de la intención de los contratantes—, la creación espontánea de una sociedad irregular o de hecho con todas las consecuencias que de ella se infieren, tanto relativas a la administración como así al régimen de responsabilidad de estas entidades de facto.” (PALMERO, Juan Carlos, “Relaciones entre contrato y personalidad” en *Derecho económico empresarial. Estudio en homenaje al Dr. Héctor Alegria*, La Ley, 2011, t. II, p. 1343). Ver sobre esta problemática el muy complejo análisis de RAMÍREZ BOSCO, Lucas, “Las sociedades de hecho y su efecto absorción”, LA LEY, 2009-A, 1098, TR LALEY AR/DOC/3006/2008.

(8) Hasta el año 2015 en que se sancionó la ley 26.994, la Ley de Sociedades Comerciales consideraba a las sociedades “atípicas” como nulas (art. 17). Una crítica a

Nota a fallo

Responsabilidad del fabricante de automotores

Defecto del automotor que disminuye la vida útil del motor. Devolución del rodado a cambio del importe conforme el precio actual en plaza del vehículo. “Recall” emitido por la demandada. Presunción de la falla. Tasa activa de interés. Rechazo del daño moral y del daño punitivo. Inaplicabilidad de la ley 24.240.

CNCom., sala A, 04/08/2021. - Arévalo, Mabel Graciela c. FCA Automobiles Argentina S.A. s/ Ordinario. 5

El recall, obligaciones expresas e implícitas de nuestra normativa

Marcelo C. Quaglia

Jurisprudencia

Privación ilegítima de libertad

Hurto. Amenazas coactivas. Delitos cometidos contra la ex pareja del imputado. Condena. Imposición de reglas de conducta.

TOral Crim. Nro. 1, 17/09/2021. - D., F. G. c. L., F. s/ Privación ilegal de libertad (art. 144 bis inc. 1). 8

Empleo público

Incumplimiento contractual. Competencia. Lugar donde se prestaban servicios.

CNFed. Contencioso-administrativo, sala III, 25/08/2021. - Freiberg, Zulema Teresa c. EN-Ministerio de Salud y Desarrollo Social y otro s/ empleo público. 11

Suspensión del tratamiento del recurso de apelación

Apelación de multa confirmada por la sentencia de primera instancia. Posterior dictado de la ley 27.541. Posibilidad de gozar del beneficio de condonación de la sanción. Remisión de las actuaciones al Juzgado de origen.

CFed. La Plata, sala I, 25/08/2021. - M. S. S. 6 S.C.S. s/ Inf. Art. 40 - Ley 11.683. 11

Desde 2015, con la entrada en vigencia en nuestro país del Código Civil y Comercial, el análisis teórico-conceptual pareciera tener una menor utilidad (y, por ende, generar un menor interés) atento a las acertadas modificaciones incorporadas por dicho cuerpo normativo. En efecto, se flexibilizó el artículo 30 LGS y se ratificó el principio de la autonomía de la voluntad para regular las relaciones asociativas no societarias, otorgando —a los fines obligacionales— igual rango jurídico a las figuras “típicas” y las “atípicas” (art. 1446) (9). Adicionalmente, se modificó sustancialmente la regulación de las sociedades de hecho o irregulares con la finalidad de incorporar un marco flexible y amigable que diera también cabida a las sociedades atípicas, que —en esencia— también se orientó correctamente hacia un mayor respeto de la autonomía de la voluntad en la faz interna (10).

En efecto, en la actualidad nuestro derecho reconoce de manera expresa la primacía de la autonomía de la voluntad en aquellas relaciones de organización asociativas que no constituyen sociedad (11) y también reconoce —como regla general y con razonables limitaciones— la primacía de dicho principio en la faz interna de aquellas relaciones asociativas informales (no inscriptas) que sí constituyen sociedad (12).

Esta situación podría equivocadamente llevar a sostener la falta de utilidad de la tarea de indagar los elementos esenciales de la sociedad, ya que —finalmente— ambos caminos llevan, con sus matices, a la autonomía de la voluntad.

Ello no sería a mi entender correcto por diversas razones. En primer lugar, si bien se ha avanzado en el derecho societario hacia el respeto de la autonomía de la voluntad (y es de esperar que esta tendencia, con la que estoy de acuerdo, continúe), existen características propias del régimen societario generador de una persona jurídica que interactúa con terceros, que justifican ciertas limitaciones a dicho principio. Es decir, siempre en el ámbito contractual el respeto de la autonomía de la voluntad será mayor que en el ámbito societario, en el cual es natural que existan limitaciones fundamentalmente vinculadas con la actuación común exterior de la sociedad y su vinculación con terceros.

dicho régimen puede verse en ALEGRIA, Héctor, “Replanteo de la nulidad por atipicidad societaria”, La Ley, Acad. Nac. de Derecho 01/01/2008, 1; sobre el tema ver SAGGESE, Roberto M. A., “Nulidad de sociedades constituidas en violación al principio de tipicidad”, RDCO 35, 2002, p. 367 y ss.

(9) Al describir las disposiciones generales de los contratos asociativos (capítulo 16, título IV —Contratos en particular— del libro tercero “Derechos personales” del Código Civil y Comercial), el artículo 1446 ratifica el principio de la autonomía de la voluntad “Además de poder optar por los tipos que se regulan en las Secciones siguientes de este Capítulo, las partes tienen libertad para configurar estos contratos con otros contenidos”.

(10) Sobre el tema, además del trabajo de ROTHENBERG, ob. cit., ver DUPRAT, Diego, “La autonomía de la voluntad en el diseño de los estatutos sociales”, LA LEY 12/12/2013, 1, TR LALEY AR/DOC/3886/2013; y BALBÍN, Sebastián, “Sobre la autonomía de la voluntad como eje del nuevo sistema societario”, TR LALEY AR/DOC/11/2020. La nueva normativa fue en general bien acogida, aunque se levantaron voces contra la eliminación de la responsabilidad solidaria para los socios de estas sociedades residuales. Puede verse, ROITMAN, Horacio; AGUIRRE, Hugo; CHIAVASSA, Eduardo, “Las sociedades en el Código Civil y Comercial de la Nación”, Sup. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial 2014 (noviembre), TR LALEY AR/DOC/3841/2014 y, en una posición crítica a la reforma, NISSEN, Ricardo A., “Reflexiones en torno a las sociedades incluidas en la sección IV de la ley 19.550, las sociedades por acciones simplificadas y el futuro del Derecho societario argentino”, LA LEY, 2019-E, 1105, TR LALEY AR/DOC/2502/2019. El Proyecto del 2019 avanza inclusive más en este sentido al proponer la incorporación del siguiente párrafo en el artículo 1 LGS:

En segundo lugar, el tema sigue siendo esencial en aquellos ordenamientos —como el nuestro— en que se reconoce personalidad jurídica a todas las sociedades, no solo a las formalmente registradas, por el evidente efecto que produce en terceros la personalidad jurídica que se genera con la aparición de una sociedad, lo que —para aquellas sociedades informales no inscriptas— requiere obviamente contrastar la presencia (o no) de aquellos elementos esenciales que precisamente configuran una sociedad (13).

Finalmente, siempre será importante identificar los elementos esenciales de toda figura jurídica, ya que ello tiene relevancia práctica, entre otras cuestiones, para la aplicación de la analogía o los principios generales a situaciones no reguladas expresamente o, incluso, para ver si el ordenamiento jurídico acierta al indicar los elementos configuradores de un determinado concepto.

II. Contratos asociativos y sociedad

Debemos al proyecto de unificación civil y comercial del 1987 la propuesta de incorporar una regulación sobre contratos asociativos a nuestro ordenamiento, que fue luego sistematizada en el Proyecto de 1993 y, fundamentalmente, en el de 1998 (14).

La figura del contrato asociativo surge como superadora de la figura del contrato de plurilateral de organización e incluye tanto a los contratos plurilaterales personificantes (asociación, sociedad) como a los no personificantes (como “joint ventures” contractuales o los “típicos” en nuestro derecho: unión transitoria, agrupación de colaboración o consorcio de cooperación) (15).

Se los ha definido como aquellos en el cual dos o más partes acuerdan [realizar determinados actos] para obtener con esfuerzos o medios comunes, una finalidad común (16). Su función no se agota con el cumplimiento de las prestaciones a cargo de las partes. En los contratos asociativos, explica Richard, existe una comunidad de fin, de modo que las partes actúan en un plano de coordinación y compartiendo un interés (o finalidad) común (17).

El Código Civil y Comercial no los define de manera expresa, optando por disponer

“Principios aplicables a las sociedades. El contrato social, el estatuto, sus modificaciones y las resoluciones de los órganos sociales, se rigen por el principio de la autonomía de la voluntad, en tanto no contradigan normas imperativas de esta ley”.

(11) Artículo 1447 Cód. Civ. y Com: “Aunque la inscripción esté prevista en las Secciones siguientes de este Capítulo, los contratos no inscriptos producen efectos entre las partes”.

(12) La ley 26.994 —que sancionó el Código Civil y Comercial— dejó sin efecto la norma que declaraba ineficaz los “los derechos ... nacidos del contrato social” entre los propios socios ante una sociedad no constituida regularmente (art. 23, ley 19.550). Actualmente, tanto el artículo 22 como el 23 de la ley 19.550 consagran la eficacia del contrato social y de las cláusulas relativas a la representación, la administración y las demás que disponen sobre la organización y gobierno de la sociedad, respectivamente, entre los socios.

(13) Precisamente, esto es lo que ocurre en nuestro derecho en que las normas del capítulo 16 del título IV (“Contratos asociativos”) se aplican a todo contrato de colaboración o asociativo que no sea sociedad.

(14) Si bien el Proyecto del 87 incorporaba el tema, las normas propuestas tenían un contenido diferente al finalmente adoptado por el Código Civil y Comercial sancionado, que se basan más en la regulación propuesta por la llamada Comisión Federal del año 1993, que fue base del Proyecto del año 1998 y del actual Código Civil y Comercial (ver ARAYA, Miguel, “Contratos asociativos”, en “Contratos y sociedades en el proyecto de código civil y comercial”, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, 2013).

(15) ARAYA, Miguel, ob. cit., p. 6.

(16) *Ibidem*, p. 8.

que serán aplicables las disposiciones del capítulo donde los regula [precisamente intitulado “Contratos asociativos” (18)] a todo contrato de colaboración, de organización o participativo, con comunidad de fin, que *no es sociedad* (art. 1442).

Nuevamente, entonces, el problema está en determinar si una determinada relación de organización asociativa es o no sociedad, ya que de tener dicho carácter estaremos fuera del mundo contractual (19). Tal como señalé más arriba, la conceptualización en nuestro derecho de la sociedad simple o de hecho como sociedad es lo que precisamente genera el problema.

Veamos, pues, los elementos esenciales de los contratos asociativos.

En primer lugar, nos dice Palmero (20), aparece la *finalidad común*, generadora de una “convergencia de conductas” que “... se traducen en prestaciones coadyuvantes, orientadas hacia un fin común”. Esta característica viene a ser el rasgo distintivo de estos contratos frente a los contratos de cambio, en los que las partes están enfrentadas y el mayor beneficio para uno determina normalmente un menor beneficio para el otro. En este tipo de contratos, explica Manóvil, “...la causa fin del contrato no es ya la contraprestación de la otra parte, sino la actividad colaborativa, cooperativa o de coordinación” (21).

En segundo lugar, el fin común y la existencia de una serie de conductas orientadas hacia dicho fin requiere una *organización*, que coordina y unifica las diferentes prestaciones de índole material o personal que se orientan hacia la consecución del fin común (22). Esta organización que podrá ser muy tenue —como normalmente ocurrirá en el negocio en participación— no deberá en aquellos contratos en que tenga un mayor desarrollo (como las AC o UT) posibilitar la interacción con el mundo exterior de uno de sus miembros en “representación” de un nuevo sujeto en el cual confluyen todos los miembros, ya que en este caso habremos ido más allá del contrato asociativo para llegar a la sociedad (23).

En tercer lugar, el contrato asociativo presupone el desarrollo de una actividad

(17) RICHARD, Efraín Hugo, “El Código Civil y Comercial y contratos asociativos. Negocio en participación y agrupamiento de colaboración”, Sup. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Contratos en particular 2015 (abril), TR LALEY AR/DOC/1054/2015. Ver también LORENZETTI, Ricardo, “Contratos asociativos y de colaboración, elementos para una calificación”, V Congreso Argentino de Derecho Societario, I Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Huerta Grande, Córdoba, 1992.

(18) Capítulo 16 (arts. 1442 a 1478), aunque las normas aplicables a todo contrato asociativo son las disposiciones generales (arts. 1442 a 1447).

(19) Un muy completo análisis de esta problemática puede verse en CESARETTI, María y Oscar Daniel, “Los contratos asociativos en la unificación”, *Revista del Notariado* 920, 01/02/2016, 33, TR LALEY AR/DOC/2307/2016.

(20) PALMERO, Juan Carlos, “Relaciones entre contrato y personalidad” en *Derecho económico empresarial. Estudios en homenaje al Dr. Héctor Alegria*, La Ley, t. II, p. 1374 y ss.

(21) MANÓVIL, Rafael M., “Contratos de colaboración y sociedad” en ETCHEVERRY, R., CHOMER, H. y GENOVESI, L., “Derecho comercial y de los negocios”, Eudeba, Buenos Aires, 2007, t. I, p. 101 y ss.

(22) “... todo negocio asociativo presupone necesariamente, la presencia de una organización, que reviste esta característica en función de la finalidad del negocio y que a la postre, todos estos elementos se subsumen y armonizan en miras a un mejor y más eficiente resultado del proyecto compartido” (PALMERO, Juan Carlos, ob. cit., p. 1376). Ver sin embargo la posición de Cabanellas que, refiriéndose al concepto de sociedad, critica que se considere a la “organización” como un elemento esencial de

común, orientada a la consecución del fin común. Dice Palmero: “... el negocio asociativo, al estar sustentado en base a una organización, actúa ineludiblemente a través de una multiplicidad de actos independientes de la más diversas especies, los que considerados en conjunto y con relación al fin, dan lugar claramente a la presencia y desarrollo de una verdadera actividad común...” (24). Esta actividad común o coordinada no deberá generar una actuación común externa, ya que en este caso estaremos saliendo de la figura del contrato para caer en la sociedad.

Finalmente, también como una derivación de la *organización*, existirá una *estabilidad o permanencia temporal* propia de este tipo de contratos, que se diferencian de los actos aislados propios de los contratos de cambio (25).

III. Elementos esenciales del concepto de sociedad

III.1. Al ser la sociedad (en sentido estricto) una “especie” del “género” de los contratos asociativos, no nos puede extrañar que cuando la doctrina describe los elementos esenciales de la sociedad mencione a los indicados para los contratos asociativos. Veremos, sin embargo, que si bien hay una raíz común, existen también importantes diferencias.

Girón Tena identifica los siguientes elementos mínimos (es decir, esenciales) del concepto: manifestación externa, patrimonio común, durabilidad y un fin económico común (26). Junto con dichos elementos, aunque no como elemento configurador, sino como derivación lógica del concepto de sujeto de derecho de la sociedad, corresponde agregar —en nuestro derecho, que reconoce personalidad jurídica a todas las sociedades— el de “centro de imputación diferenciada” (27).

En nuestro derecho, Anaya —en su recordada tesis doctoral sobre la “sociedad accidental o en participación”— menciona la participación en las ganancias y pérdidas (que representa la causa del contrato) y la aportación para el fondo común como las “notas caracterizantes” de la sociedad. Más adelante agrega la exteriorización

la sociedad (CABANELLAS, Guillermo, “Introducción al derecho societario”, Parte General, Heliasta, Buenos Aires, 1993, t. I, p. 203)

(23) La cuestión del régimen legal aplicable (societario o contractual) a un contrato de colaboración inscripto que excediera su naturaleza contractual es harto compleja. Ver OTAEGUI, Julio C., “Informalidad y exorbitancia en los contratos de colaboración empresaria”, ED t. 152, p. 917 (sosteniendo que la inscripción registral no incidiría en la verdadera naturaleza ni alteraría los correspondientes efectos).

(24) PALMERO, Juan Carlos, ob. cit., p. 13. Como se describe más adelante (punto III), en aquellos casos en que esta actividad se manifiesta hacia el exterior de manera común, surgirá la “actuación común externa” que implicará la personificación del negocio asociativo, dando nacimiento —de existir los restantes elementos configuradores— a la sociedad.

(25) *Ibidem*, p. 1383. En el trabajo que estamos siguiendo, Palmero agrega el centro de imputación diferenciada para aquellos contratos asociativos con personalidad, es decir la sociedad.

(26) GIRÓN TENA, ob. cit., p. 26. Más adelante, explica que “la generalidad de un concepto es tanto mayor cuanto menos sean los requisitos o elementos que se le piden”, describiendo los elementos esenciales de la sociedad en sentido “amplio” y luego distinguiendo entre sociedad en “sentido estricto” y asociación (GIRÓN TENA, ob. cit., p. 29).

(27) Richard enuncia los siguientes elementos esenciales de la sociedad en sentido estricto: “a. la manifestación externa; b. la constitución de un patrimonio común o autónomo; c. la durabilidad; d. el carácter económico, además de común, del fin, para distinguirla de la asociación; e. actividad u origen negocial; f. organización o for-

del vínculo (28), es decir, la manifestación externa común mencionada por Girón, y —como el maestro español— tampoco considera como elemento esencial a la *affectio societatis* (29).

Como se explica más abajo, el principal elemento (el “fin común”) muestra aquí una cualidad de mayor integración que en el mundo asociativo contractual, que da lugar a la “comunidad de riesgo”; se mantiene la “durabilidad” —que Palmero llama “estabilidad o permanencia temporal”—; la “actividad común” también avanza hacia una “manifestación externa común o conjunta” generando un “fondo común” (30) y finalmente, ante el reconocimiento de la sociedad por la presencia de dichos elementos configuradores, surge la imputación diferenciada normativa que da lugar a la personalidad jurídica.

III.2. En su aspecto societario, el “fin económico común” se traduce en una “solidaridad de intereses de los socios” con la actividad social. Todos los socios deben contribuir a la obtención del fin social acordado y todos gozarán (o sufrirán) los resultados. Este elemento es sin dudas el principal de los elementos esenciales: “no hay duda, en la doctrina de todos los países, acerca de que la nota peculiar de la Sociedad es la índole común del fin y su promoción por los socios” (31).

La idea central en la sociedad, dice Girón Tena, es la solidaridad (comunidad) de intereses de los socios con el fin u objeto social, lo que implica que todos contribuyan a su obtención, que a todos los afecten los resultados y que, de una u otra manera, todos puedan exigirse que sea así (32).

Aparece así, como un aspecto ineludible de este elemento esencial, la “comunidad de riesgo”: “hay ya sociedad con la plena comunidad en lo favorable y adverso y con la contribución al fin común”, nos dice Girón

Tena refiriéndose al concepto “amplio” de sociedad (33).

En palabras de Manóvil: “En la sociedad ... hay un riesgo común y, consecuentemente, un destino común, porque la calidad genérica de los derechos de todos es igual y porque aquel riesgo depende de la gestión también común del patrimonio formado por los aportes puestos en común, [existiendo así] ... un interés común”; “... aquel interés común derivado del riesgo y de la vocación a soportar las pérdidas y a participar de las utilidades, fundamento de la igual calidad de derechos, forma parte de la causa-fin de la sociedad” (34).

El hecho de ser parte de una sociedad no implica que cada socio debe dejar de perseguir su mejoramiento individual, lo que sucede es que cada socio obtiene dicha mejora a partir (y a través) de su participación en la sociedad. Se dice, por ello, que los socios “corren en conjunto el riesgo empresario”, lo que precisamente genera la comunidad de riesgo.

Sobre este primer elemento de “fin común”, se discute si el fin debe necesariamente ser lucrativo, económico o si puede aceptarse un concepto más amplio. En nuestro derecho, en su recordado artículo sobre el concepto de sociedad analizando el proyecto de lo que luego sería la ley 19.550, Halperín propuso una interpretación amplia del concepto, a fin de permitir la constitución de sociedades con el objeto de investigación técnica o experimentación de nuevos procedimientos en beneficio de los socios (35).

En el derecho español, Paz-Ares —siguiendo a Girón Tena (36) y la doctrina germanica, donde prima el concepto “amplio” de sociedad— sostiene que se debe construir el concepto de sociedad sobre “... bases estructurales, como un fenómeno organizativo neutral e independiente de la índole o

naturaleza del fin”, prescindiendo del requisito del fin lucrativo (37).

En nuestro derecho, inclusive y desde el año 1972, se permite que la asociación adopte la “forma de sociedad” para desarrollar su objeto (38) —y por ende quede regulada por la Ley General de Sociedades pese a tener un objeto de bien común y sin fines de lucro (39)—, que se justifica solo si aceptamos que la sociedad es una técnica de organización (40).

Desde un punto de vista teórico, la no inclusión de un fin lucrativo o económico como el fin u objeto de la sociedad nos genera complicaciones para diferenciar entre sociedad y asociación e inclusive para distinguir cuál es el género y cuál la especie, tal como puede leerse en las obras clásicas (41). Esta última discusión puede considerarse superada en nuestro derecho, al aceptar como género a los contratos asociativos (42) y como especies los distintos contratos de organización “personificantes” (sociedad, asociación) o no “personificantes”, innominados (*joint ventures*) o nominados (negocio en participación, UT, AC, consorcio de cooperación).

Respecto a las diferencias entre asociación y sociedad, y más allá de la amplitud del concepto de sociedad y lo que prevé el art. 3 LGS, en la asociación deberá siempre primar un fin desinteresado (en sentido no lucrativo), no utilitario, tendiente al bien común. Los eventuales “beneficios” que genere la actividad de la asociación nunca podrán distribuirse a los socios, como en la sociedad. Inclusive en caso de que se constituya como una sociedad, la asociación no modificará su sustancia y por ende podrá incorporar cláusulas que normalmente no serían admisibles en un estatuto de sociedad (43).

III.3. El elemento de la *manifestación externa* deviene también esencial. La actividad común o coordinada del negocio asociativo

deberá generar una *manifestación o actuación externa* que actúe —a través de la organización jurídica— en el mundo exterior dando así surgimiento a un nuevo sujeto en cuyo resultado participarán todos sus miembros (socios).

La *manifestación externa* es un elemento esencial para la configuración de una sociedad, de acuerdo al concepto aceptado en nuestro derecho. Es precisamente la ausencia de esta *manifestación externa* la que quita el carácter societario —en sentido estricto— al hoy denominado negocio en participación (antes, “sociedad accidental o en participación”). En nuestro derecho, este tipo de “sociedad interna” no es sociedad en sentido estricto, fundamentalmente por su falta de exteriorización a terceros y existir solo en el ámbito interno. El otro argumento que también se utiliza (“no es sociedad por no ser persona jurídica”) no es correcto, ya que de lo que se trata es precisamente de discernir si es o no sociedad. Si estuvieran reunidos los elementos esenciales de la sociedad, incluyendo justamente el que no está presente —el de la manifestación externa— sería sociedad y tendría personalidad jurídica (44).

Por estas razones, desde hace largos años ya la doctrina (45) venía sosteniendo el carácter contractual de la “sociedad accidental o en participación”, lo que finalmente quedó consagrado con la sanción de la ley 26.994, que modificó su denominación —adoptando el de “negocio en participación”— y trasladó su regulación del ordenamiento societario al contractual, junto con los restantes contratos asociativos (46).

3.4. El “patrimonio común” o, para ser más precisos, “propio” que se forma con los aportes de los socios es esencial para que estemos ante una sociedad. Para Girón Tena no será necesario que dicho patrimonio esté efectivamente separado del de los socios, sino que alcanzará con que estén sometidos

ma organizada; g. reconocimiento legal de personalidad; h. que se agregan, obviamente, al fin u objeto común” (RICHARD, Efraín Hugo, “El Código Civil y Comercial y contratos asociativos...” ob. cit. y también en “Ensayo en torno al concepto sociedad y principios societarios”, en “Anomalías societarias”, Advocatus, Córdoba, 1992, ps. 11 a 35). No veo diferencias con la descripción propuesta por Girón que menciono en el cuerpo del artículo, ya que el elemento d) (*fin económica común*) se engloba con el h) (*fin u objeto común*) y el a) (*manifestación externa*) con el e) (*actividad un origen negocial*)

(28) “En definitiva existen argumentos bien fundados para sostener que ... no puede haber sociedad sin exteriorización del vínculo” (ANAYA, Jaime L., “Sociedades accidentales o en participación”, Editorial Cangallo, Buenos Aires, 1970, p. 147).

(29) ANAYA, Jaime L., “Sociedades accidentales o en participación”, ob. cit., p. 101 y especialmente, p. 133. Por su parte Richard ha dicho que “... para que exista sociedad en el derecho argentino (sentido estricto) debe existir una relación de duración, exteriorizada, con pluralidad de personas, de origen negocial, con aportes que constituyan un patrimonio separado del de los socios (principio de división patrimonial), con una organización diferenciada aunque fuere mínima y actuando en “forma organizada” conforme las figuras reconocidas que permitan contraer derechos y obligaciones imputables diferencialmente a ese patrimonio autogestante, a través del cual los socios podrán pretender se generen utilidades y se distribuyan, soportando el riesgo conforme a la forma jurídica, conforme al criterio del art. 1º LGS”. (RICHARD, Efraín Hugo, “El Código Civil y Comercial y contratos asociativos...”, ob. cit., p. 3). Actualmente, el elemento de la pluralidad de personas no es ya esencial.

(30) Incluso para Fernández de la Gándara “... el patrimonio no es presupuesto sino consecuencia, ciertamente no necesaria, de la actividad común que constituye el elemento identificador propiamente dicho” (FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, Luis, “La atipicidad en derecho de sociedades”, Pórtico, Zaragoza, 1977, p. 320).

(31) GIRÓN TENA, ob. cit., p. 40. Sin embargo Fernández de la Gándara sostiene que la posición central en la identificación de las figuras (elementos) societarias co-

rresponde a la “actividad común”, “... la que resulte más adecuada para designar el fenómeno de la “solidaridad de intereses de los socios en el fin u objeto sociales” (FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, Luis, “La atipicidad...”, ob. cit., p. 315). Ambos elementos, dice este autor refiriéndose a la actividad común y al fin común, integran una “realidad conceptual única”.

(32) GIRÓN TENA, ob. cit., p. 40

(33) Ibídem, p. 41

(34) MANÓVIL, Rafael M., “Contratos de colaboración y sociedad”, ob. cit., p. 116.

(35) HALPERÍN, Isaac, “El concepto de sociedad en el proyecto de ley de sociedades comerciales”, RDCO, 2, p. 265 y ss. La posición de Halperín fue posteriormente incluida en la exposición de motivos de la ley 19.550 “... se exige que las sociedades persigan la producción o intercambio de bienes o servicios. En este sentido, la Comisión estimó prudente hacerse eco de las críticas que en el derecho italiano se hicieron a la fórmula ‘actividad económica’ en mérito a que esta, si bien implica una actividad patrimonial, no significa necesariamente la finalidad de lucro. Por otro lado, la locución adoptada obvia todo problema cuando la actividad no sea productiva en sentido económico, como sería el caso de las sociedades constituidas por la mera administración o conservación de bienes o para la investigación técnico-industrial”. Ubicando el lucro como un elemento esencial, el artículo 1648 del Código Civil hablaba de “utilidad apreciable en dinero que dividirán los socios entre sí”.

(36) Girón Tena señala que si optamos por un concepto amplio de asociación-sociedad —como género—, sin incluir el fin de lucro como elemento esencial, entonces deberemos también concluir que este tipo de sociedad “amplia” puede tener causas-fin de distinta índole, a saber: lucrativa, mutualista o cooperativista, agrupacional o consorcial y asociativo (sin fin lucrativo) (GIRÓN TENA, ob. cit., p. 38, con cita de Ghidini, ps. 12-33).

(37) PAZ ARES, Cándido, “Ánimo de lucro y concepto de sociedad” en *Derecho mercantil de la Comunidad Económica Europea. Estudios de homenaje a José Girón Tena*, Civitas, 1991, p. 730 y ss. En el mismo sentido, FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA Luis, “La atipicidad...”, ob. cit.,

p. 297. En nuestro derecho, también Richard considera que el lucro no es un elemento definidor del concepto (RICHARD, Efraín Hugo, “Ensayo en torno al concepto sociedad...”, ob. cit., p. 23)

(38) El art. 3º de la Ley General de Sociedades dispone que “las asociaciones, cualquiera fuere su objeto, que adopten la forma de sociedad bajo algunos de los tipos previstos, quedan sujetas a sus disposiciones”.

(39) La definición es de Ragazzi, quien propone modificaciones al actual art. 168 del Código Civil y Comercial, que adopta una imprecisa definición de asociación por la negativa de su objeto (RAGAZZI, Guillermo Enrique, “Propuesta de reformas al Código Civil y Comercial. Asociaciones civiles, simples asociaciones y fundaciones”, LA LEY 14/08/2018, 1, TR LALEY AR/DOC/1613/2018)

(40) Así lo hace Ragazzi, “Desde una perspectiva moderna del concepto de sociedad comercial como recurso técnico de organización, la solución legislativa no parece criticable; incluso, puede resultar una forma instrumental útil para encarar actividades no lucrativas y con reglas compatibles con dicho objeto, aunque sujeta a la rigurosidad de la organización societaria y al cumplimiento de las cargas que devienen del tipo adoptado” (RAGAZZI, Guillermo, “Asociación bajo forma de sociedad. Ajustes, desajustes y conflictos”, en *Tratado de los conflictos societarios* DUPRAT, Diego (dir.), Abeledo Perrot, 2012, t. I, p. 499 y ss.).

(41) “La diferencia entre el género asociación y la especie sociedad, queda, pues, limitada al terreno del objeto. En esta última las partes se vinculan para poner juntas prestaciones singulares a fin de conseguir, conjuntamente, una ventaja económica individual. A tal fin se organizan fijando la norma de las relaciones del grupo y en esta organización cada cual “encuentra la propia compensación, no en la prestación de los demás, sino en la participación en el resultado útil obtenido mediante la conjugación de las prestaciones” (BRUNETTI, Antonio, “Tratado del derecho de las sociedades” (traducida por Felipe Solá Cañizares), Librería el Foro, t. I, p. 14)

(42) Cfrme FARINA, Juan M., “Derecho de las sociedades comerciales”, Astrea, Buenos Aires, 2011, t. I parte general, p. 96 y ss., quien utiliza también el término asociación “en sentido lato”.

(43) Conforme CASTAGNET, Claudio, “Concepto y tipo en el derecho societario: el caso de las asociaciones bajo forma de sociedad”, UNLP 2005-36, 215; en el mismo sentido, aunque con algunos reparos respecto de ciertas cláusulas que puedan “distorsionar aspectos esenciales” de la LGS, ROITMAN, Horacio “Asociaciones bajo forma de sociedad comercial”, Sup. Esp. Sociedades Comerciales 2004 (diciembre), 16/12/2004, 138, TR LALEY AR/DOC/2799/2004. En sentido contrario, propugnando la derogación del art. 3, NISSEN, Ricardo y ACQUARONE, María, “Necesidad de derogar el art. 3 ley 19.550 en cuanto legisla a las asociaciones bajo forma de sociedad”, ponencia al VI Congreso Argentino de Derecho Societario y II Congreso Iberoamericano de Derecho de la Empresa (Mar del Plata, 1995).

(44) En el mismo sentido, refiriéndose a los contratos de colaboración empresaria, Cabanellas y Kelly (“Resulta entonces errado negar el carácter de sociedad a un ente porque no reúne algunas de las características que son una consecuencia de su carácter de sociedad; se trata de una petición de principio respecto de lo que se debe probar”, CABANELLAS, Guillermo y KELLY, Julio, en “Contratos de colaboración empresaria”, Ed. Heliasta, Buenos Aires, p. 30).

(45) ANAYA, Jaime L., “Sociedades accidentales o en participación”, Editorial Cangallo, Buenos Aires, 1970; PLINER, Adolfo, “Sociedad accidental y asociación, sociedad o negocio o en participación. Necesidad de un replanteo normativo”, ED 62, p. 709.

(46) La doctrina ha mayormente apoyado la nueva normativa sobre el tema (ver, por todos RICHARD, Efraín Hugo, “Contratos asociativos”, RDCO 270, 16/02/2015, TR LALEY AR/DOC/4626/2015, MANÓVIL, Rafael M. “Algunas de las Reformas al régimen societario en el Proyecto de nuevo Código Civil y Comercial”, en Sup. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Bs. As. LA LEY, 2012-F, 1334 y GEBHARDT, Marcelo, “Sociedad accidental o en participación”, TR LALEY AR/DOC/3394/2015; criticando la modificación de su naturaleza contractual, ver VERÓN, Alberto Víctor, “Negocio en participación (sociedad accidental o en participación) en el Código Civil y Comercial”, TR LALEY AR/DOC/816/2015.

al riesgo común que los socios han resuelto correr en conjunto (47).

En nuestro derecho, la posición mayoritaria sostiene que el patrimonio deberá estar separado del de los socios (48), siendo precisamente esta “autonomía patrimonial” representativa de la figura societaria que permite distinguirla de la relación asociativa contractual amplia, en el cual “las prestaciones de las partes no se dirigen a ente alguno”, sino que “... están destinadas a posibilitar el desarrollo del negocio, pero no forman un patrimonio diferenciado del de sus miembros” (49).

Si no se aceptaran como elementos esenciales el patrimonio autónomo y la manifestación externa, entonces no habría restricción para considerar “sociedad” a la sociedad “interna” (como la *societas romana*), en la que la contribución de cada socio es asumida desde un punto de vista estrictamente *obligacional*, pero sin sujeto autónomo diferenciado. En nuestro derecho, este fue el camino que adoptó el Proyecto de Unificación del año 87 cuando propuso una definición amplia de sociedad, siguiendo a la sociedad simple del derecho suizo (“... *contrato por el cual dos o más personas se reúnen para obtener con esfuerzos o medios comunes, una finalidad común*”, art. 1652), que hubiera tenido la capacidad de subsumir las figuras atípicas e informales, tal como finalmente aconteció con las sociedades residuales de la Sección IV casi treinta años después (50).

3.5. El elemento de la durabilidad o no transitoriedad —que Palmero denomina “estabilidad o permanencia temporal”— es también un elemento esencial, que en esencia deriva de la necesidad de que exista un proyecto o actividad en pos de un fin común económico determinado. Sin embargo, no se observan diferencias de grado respecto de este elemento entre los contratos asociativos no personificantes y la sociedad. De hecho, nada impide que una agrupación de colaboración (por ej. para realizar actividades de investigación entre sus miembros) tenga una duración mayor que una sociedad constituida con un objeto específico.

3.6. Finalmente, el “centro de imputación diferenciada” estará en nuestro derecho (51) siempre presente cuando exista “manifestación externa común” y coexistan los restantes elementos de la sociedad, atento su carácter de persona jurídica.

Sin embargo, como se señaló más arriba, la personalidad jurídica es —en nuestro sistema jurídico— una consecuencia jurídica de la existencia de la sociedad. Por lo cual, su determinación deberá verificarse del propio sustrato o relación asociativa, fundamentalmente a partir de la presencia de los restantes elementos, es decir, la comunidad de riesgo, que se materialice en beneficios comunes a ser distribuidos entre los socios (y no susceptibles de ser gozados directamente por ellos), un patrimonio común (52) y, fundamentalmente, de la “actuación común externa” que precisadamente generará esa imputación diferenciada de sus miembros en el nuevo ente (53).

3.7. Para concluir, no es requisito para la existencia de sociedad ningún elemento intencional subjetivo, como en algún momento se consideró a la *affectio societatis* siguiendo el derecho francés (54). Ello no implica desconocer la importancia de la noción objetiva de *affectio societatis* para diferenciar los vínculos societarios de aquellos que no lo son (55).

IV. Los elementos esenciales de la sociedad en la Ley General de Sociedades

Una vez identificados los elementos esenciales o diferenciadores, corresponden detenerse en la definición que trae el artículo 1 de la Ley General de Sociedades nro. 19.550 (“LGS”) (56).

“Habrá sociedad si una o más personas ...”

Desde el año 2015, con la sanción del Código Civil y Comercial —que no incluyó entre sus normas a las de la sociedad civil del Código Civil derogado— la ley 19.550 (i) adoptó el nombre de Ley General de Sociedades; (ii) eliminó toda referencia a la sociedad “co-

mercial” de su artículo 1, pasando a regular a *todas* las sociedades (57); y (iii) eliminó el requisito de la pluralidad de socios como un elemento esencial de la sociedad (58).

“... en forma organizada...”

Aparece aquí el elemento de la “organización”, que debe entenderse como organización *jurídica*, como conjunto de órganos societarios que sirven para formar la voluntad social de la sociedad, y como tal, deben estar presentes.

La referencia a la *organización* (jurídica) no debe confundirse con la exigencia de una organización *empresarial* (59), ya que ello llevaría a incorrectamente a suponer que solo existiría sociedad ante una combinación de elementos materiales y personales en una “hacienda empresarial” de la cual la sociedad sería titular.

Se ha señalado, con razón a mi entender, que la “organización” no es en realidad un elemento diferenciador del concepto de sociedad. Como bien señala Cabanellas, todo contrato, finalmente, supone una organización jurídica, por lo que si estuvieran presentes los restantes elementos configuradores del concepto, la ausencia del elemento “organización” no implicará que no estemos ante una sociedad (60).

“conforme a uno de los tipos previstos en esta ley”

Normalmente se sostiene que el requisito de la tipicidad, es decir, la exigencia de tener que elegir entre alguno de los tipos sociales especialmente aceptados por el legislador, viene impuesto por la necesidad de que socios y terceros conozcan cuáles son las consecuencias de formar parte de una sociedad.

Se defiende la “tipicidad” bajo el argumento de que si no existiera, podrían existir sociedades sin algunos de los “requisitos esenciales tipificantes”, por ejemplo, sin órganos de administración o gobierno (61). Ello —se sostiene— podría perjudicar a nuevos accionistas o a los acreedores de la so-

ciudad, que tendrían dificultades para determinar los derechos que les corresponden, ya sea como socios o frente a la sociedad (62).

A partir de esta lógica, la ley 19.550 sancionaba de nulidad a la sociedad de uno de los “tipos no autorizados por la ley” y permitía la anulabilidad del contrato (de sociedad) en caso de que se omita algún requisito esencial no tipificante (63). El verdadero alcance de la norma, así como la determinación de cuáles “requisitos” debían ser considerados “tipificantes” y cuáles no, nunca estuvo del todo claro. Por esta falta de claridad y por lo excesivamente rígido de la sanción, el art. 17 cosechó críticas desde gran parte de la doctrina desde su sanción (64).

Acertadamente, el Proyecto del 2005 de los Profesores Anaya, Bergel y Etcheverry propuso la flexibilización del sistema, al eliminar la sanción de nulidad para las sociedades atípicas, las que habrían de quedar sujetas al régimen de la Sección IV de la ley y —como lógica consecuencia de lo anterior— eliminó el requisito de la tipicidad del artículo 1 (65).

La ley 26.994 que sancionó el Código Civil y Comercial e incorporó modificaciones a la ley 19.550 renombrándola como Ley General de Sociedades, siguió al Proyecto del 2005 al eliminar la sanción de nulidad para las sociedades atípicas (66), pero mantuvo el requisito de la tipicidad en el artículo 1, sin que existiera ya un fundamento para ello.

En efecto, a partir de que la propia ley reconoce como sociedades (67) a las sociedades atípicas y las sujeta —junto con las de hecho y las irregulares— a las normas de la Sección IV LGS, es evidente que la tipicidad ha dejado ya de ser un requisito esencial para la existencia de sociedad y por ende debe eliminarse la referencia del art. 1 (68).

El Proyecto de 2019 propuso incorporar —junto con la tipicidad— una referencia a las sociedades regidas por la Sección IV en la definición de sociedad (69). La solución sigue sin convencer; si el objetivo del art. 1 es describir los elementos configuradores de la

(47) GIRÓN TENA, José, ob. cit., p. 46.

(48) MANÓVIL, Rafael M. “Contrato de colaboración y sociedad”, ob. cit., p. 115.

(49) *Ibidem*.

(50) Esta definición de la sociedad por *fuera* de la ley de sociedades comerciales recibió fuertes críticas, ya que utilizaba un concepto “amplio” de sociedad del Código Civil (a la cual no se aplicarían las normas generales de la Ley de Sociedades) para regular figuras societarias residuales e inclusive asociativas, que podían tener (o no) personalidad jurídica según se determinara en cada caso, generando así inseguridad jurídica. Una crítica a la regulación propuesta por el Proyecto puede verse en PALMERO, Juan C., “La persona jurídica en el proyecto de unificación de la legislación civil y comercial de la nación”, RDCO 1987-817 y en MANÓVIL, Rafael, “Las simples ‘sociedades’ y otras cuestiones críticas del Proyecto de Unificación Civil y Comercial en materia societaria” en *Revista Jurídica de Buenos Aires* (Facultad de Derecho, UBA), 1988-III, p. 29. La solución del Proyecto del 87 al proponer un tipo residual amplio (entonces, la sociedad civil, por *fuera* del sistema societario, hoy la sociedad informal de la Sección IV, dentro del sistema societario) terminó imponiéndose con la sanción de la ley 26.994

(51) No es así en otros países, como Alemania e Italia que tradicionalmente no reconocen personalidad jurídica a las sociedades de personas, si bien la cuestión no es pacífica (Ver nota 35 del trabajo de PALMERO, Juan Carlos, “Relaciones...” ob. cit. con cita de AGUIRRE, Hugo, “El debate sobre la personalidad jurídica en las sociedades de personas en Italia” (Inédito).

(52) Los bienes o fondos serán comunes no solo cuando devengan en un patrimonio independiente de los socios sino cuando estén sometidos al riesgo común que los socios han resuelto correr en conjunto.

(53) Botteri (h) y Costa sostienen que la “personificación” es una de las cuatro notas esenciales de la sociedad, a partir de la “exteriorización como un sujeto diferente de sus integrantes” (BOTTERI (h), José David y COSTE, Die-

go, “El nuevo concepto de sociedad en las reformas de la ley 26.994” ponencia presentada al XIII Congreso Argentino de Derecho Societario y IX Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Mendoza, 2016).

(54) GIRÓN TENA, ob. cit., p. 44. En sentido concordante, ANAYA Jaime L., “Sociedades accidentales ...”, ob. cit., p. 133; MANÓVIL, Rafael M. “Grupos de sociedades (en el derecho comparado)”, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 569.

(55) Halperín la define como “la voluntad de colaboración activa, jurídicamente igualitaria e interesada” (HALPERÍN, Isaac, “Curso de derecho comercial”, Depalma, Buenos Aires, t. I, p. 243). Cfrme. MANÓVIL, Rafael M., “Grupos”, ob. cit., p. 570 (con cita de FARGOSI, Horacio, La “*affectio societatis*”, Valerio Abeledo, 1955, p. 11).

(56) El artículo 1 de la LGS precisadamente se titula “Concepto”. En su recordado artículo sobre el concepto de sociedad, Halperín recuerda los antecedentes de la norma y se pregunta sobre la conveniencia de incluir una definición de sociedad en el proyecto de ley (HALPERÍN, Isaac, “El concepto de sociedad ...”, ob. cit., p. 265, nota 1). Ver el desarrollo de los distintos elementos del art. 1 en ESCUTI (h), Ignacio, “Sociedades”, Astrea, Buenos Aires, 2006.

(57) Corresponde recordar que la ley 19.550 regulaba solo a las sociedades comerciales, no así a las civiles (a diferencia del Anteproyecto Malagarriga - Aztiría, que proponía regular a todas las sociedades). Hasta el año 1972 en que se sancionó la Ley de Sociedades Comerciales N° 19.550 se diferenciaba a las sociedades civiles y a las comerciales por el *objeto*. La cuestión cambió con la sanción de la ley 19.550, que distinguía unas de otras por el *tipo* utilizado. Antes de 2015, si la sociedad adoptaba uno de los tipos regulados en dicha ley, se estaba ante una sociedad comercial, independientemente de que realizara actividades que uno pudiera considerar como “civiles”.

(58) Pese a ello, la LGS desconfía de la unipersonalidad y permite que solo la sociedad anónima se constituya como unipersonal. El Proyecto del 2019 propone una mayor flexibilización al establecer en el proyectado art. 1

que si el tipo social prevé dos clases distintos de socios, estos deberán ser dos o más. Los eventuales desvíos que puedan generarse en una sociedad unipersonal quedan así protegidos con las normas generales de la responsabilidad de los socios y administradores, la inoponibilidad de la personalidad jurídica, entre otros, y los propios del derecho privado.

(59) “La exigencia se refiere a esa organización de la estructura jurídica, para el funcionamiento de la sociedad y no a la organización de los elementos integrantes de la empresa, noción económica (bienes, servicios, dirección); es el aspecto jurídico de uno de los elementos de la noción económica, el empresario colectivo (sociedad)” (HALPERÍN, Isaac, “El concepto de sociedad ...”, ob. cit., p. 268 y ss.

(60) CABANELLAS, Guillermo, “Introducción al derecho societario”, ob. cit., p. 202.

(61) Una crítica al principio de tipicidad puede verse en LE PERA, Sergio, “Principio y dogma en la ley de sociedades comerciales”, LA LEY, 1980-A, 745 y en “*Joint venture y sociedad*”, Astrea, Buenos Aires, 1984, ps. 148 y también en ps. 245 y ss. Puede verse una descripción muy precisa del tema en ROTHENBERG, Mónica, ob. cit., p. 74 y ss.

(62) “La adopción de los tipos *ad solemnitatem* y la sanción de nulidad para las sociedades formadas en apartamiento a ellos (art. 17) responde al convencimiento de que serios trastornos sufriría la seguridad jurídica en caso de admitirse un sistema opuesto”, Exposición de motivos, ley 19.550, siguiendo la posición de Halperín.

(63) Art. 17, ley 19.550 “Es nula la constitución de una sociedad de los tipos no autorizados por la ley. La omisión de cualquier requisito esencial no tipificante hace anulable el contrato, pero podrá subsanarse hasta su impugnación judicial”. Ver más adelante en la nota 66 la redacción actual de la norma.

(64) Una de las primeras y principales críticas vino de LE PERA, Sergio, en “Ley de sociedades y dogma jurídico” y otros trabajos. Ver, por todos, CABANELLAS, Gui-

lermo, “Sociedades nulas, irregulares y de hecho”, *Derecho societario*, Partes general, tomo 6, Heliasta, Buenos Aires, 1997, p. 231 y ss.

(65) “Hay sociedad comercial cuando dos o más personas, en forma organizada, se obligan a realizar aportes para aplicarlos a la producción o intercambio de bienes o servicios destinados al mercado, participando de los beneficios y soportando las pérdidas. Las sociedades comerciales que no adopten alguno de los tipos del Capítulo II, quedan sujetas al régimen de la Sección IV de este Capítulo. Las sociedades de responsabilidad limitada y las sociedades anónimas pueden ser constituidas por una sola persona” (artículo 1, Proyecto 2005).

(66) El actual artículo 17 LGS dispone “Las sociedades previstas en el Capítulo II de esta ley no pueden omitir requisitos esenciales tipificantes ni comprender elementos incompatibles con el tipo legal. En caso de infracción a estas reglas, la sociedad constituida no produce los efectos propios de su tipo y queda regida por lo dispuesto en la Sección IV de este Capítulo”.

(67) En contra Nissen, quien las califica de “anomalías societarias” (“... no son las entidades comprendidas en la actual Sección IV del Capítulo I de la ley 19.550, ni “sociedades simples” ni “sociedades residuales”, sino un conjunto de anomalías societarias, cuya inclusión en el ordenamiento societario argentino está inserta geográficamente a continuación del régimen de la nulidad societaria y muy lejos de los tipos sociales, lo cual no es precisamente una casualidad ni una mala técnica del legislador”) (NISSSEN, Ricardo, “Reflexiones ...”, ob. cit.)

(68) En el mismo sentido, ver Botteri (h) y Costa, quienes destacan que la tipología legal no es más un elemento “definitorio” de las sociedades (BOTTERI (h), José David y COSTE, Diego, “El nuevo concepto de sociedad ...” ob. cit.) y el muy completo trabajo de SALVOCHEA, Ramiro, “Réquiem a la tipicidad societaria”, ob. cit.

(69) La definición que propone el Proyecto de 2019 es la siguiente (el resaltado no es del original) “Hay sociedad si una o más personas en forma organizada confor-

sociedad no es necesario incluir las normas que la regularán de manera específica, sean estos los tipos regulares o la “categoría” o modalidad residual de la Sección IV. Sin que ello implique eliminar el instituto de la tipicidad de la LGS, no es ya necesario ni procedente continuar mencionando a la tipicidad en el art. 1 LGS.

“... se obligan a realizar aportes...”

Aparece aquí finalmente el primero de los elementos esenciales: el fondo común. Sin aporte no hay socio, y sin socio no hay sociedad; sin aporte, además, no hay fondo común o patrimonio propio de la sociedad, que es un elemento esencial para su existencia.

En su parte general (70), la LGS regula los distintos tipos de “bienes aportables”, que según cada tipo social pueden realizar los socios. En las sociedades informales o de hecho (hoy, las de la Sección IV LGS), sin embargo, el concepto de aporte deberá interpretarse con amplitud, comprendiendo inclusive trabajo o esfuerzos (71) o incluso obligaciones de no hacer que tengan un valor económico (72).

“... para aplicarlos a la producción o intercambio de bienes o servicios”

Los aportes deben ser aportados por los socios para ser aplicados a una actividad económica: la producción o intercambio de bienes o servicios (73).

Vuelve aquí el tema de la vinculación de la sociedad con la empresa (74). Debe destacarse, sin embargo, que la ley *no exige* que exista una hacienda empresarial para tener por configurada la sociedad (75); lo que se requiere es que las contribuciones aportadas por los socios tengan *el destino de ser aplicadas* a la producción o intercambio de bienes o servicios (76). Pero en caso de que ello no ocurra y los aportes se mantengan dentro del patrimonio social, también habrá sociedad mientras los socios continúen corriendo el riesgo empresarial de manera común.

“... participando de los beneficios y soportando las pérdidas”

Como se indicó más arriba, es este el elemento esencial verdaderamente diferenciador de la sociedad y que describe como los socios resuelven correr de manera conjunta el riesgo empresarial, participar de los beneficios comunes que se generen y afrontar de manera conjunta las eventuales pérdidas que el negocio genere (77).

Constituye la *causa-fín* de la sociedad, que se relaciona aquí con el concepto de *interés social* entendido como el “común denominador del interés jurídico de los socios en la sociedad”, que debe distinguirse del interés de la sociedad como institución por encima de los socios y del interés de la mayoría (78).

Cuando ante una determinada situación de hecho se discuta la naturaleza jurídica de

la relación (societaria, contractual, laboral, etc.), precisamente deberemos indagar si este elemento de “participación en los beneficios y en las pérdidas” está presente (o no), para concluir si estamos (o no) ante una relación societaria.

En nuestro derecho, será necesario no solo que se deriven beneficios de la actividad, sino que dichos beneficios sean objeto de *participación* (goce, en sentido amplio) entre todos los socios (79).

V. Conclusiones

La identificación de los elementos esenciales o configuradores de la sociedad permite discernir, en el caso concreto, si estamos ante un negocio asociativo sociedad —generador de un sujeto de derecho distinto a sus socios, con las consecuencias que ello conlleva— o bien si nos mantenemos en el mundo contractual asociativo.

No obstante compartir una raíz común, los elementos esenciales de la sociedad se intensifican y diferencian respecto de aquellos de los contratos asociativos. Dos de dichos elementos (fin común y actividad común) aparecen —en el ámbito societario— con una característica propia, generando el primero de ellos la *comunidad de riesgo*, que implica correr en conjunto el riesgo empresarial para participar en conjunto de los beneficios o afrontar las pérdidas; y el segundo de ellos, la manifestación o *actuación común externa* a partir de la cual se exterioriza el

vínculo societario, generándose así el centro de imputación diferenciada.

La referencia a la *tipicidad* (80) deberá ser eliminada del art. 1 de la Ley General de Sociedades atento que dicho elemento no constituye ya un elemento esencial de la sociedad a partir de la modificación del art. 17 LGS y el reenvío de las sociedades atípicas al régimen residual de la Sección IV LGS, junto con las sociedades irregulares y de hecho.

Cita on line: TR LALEY AR/DOC/2864/2021

Más información

[Sánchez Herrero, Pedro](#), “Responsabilidad de los administradores de las sociedades del art. 21 de la ley 19.550”, LA LEY 27/07/2021, 1, TR LALEY AR/DOC/2112/2021

[Medina, Graciela](#), “Sociedades y defensa de la ganancialidad. Participaciones societarias y recompensas”, LA LEY 24/08/2021, 1, TR LALEY AR/DOC/2320/202

Libro recomendado

[Derecho Privado: Sociedades y otras formas de organización jurídica de la empresa](#)

Autores: García Villalonga, Julio César -

Curá, José María

Edición: 3ª, 2020

Editorial: La Ley, Buenos Aires

me a uno de los tipos previstos en la ley, o regidas por la Sección IV de este Capítulo, se obligan a realizar aportes para aplicarlos a la producción o intercambio de bienes o servicios, corriendo un riesgo común y participando de los beneficios y soportando las pérdidas”.

(70) Arts. 36 al 53, ley 19.550

(71) Conforme RICHARD, Efraín Hugo, “Ensayo en torno al concepto de sociedad...”, ob. cit., p. 23.

(72) Conforme la opinión de CABANELLAS, Guillermo, “Introducción...”, ob. cit., p. 216.

(73) Ver la posición de HALPERÍN *ut supra*, nota 27

(74) Esta posición fue sostenida por BUTTY, Enrique M., “Inoponibilidad”, en el *V Congreso Nacional de Derecho Societario*, *Advocatus*, t. II, p. 644.

(75) De hecho, el artículo 31 LGS permite expresamen-

te las sociedades *holdings* con objeto exclusivamente financiero o de inversión.

(76) En el mismo sentido CABANELLAS, Guillermo, “Introducción...”, ob. cit., p. 225 (“El art. 1º de la LSC no exige que exista una actividad económica efectiva para que se configure sociedad, sino que los aportes que las partes se obliguen a contribuir lo sean para aplicarlos a la producción de bienes o servicios; esa producción será una consecuencia del cumplimiento de las obligaciones de aportes previstas en la relación contractual entre las partes”).

(77) Ese elemento, dice Cabanellas referido a la “obtención y distribución de beneficios”, “... es el fin definitorio de la figura societaria y por tal motivo debe considerarse como el fin común de los socios, en cuanto inte-

grantes de la sociedad” (CABANELLAS, Guillermo, “Introducción...”, ob. cit., p. 233).

(78) MANÓVIL, Rafael, “Contratos...”, ob. cit., p. 117 y en “Grupos...”, ob. cit., p. 568 y ss.

(79) Conforme CABANELLAS, Guillermo “Introducción...”, ob. cit., p. 231. Juntamente con los elementos ya analizados, Cabanellas menciona el elemento del “control compartido de las actividades” como un elemento característico de la sociedad que tendrá especial relevancia para distinguir a la sociedad de otras figuras, como el contrato parciario. En mi opinión, el control común será más una consecuencia de la existencia de la figura societaria, no un nuevo elemento configurador del concepto. Es decir, estaremos ante una sociedad cuando se verifique la existencia de aportes a un fondo común y los “so-

cios” apliquen los aportes a la actividad económica (producción o intercambio de bienes o servicios), corriendo en conjunto el riesgo empresarial para obtener beneficios, en los que participarán. Y si estamos ante una sociedad, normalmente (pero no necesariamente) los “socios” tendrán un control compartido de las actividades (o el grado de control que ellos determinen) o, al menos, el derecho a ejercer algún grado de control compartido. Por supuesto, como normalmente ocurre ante las situaciones “grises” en que existan dificultades probatorias para acreditar los elementos configuradores, la presencia de ciertos actos de “control compartido” tendrá relevancia para afirmar el carácter societario de la relación.

(80) “conforme a uno de los tipos previstos en esta ley”.

Nota a fallo

Responsabilidad del fabricante de automotores

Defecto del automotor que disminuye la vida útil del motor. Devolución del rodado a cambio del importe conforme el precio actual en plaza del vehículo. “Recall” emitido por la demandada. Presunción de la falla. Tasa activa de interés. Rechazo del daño moral y del daño punitivo. Inaplicabilidad de la ley 24.240.

1. - Cabe concluir en la procedencia del reclamo intentado por la actora, pues los elementos descriptos constituyen presunciones suficientemente graves, precisas y concordantes que permiten concluir inequívocamente, conforme a las reglas de la sana crítica, en la existencia del hecho que se pretende acreditar, a saber, el defecto verificado en el automotor que no lo hace cumplir de modo propio para su destino, por razones estructurales o funcionales, disminuyendo —acaso— la vida útil del motor, siendo razonable concluir que de haber sido conocido por la actora, esta no lo hubiera adquirido, o habría pagado un precio menor. Sumado a ello, y como presunción de la falla que en tal sentido arrojaban las unidades del

mismo modelo, cobra relevancia el *recall* emitido por la accionada.

2. - Corresponde admitir la devolución del rodado a cambio del importe equivalente a las sumas pagadas, conforme el precio actual en plaza de ese vehículo y de conformidad con las variaciones del mercado, y la depreciación que habría sufrido la unidad. Y como se muestra evidente que la falla aludida ha provocado una depreciación adicional en este modelo de vehículo, que excede la depreciación propia de un uso normal por el paso del tiempo, se entiende adecuado también añadir al monto de condena resultante intereses calculados desde la compra y hasta el efectivo pago, a la tasa activa que percibe el Banco de la Nación Argentina en sus operaciones de descuento a treinta días, sin capitalizar.
3. - Es incuestionable que, al celebrar la compraventa, la accionante entendió que compraba un automóvil nuevo, con las garantías de calidad y seguridad implicadas por la marca, y el fabricante quedó obligado en relación al óptimo funcionamiento de la cosa. Ese, y no otro, fue el objeto que la adquirente canceló en forma íntegra, percibiendo el concesionario oficial de la marca la totalidad del precio que equivalía al automotor nuevo.

4. - Resulta forzoso concluir en que la demandada incurrió en incumplimiento de las obligaciones a su cargo, específicamente en lo que hace a la calidad de la camioneta vendida, debido a la falla de fabricación y su imposibilidad de reparación, motivo por el cual la acción instaurada encuentra su fundamento normativo y debe tener favorable acogida.
5. - En el caso, la cosa adquirida no reúne las cualidades esperadas por la compradora (art. 1053 Cód. Civ. y Com. de la Nación), pues los vicios del mentado automotor evidencian la ausencia de la calidad garantizada por el vendedor, ya sea el concesionario oficial de la marca, o el propio fabricante.
6. - Cabe concluir, entonces, en que no se halla probado que la compra del vehículo haya tenido por objeto un destino final o familiar de consumo, sino que todo apunta a que se destinó a un fin operativo, desplegado en el contexto empresarial en el que la actora desarrollaba su actividad lucrativa, previamente identificada.
7. - Examinados los antecedentes colectados a lo largo del litigio —y atendiendo a las particularidades de la especie—,

la realidad es que la accionante no ha aportado elemento de convicción alguno que autorice a considerar configurado el daño moral que alegó haber padecido, no obstante corresponder a dicha parte la carga de la prueba referida a dicho extremo por ser quien tenía a su cargo el onus probandi.

8. - En relación con el análisis del agravio traído por la actora relativo a la procedencia de una indemnización adicional en concepto de daño punitivo, prevista por el art. 52 bis LDC para supuestos en que el proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, no cabe sino descartar el planteo intentado en virtud de la inaplicabilidad al caso del régimen de defensa del consumidor.

CNCom., sala A, 04/08/2021. - Arévalo, Mabel Graciela c. FCA Automobiles Argentina S.A. s/ Ordinario.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/114427/2021]

[El fallo *in extenso* puede consultarse en Atención al Cliente, <http://informacionlegal.com.ar> o en Preview]

El *recall*, obligaciones expresas e implícitas de nuestra normativa



Marcelo C. Quaglia

Juez Civil y Comercial. Magíster en Derecho Empresario (Universidad Austral). Especialista en Derecho de Daños (UCA). Director en la Carrera de Especialización en la Magistratura (UCA). Director del Instituto de Derecho Privado del Colegio de Magistrados y Funcionarios del Poder Judicial de Santa Fe. Miembro del Instituto Argentino de Defensa del Consumidor. Profesor ordinario de Derecho del Consumidor y de Contratos Civiles y Comerciales, Parte General y Especial (UCA).

SUMARIO: I. Introito.— II. Cuestiones que suscita el *recall* en nuestro derecho.— III. Breves consideraciones finales.

I. Introito

A través de la interesante sentencia de la Cámara Nacional Comercial, sala A (1), procuraremos, a pesar de que aborda numerosas temáticas relevantes (2), abocarnos a una cuestión que advertimos escasamente legislada en nuestra normativa: el llamado “recall” o *llamado a revisión*.

Tal es una de las cuestiones que aborda tangencialmente el fallo en análisis, donde un comerciante particular (Mabel G. Arévalo) adquiere un vehículo cero kilómetro (camioneta Fiat Toro Freedom) a través de un concesionario oficial del demandado (FCA Automóviles Argentina S.A.), advirtiendo al poco tiempo de uso una serie de inconvenientes en su funcionamiento que finalizan en la instancia judicial, donde se reconocen deficiencias en el producto adquirido, admitiendo su devolución a cambio de un importe equivalente a las sumas abonadas, conforme el precio actual en plaza del bien con más intereses, adicionando a la condena daños punitivos.

Dentro de los elementos presuncionales que le permiten finalmente al juzgador concluir inequívocamente el hecho que se pretende acreditar (en el caso las deficiencias del bien adquirido), expresamente refiere la sentencia que cobra relevancia el “recall” emitido por la demandada con relación al producto que adquiriera la actora.

Usualmente se define la estrategia “recall” como el retiro del mercado de productos defectuosos o que representan un riesgo para la salud de los consumidores. Su función es retirar y/o corregir y/o reemplazar dichos productos (3).

El instituto ha sido receptado en nuestro derecho positivo en el año 1994, a través del decreto reglamentario de la ley 24.240 (decreto 1798), que en su art. 4 determina que “Los proveedores de cosas o servicios que, posteriormente a la introducción de los mismos en el mercado de consumo, tengan conocimiento de su peligrosidad, deberán comunicar inmediatamente tal circunstancia a las autoridades competen-

tes y a los consumidores mediante anuncios publicitarios suficientes”.

Procuraremos en las siguientes líneas determinar, a partir de dicho texto normativo, cuáles son las obligaciones que impone la norma, así como si estas resultan suficientes o es necesario determinar la eventual existencia de otras que surjan de principios generales u otras disposiciones que integren el instituto.

II. Cuestiones que suscita el *recall* en nuestro derecho

II.1. Vigencia de la norma

Ya hemos destacado que el instituto se sustenta en el texto del decreto reglamentario de la ley 24.240, específicamente su art. 4, norma que no solo ha sufrido numerosas modificaciones en el transcurso de los años, sino que hasta ha sido considerada derogada por parte de la doctrina (4).

Lo reseñado nos lleva a plantearnos el primer interrogante en esta materia: ¿podemos aseverar que el texto normativo citado se encuentra vigente?

Del análisis del texto originario art. 4 de la ley 24.240, o de su última versión, podemos advertir que, si bien el contenido de la ley se relaciona con el texto del decreto, ambos difieren.

En efecto, la ley consagra y determina la llamada obligación de informar, mientras que el decreto (en el mismo artículo) regula un supuesto específico de la obligación de advertencia, que no es sino un supuesto en que la referida obligación de informar se incrementa y exacerba en aras de la tutela de la integridad, salud y/o vida de la persona.

De tal forma, entendemos pertinente, a fin de dar una respuesta la cuestión vinculada con la vigencia del texto, recurrir al llamado *diálogo de fuentes*.

En tal sentido, si recurrimos a las clásicas interpretaciones jurídicas se evidenciará claramente que la norma no podría encon-

trarse vigente o, en su caso, entender que su deficiente técnica legislativa (al no reglamentar el texto al que accede) debería inclinarnos por su no aplicación.

Sin embargo esta solución no solo nos priva de una herramienta relevante de tutela a la persona, sino que además conlleva un resultado que se evidencia injusto y se da de bruces con el sistema jurídico actual. Ello, si consideramos especialmente el principio de prevención de riesgos que tiene hoy en día a toda la regulación —especialmente a partir de su reconocimiento expreso en el Cód. Civ. y Com.— y en particular se ha consagrado expresamente en el ámbito de las relaciones de consumo (Res. 36/2019 MERCOSUR, internalizada en nuestro derecho por la Res. 270/2020 de la SCI).

De tal forma, no podemos desconocer que la solución a la que arribemos deberá transitar a través de las pautas constitucionales y convencionales, procurando conjugar todas las normas y regímenes en juego, integrando y armonizando las disposiciones en un necesario diálogo buscando evitar la exclusión de alguna y, en caso de conflictos insalvables, dar preminencia a la solución legal que tutela los principios y convenciones constitucionales de los que nuestro país de parte (arg. art. 1 Cód. Civ. y Com.).

De esta manera, y recurriendo al método inspirado por Eric Jayme, denominado *diálogo de las fuentes*, se procura acceder a una aplicación simultánea, coherente y coordinada de las distintas fuentes convergentes y relevantes en el caso concreto, de modo que se elimine la norma incompatible solamente cuando se verifique que la contradicción que ella causa es insuperable (5).

Básicamente debe procurarse lograr la armonía del conjunto de normas aplicables al caso, buscando evitar la exclusión de una norma en particular (efecto al que muchas veces conlleva la aplicación de los criterios tradicionales). Se busca arribar a una solución coherente a través de la coordinación flexible y útil de las fuentes. Para

ello resulta esencial determinar la finalidad de cada una de las normas en juego, en lo que Jayme bautizó como una *aplicación simultánea, coherente y coordinada de fuentes convergentes* (6) (la eliminación de la norma incompatible no es abandonada, pero es una vía extrema a ser usada cuando todos los otros recursos fallan).

Naturalmente, dicho diálogo no necesariamente se limitará a un diálogo normativo, abarcando también el diálogo de los conceptos y el diálogo de la jurisprudencia (7).

De tal forma, toda esa relación dialógica exige la existencia o presencia de una referencia axiológica a la que todo el régimen responda. Ya hemos referido a ella y hoy, en el marco de nuestro derecho positivo, la encontramos en el Código Civil y Comercial, al determinar en su art. 1 que los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte (8).

En tal sentido, se evidencian las bondades de la norma en duda, la que no hace más que formular una aplicación más concreta y específica de la tutela de los derechos a la salud y a la integridad física del consumidor, los que se encuentran reconocidos expresamente entre los llamados *derechos fundamentales de los consumidores* (9), consagrados expresamente en el art. 42 de la CN y declarados directamente operativos y de goce directo (10).

Y es que la norma responde a principios constitucionales superiores y, ante la ausencia de su derogación expresa debe integrarse al sistema, considerarse vigente, cumplimentarse y respetarse. Tal no es sino una clara respuesta a la integración del diálogo de fuentes en el ámbito del régimen de tutela al consumidor (11).

En tal sentido, y con un argumento que generalmente es propio del ámbito de la tutela del consumo, no puede dejar de considerarse que (como muchos supuestos vinculados a este régimen legal) se

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) CNCom, sala A, “Arévalo, Mable Graciela c/ FCA Automóviles Argentina S.A.”, 04/08/2021, TR LALEY AR/JUR/114427/2021.

(2) El acuerdo es muy rico al tratar diferentes y numerosos tópicos, varios de ellos ya han sido analizados por nuestra doctrina (entre ellos quien suscribe la presente), razón por la cual hemos optado por abocarnos en el caso a esta temática, la que entendemos no ha sido tratada como merece. En tal sentido podemos enunciar: la calidad de consumidor que puede o no detentar la empresa (cuestión que hemos tratado en trabajos como “La persona jurídica como consumidora y el incumplimiento contractual ante la relación de consumo frente a los sistemas de distribución comercial” —en coautoría con Gerardo R. Van BECE-LAERE—, RCCyC 2020, 246; “Acerca de las personas jurídicas y su categorización como consumidor” —en coautoría con Franco RASCHETTI—, SJA 8/4/2020 y “La persona jurídica como consumidor. Una propuesta de criterios ante las soluciones que brinda la normati-

va vigente”, LA LEY, 2019-E, 315), la carga de la prueba en el ámbito del consumo (en coautoría con María Paula ARIAS en “El incumplimiento de la garantía legal y las cuestiones probatorias en las relaciones de consumo”, LA LEY, 2019-F, 293), el cumplimiento de las obligaciones ante una reparación no satisfactoria (tratado en “Garantía legal por buen funcionamiento. Precisiones en relación con su ejercicio”, LA LEY, 2015-A, 25), la imposición del llamado daño punitivo (analizado en coautoría con RASCHETTI, Franco, “El destino de los daños punitivos. El pronunciamiento en el caso “Esteban” y sus implicancias” LA LEY, 2017-E, 163), etc.

(3) BEJARANO-RONCANCIO, Jhon Jairo; DÍAZ-MORENO, Amanda Consuelo y EGOAVIL-CARDOZO; MHA-YER, Jineth, “Recall en la industria alimentaria: una estrategia sanitaria por implementar en Colombia” en *Rev. Fac. Med.* 2016, Vol. 64 No. 4: 727-34; <http://www.scielo.org.co/pdf/rfmun/v64n4/0120-0011-rfmun-64-04-00727.pdf>.

(4) IRIGOYEN TESTA, Matías “Deber de información:

derogación del artículo 4º de la Ley de Defensa del Consumidor”, LA LEY, 2018-F, 729.

(5) JAYME, Erick, “Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne”, *Recueil des Cours*, Leiden, vol. 251, 1995, ps. 60 y 251.

(6) *Ibidem*, p. 259.

(7) SOZZO, Gonzalo; “La protección del turista como consumidor”, en Stiglitz, Gabriel y Hernández, Carlos A. (dirs.), *Tratado de Derecho del Consumidor*, La Ley, Buenos Aires, 2015, t. II, p. 794.

(8) Se lee en los Fundamentos del Anteproyecto de Reforma y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación que “es necesario que los operadores jurídicos tengan guías para decidir en un sistema de fuentes complejo, en el que, frecuentemente, debe recurrirse a un diálogo de fuentes, y a la utilización no solo de reglas, sino también de principios y valores (...) Una de las funciones que puede cumplir un título preliminar es la de aportar algunas reglas que confieren una significación general a todo el Código. De este modo, el sistema adquiere un núcleo que lo caracteriza y que sirve de

marco de comprensión de una gran cantidad de cuestiones de interpretación y de integración de lagunas. No se trata de una parte general al modo en que fuera pensado en la pandectística alemana, sino del diseño de unas líneas de base enfocadas en la argumentación jurídica razonable dentro de un sistema de derecho basado en principios y reglas”.

(9) Así lo destaca STIGLITZ, Gabriel en “Los principios del Derecho del Consumidor y los Derechos Fundamentales”, en *Tratado de Derecho del Consumidor*, t. I, STIGLITZ - HERNÁNDEZ (dirs.), La Ley, Buenos Aires, 2015, p. 309.

(10) Así se estableció en las XV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Comisión 2: Responsabilidad por la Actividad Industrial con relación a la obligación de seguridad, afirmación que nos permitimos hacer extensiva a los demás derechos consagrados.

(11) SOZZO, Gonzalo, “El diálogo de fuentes en el derecho del consumidor argentino”, en *Revista de Derecho de Daños* 2016-1, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, p. 223.

trasciende a las partes del contrato y sus efectos se expanden más allá, amparando la salud, indemnidad e integridad física no solo del consumidor directo (que es quien contrata adquiriendo el bien o servicio), sino también del indirecto, compuesto por su grupo familiar o social (arg. arts. 1 ley 24.240 y 1092 Cód. Civ. y Com.), ya que usualmente el bien o el servicio se insertan en dicho ámbito (un vehículo, una crema para protegernos del sol, etc.).

Ahora, ¿basta con simplemente acatar las obligaciones que expresamente la norma impone?

II.2. Un texto limitado

Las bondades del texto vigente son pocas, ya que sus buenas intenciones se diluyen en una obligación de comunicar la existencia de un riesgo o peligro, tanto al consumidor que adquiere el bien o recibe el servicio, como a las autoridades competentes. Todo ello a través de anuncios publicitarios suficientes.

La disposición genera más cuestionamientos que respuestas, los que surgen simplemente de un análisis literal de su contenido y que, posteriormente, nos llevan a interrogarnos sobre su suficiencia.

Baste al respecto considerar que no se explicita cuál sería el alcance de términos como “inmediatamente” o “anuncios publicitarios suficientes” ni tampoco cuál es la forma en la que debe efectuarse la comunicación que el texto normativo requiere, así como tampoco que debe ser entendido por autoridades competentes [recordemos que en esta materia se configuran facultades concurrentes que en algunas jurisdicciones han sido delegadas en municipios y comunas (12)]. Asimismo, podría llegar a inferirse, a partir de la ponderación de bienes que se tutelan (vida, salud e integridad física y psíquica, principalmente), un concepto en lo atinente a la definición de “peligrosidad” (13).

Y, a mayor abundamiento, a la oscuridad del texto se adiciona una evidente insuficiencia en relación con los recaudos exigidos por la disposición, debiendo considerarse necesario el cumplimiento de otras obligaciones por parte del proveedor a través de la integración de la norma con principios generales como la buena fe, la prevención de riesgos, la información y la reparación integral, entre otros (14).

La cuestión ya ha sido materia de análisis por parte de nuestra doctrina, concluyén-

dose de manera unánime en las XX Jornadas Nacionales de Derecho Civil (15) que “se impone —en determinadas circunstancias— a los integrantes de la cadena de comercialización suministrar información y consejo, reparar, sustituir y/o retirar los productos incorporados al mercado con potencialidad dañosa; en definitiva, adoptar las medidas positivas tendientes a la evitación de daños”.

Procuraremos a continuación analizar brevemente las obligaciones que se plantean...

II.2.a. Incrementar el deber de advertencia

La norma plantea, a nuestro entender, un supuesto de cumplimiento agravado de la obligación de informar: el llamado *deber de advertencia*, deber que usualmente se configura cuando la referida obligación se vincula con su función preventiva, procurando evitar que el consumidor, a través de (por ejemplo) un uso inapropiado de la cosa, sufra daños en su salud o integridad física o psíquica (tal el concepto de *peligrosidad* al que refiere el texto).

En el caso concreto, se demanda que el sujeto pasivo de la obligación extreme su diligencia al momento de procurar brindar la información/advertencia que se exige. En tal sentido, consideramos que los anuncios publicitarios suficientes (16), si bien necesarios, no son, justamente, suficientes.

En efecto, pesa sobre los hombros del proveedor la obligación, en primer término, de procurar individualizar al consumidor o usuario del bien o servicio cuya peligrosidad se ha evidenciado; ello a los fines de lograr notificarlo fehacientemente (17) de su peligrosidad.

Y, si bien dicha obligación en el caso de bienes muebles registrables o inmuebles puede resultar relativamente fácil de cumplimentar, en otras situaciones demanda la existencia de un programa de trazabilidad sobre el producto, a fin de conocer su historia, su canal de distribución y su mercado de destino. En este sentido no puede dejar de destacarse que, esta vez, en una correcta técnica legislativa, la norma impone la presente obligación al proveedor, concepto que abarca toda la cadena de comercialización y, en el caso, requiere del apoyo y colaboración del fabricante, distribuidor, minorista, etc.

De esta forma, y si bien probablemente quien advierta la existencia de la condición

de peligrosidad que demanda la ley sea el fabricante (18), también es probable que sea el minorista quien, a través de sus bases de datos o documentación fiscal (vgr. factura), pueda identificar el adquirente final del bien.

En tal sentido, en la práctica se evidencia como más relevante el presente recaudo (el que asegura en la medida de lo posible la efectiva notificación del riesgo de la cosa) que el cumplimiento del llamado *anuncio publicitario suficiente*, correspondiendo determinar en cada caso, si cumplimentada la notificación de manera fehaciente (y otros recaudos que seguidamente analizaremos), es realmente necesario el anuncio publicitario (19).

Ahora bien, notificado el consumidor fehacientemente de la peligrosidad del bien o servicio, ¿podemos considerar agotadas las obligaciones que pesan sobre el proveedor?

II.2.b. Subsanación o eliminación del peligro

Al igual que con relación al incremento demandado en el deber de advertencia, nada refiere el texto legal en este sentido. Sin embargo, en línea con los principios generales que hemos reseñado *ut supra*, y las recomendaciones de las Jornadas Nacionales citadas, resulta evidente que la obligación del proveedor no puede limitarse, simplemente, a advertir los riesgos o peligros ínsitos en el bien o el servicio y considerar con ello que sus obligaciones se han cumplimentado.

De tal forma, resulta imperativo que quien introduce el bien en el mercado (en el concepto amplio que proveedor que venimos desarrollando) sea quien asuma a su cargo, y obviamente sin costo alguno para el consumidor, la subsanación o eliminación de los peligros que aquel conlleva.

Y, de advertirse que tal situación no se configura en los hechos, el juez de oficio o cualquiera de las partes que integren el proceso, a través del instituto del *mandato preventivo*, deberá demandar el cumplimiento de dicha obligación (20).

Resulta interesante en este aspecto nuevamente determinar quién asume el rol de sujeto pasivo de esta obligación, ya que, usualmente, el fabricante (que es quien advierte la existencia del potencial riesgo o peligro como ya reseñáramos) delega la tarea de subsanación o eliminación del riesgo o peligro en un tercero.

El interrogante que debemos formularnos en este caso es, si ante el incumplimiento por parte del tercero en la tarea encomendada o ante la generación de nuevos daños por parte de dicho tercero al consumidor, cabe la posibilidad de responsabilizar al proveedor que delegara las funciones.

Obviamente la preliminar respuesta que se impone es la afirmativa (21); y así lo ha resuelto ya nuestra jurisprudencia al afirmar que el proceder del proveedor delegado (causante directo del daño) no puede calificarse como un factor que interrumpa la relación de causalidad iniciada con el vicio originariamente introducido en la cosa por el proveedor delegante (22).

Pero no es este el único argumento que podemos aportar, existiendo otros que, a nuestro entender, cuentan con un peso mayor.

Consideramos que en estos supuestos usualmente se genera una relación de confianza, dada por la asistencia a los llamados “*services* oficiales”. El consumidor entiende que estas personas han sido instruidas, habilitadas y formadas por el fabricante o importador, y que cuentan con el respaldo de la marca y/o del producto. A lo señalado debe adicionarse el hecho de que, en supuestos como los del art. 4 del decreto reglamentario, es el propio fabricante o importador quien le indica al consumidor o usuario que recurra a estos *services*.

De esta manera, y desde el punto de vista jurídico, el proceder de los concesionarios, distribuidores, *services* oficiales, etc., en determinados supuestos y configuradas determinadas situaciones podrá generar obligaciones para con el concedente y/o distribuido [más allá de las propias del art. 11, 19 y 40 de la Ley de Defensa del Consumidor (23)]. Todo ello principalmente a través de los siguientes fundamentos:

a) dado el supuesto de hecho, el *service* oficial podría quedar configurado dentro de un concepto amplio de dependiente (24) (y responsabilizar a su superior con fundamento en el art. 1.753 del Cód. Civ. y Com.).

Sin embargo la posibilidad de entender al *service* como un dependiente no se evidencia en todos los supuestos o no puede plantearse muy claramente (25), por lo que resulta recomendable recurrir a otros fundamentos...

b) atento a que generan en el consumidor o usuario una confianza digna de tu-

tadas por oficiales públicos, cartas con aviso de retorno o cartas-documento, etc.).

(18) El minorista podrá advertir la configuración de situaciones dañosas, pero usualmente no podrá determinar si la misma configura un hecho aislado o responde a un defecto en todos o varios de los productos.

(19) Imaginemos por ejemplo que se han insertado escasos productos en el mercado (vgr. un tanque de G.N.C. en algunos vehículos 0 km.) y se ha podido notificar a todos los consumidores, cumplimentando además los recaudos que seguidamente analizaremos.

(20) Cabe en este sentido recordar la causa resuelta por la CNCom., sala C, “De Blasi de Musmeci, Claudia c/ Sevel Argentina S.A. y otros”, 05/10/2001, JA 2002-II-346. En dicho proceso se evidenció la configuración de un defecto de fabricación en ciertos modelos de vehículos y si bien solo se demandaban los daños y perjuicios que habían sufrido las víctimas de un siniestro generado por dicho defecto, el Defensor de Menores (en segunda instancia) planteó la necesidad de que el proceso de fabricación del bien sea revisado por el INTI a fin de rectificar el defecto existente, petición a la que el Tribunal hizo lugar.

(21) Si bien es factible que existan hipótesis extremas donde el nexo de causalidad pueda llegar a quebrarse, dada la condición de objetividad de la responsabilidad existente en este ámbito de la responsabilidad y varios

argumentos que seguidamente reseñaremos, la configuración e eximición de responsabilidad se evidencia como altamente improbable. Quizás un supuesto probable podría darse en el caso que el consumidor, al asistir al local del proveedor en el que se delega la tarea sea víctima de un acto de violencia por un tercero, como por ejemplo un robo (en dicho supuesto la obligación de seguridad podrá aplicarse, de corresponder, al proveedor delegado, pero difícilmente al proveedor delegante).

(22) En el caso, el actor concurre a una concesionaria oficial a fin de reparar su vehículo debido a la obligación que analizamos. La concesionaria repara las piezas defectuosas, pero, habiéndose colocado incorrectamente una de ellas, al salir por la rampa de ascenso del local se desprende la rueda delantera izquierda del automóvil, el que cae sobre ese costado dañándose (CNCiv., sala I, “Mirás, Fernán c/ Grupo 3 Servicios S.A. y Otro”, JA 2003-IV-253).

(23) Una cuestión extremadamente interesante, y a la que lamentablemente solo referiremos por razones de extensión, es la relativa al alcance de esta responsabilidad con pluralidad de sujetos pasivos. Sabemos que los artículos citados (11, 19 y 40 LDC) imponen una obligación solidaria. Tal no es el supuesto de la norma, donde expresamente nada se dice. ¿Podemos calificar la obligación como solidaria, es un supuesto de obli-

gación concurrente o es simplemente mancomunada? Para ampliar la cuestión se sugiere consultar (entre otros) QUAGLIA, Marcelo C. y Van BECELAERE, Gerardo R.; “La persona jurídica como consumidora y el incumplimiento contractual ante la relación de consumo frente a los sistemas de distribución comercial”, RCCyC 2020 (junio), 246.

(24) La relación de dependencia o subordinación se manifiesta a través del derecho de dar órdenes o instrucciones acerca de la manera como deben cumplirse las funciones, así la define expresamente KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída en “Código Civil comentado, anotado y concordado”, t. 5, art. 1.113”, BELLUSCIO, Augusto C. (dir.), Astrea, Buenos Aires, 1994, p. 434.

(25) Por ejemplo, en los contratos de distribución, se plantea Kemelmajer de Carlucci: ¿cuándo puede considerarse configurada una relación de dependencia civil en los términos del art. 1113 del Cód. Civ.?, respondiéndose ella misma que el caso se presentaría ante la posibilidad de que un sujeto dé instrucciones acerca de la forma en que se debe cumplir una determinada función, la que, debe ejecutarse, a su vez, en interés de quien da las órdenes (KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída en “Código Civil...” ob. cit. p. 434). Como vemos, en el ámbito de los contratos de distribución en sentido amplio (concesión, distribución, franquicia, etc.), se evidencia muchas veces la imposición de un control

(12) Ante un “recall” a nivel nacional usualmente se comunica formalmente a la autoridad de aplicación de la ley de defensa del consumidor a nivel nacional y se sugiere, en ellos anuncios publicitarios, referir que se informa no solo a los consumidores, sino también a las autoridades, supliendo así eventuales omisiones a autoridades locales.

(13) La norma exige: “Los proveedores de cosas o servicios que, posteriormente a la introducción de los mismos en el mercado de consumo, tengan conocimiento de su peligrosidad, deberán comunicar inmediatamente tal circunstancia a las autoridades competentes y a los consumidores mediante anuncios publicitarios suficientes.”

(14) Dichos principios son parte de los comprendidos en la res. 36/2019 Mercosur, norma que ha sido internalizada en nuestro derecho a través de la res. 270/2020 SCI y que enuncia los principios fundamentales del sistema de protección del consumidor.

(15) Buenos Aires (2005), Comisión 2: *Obligación de Seguridad en el derecho de daños*.

(16) Cuyo contenido formal no se explicita (o sea si basta el medio gráfico, si hay que extenderlo al televisivo o radial, etc.).

(17) El recaudo de la notificación fehaciente refiere a la posibilidad de su posterior acreditación (por ej. comunicaciones telefónicas que sean grabadas o consta-

tela jurídica al contar con el respaldo de la marca adquirida. Entendemos que el fabricante o importador debe asumir los riesgos que genera al recurrir a esta tercerización en la prestación de servicios (los llamados “service” del vehículo, los supuestos de “recall”, etc.; o sea, los casos en que es el propio distribuido o concedente quien remite al cliente a su distribuidor o concesionario).

c) otra cuestión que debe ponderarse con relación a este aspecto es el de la llamada responsabilidad obligacional indirecta, la que se fundamenta en un criterio similar al del art. 1753 del Cód. Civ. y Com., aunque desde la óptica contractual: la responsabilidad del deudor con relación al tercero que introduce en el cumplimiento de sus obligaciones.

En este sentido no existe norma expresa en nuestro derecho; y la doctrina y la jurisprudencia se fundan en la obligación de seguridad para exigirla. Si bien existe alguna similitud, como hemos destacado, con el art. 1753 del Cód. Civ. y Com., en este supuesto no debe necesariamente tratarse de un dependiente, bastando que quien se considera el principal responsable introduzca este tercero en el cumplimiento de su obligación: se genera una disociación donde (sin perjuicio de posteriores acciones de repetición) uno es el que daña y el otro es quien debe responder (26).

Finalmente, otra cuestión de extrema relevancia vinculada con la presente obligación se relaciona con su eventual

incumplimiento. En tal sentido entendemos que el desoír estas pautas mínimas de conducta por parte del proveedor (subsana o eliminación del peligro) podrá configurarse:

i. un supuesto de agravamiento de la responsabilidad en que incurrirá cuando, pudiendo minimizar, reducir y/o eliminar los riesgos o peligros de un bien adopta una actitud pasiva y naturalmente reproachable;

ii. la procedencia de la aplicación del instituto del daño punitivo, dado el claro desinterés que evidencia en la tutela de derechos fundamentales como la salud, la vida y la integridad física del consumidor, tanto directo como indirecto (27);

iii. ambos casos a su vez serán pasibles de criterios de mayor agravamiento en el supuesto que el consumidor afectado pueda considerarse encuadrado en alguna de las categorías de hipervulnerabilidad, entendiéndose por tales a aquellos consumidores que se encuentren en otras situaciones de vulnerabilidad en razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, que provoquen especiales dificultades para ejercer con plenitud sus derechos como consumidores (art. 1, res. 139/2020 SCI) (28).

III. Breves consideraciones finales

Formuladas sucintamente algunas consideraciones sobre este interesante y enriquecedor instituto, podemos reseñar que:

na consumiera el medicamento y sufriera una serie de daños que, de advertirse en el prospecto, podría haber evitado).

(28) En tal sentido, en la causa “D., R. C. y otros c. Laboratorio Andrómaco SAIC y otro s/ daños y perjuicios”, AR/JUR/58131/2019, el juez de primera instancia resolvió ante un reclamo por reparación de los daños ocasionados a menores de edad por el uso de un protector solar que: “... el cumplimiento de las normas de seguridad que impone la autoridad administrativa no es suficiente justificación en torno a las medidas de precaución que deben adoptarse antes de sacar al mercado un producto como el propuesto... El fabricante del protector solar que causó una reacción alérgica a los menores debe abonar una indemnización del daño punitivo, pues, pese a que pudo la empresa realizar una actividad tendiente a profundizar estudios, y retirar luego el producto del mercado, esta conducta no fue a

1. La normativa vigente en nuestro país en la materia resulta insuficiente.

2. Ello exige un esfuerzo de los operadores jurídicos a fin de que, integrando la normativa con el régimen jurídico en su totalidad, especialmente a través de principios generales, se satisfagan los fines a los que el instituto procura arribar, con hincapié en la prevención del daño.

A tal fin, el diálogo de fuentes puede presentarse como una herramienta fundamental para procurar la solución más justa al caso concreto.

3. De tal manera debe exigirse que el proveedor (en el concepto amplio del régimen, arts. 2 ley 24.240 y 1093 Cód. Civ. y Com.) vaya más allá del texto normativo, y cumplimente determinadas obligaciones tácitas o implícitas que se desprenden de la situación que él mismo generara, al introducir un bien o un servicio potencialmente peligroso dentro del mercado.

4. Para ello es necesario muchas veces contar con la colaboración de los demás integrantes de la cadena de comercialización:

- Sea para poder desarrollar la debida trazabilidad del producto, y cumplimentar así debidamente con el deber de advertencia que se impone para con el consumidor.

- Sea para poder recuperar el bien del mercado y repararlo debidamente o reemplazarlo.

5. Naturalmente la interacción de diversos integrantes de la cadena de comercialización configurará una ampliación de sujetos pasivos de la obligación, con las consiguientes responsabilidades ante su incumplimiento.

6. En todo este contexto, atento a los derechos en juego (vida, salud, integridad física o psíquica) y la eventual calidad de sujetos activos intervinientes en la relación (por ej. hipervulnerables), deberán extremarse las diligencias por parte de los proveedores y, de corresponder, sancionar las inconductas que se configuren a través del llamado daño punitivo.

De tal forma se advierte una necesidad de revisión y reinterpretación del texto, a fin de adecuarlo a las reales necesidades que el llamado “recall” demanda. Tal es la línea en que deben proceder los proveedores ante situaciones como la planteada y también las eventuales reformas normativas que se produzcan en el futuro, reencauzando la figura por los canales que efectivamente debe transitar (29), todo ello sin perjuicio de poder (como en la sentencia que anotamos) considerar su configuración como un elemento presuncional relevante de la configuración de un vicio o defecto en la cosa o el servicio, con mayor razón aun si el bien no fue recuperado del mercado o el vicio subsanado debidamente (cuestión o carril que correrá en paralelo con las referencias y consideraciones que hemos efectuado en estas líneas).

Cita on line: TR LALEY AR/DOC/2865/2021

sobre la actividad del concesionario que admite la posibilidad de plantear este argumento de relación de dependencia: control de la contabilidad, imposición de formas de comercialización, exigencias de exclusividad, control sobre la contratación del personal, etc. Naturalmente referimos a una cuestión fáctica.

(26) VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A; “Turismo, cláusulas abusivas y responsabilidad contractual indirecta”, RCYS 2003-385.

(27) Así lo ha resuelto ya nuestra jurisprudencia en CNCiv., sala G, 25/09/2012, “L., N. R. c. Laboratorios Phoenix SAICF y otros s/ daños y perjuicios”, LA LEY, 2012-XI-56. En el caso se comercializaba un producto sin las debidas contraindicaciones, a pesar de que la ANMAT había impuesto al proveedor emitir un nuevo prospecto (si bien el mismo se emitió nunca se retiraron del mercado los medicamentos que contenían el prospecto incorrecto lo que implicó que una perso-

tiempo y es especialmente valorable esta omisión, porque no podía desconocer la advertencia del organismo de aplicación con relación a un sector de la población particularmente vulnerable, y con el que debe tenerse mayor cuidado y prevención, como son los niños”. Lamentablemente la Cámara (CNCiv., sala B), revocó dicha resolución planteando, en una discutible solución, la ausencia de responsabilidad subjetiva. Respecto al factor de atribución en el ámbito de los daños punitivos puede consultarse QUAGLIA, Marcelo C. y RASCHETT, Franco, “El factor de atribución exigido en los daños punitivos”, JA 2018-I, 1496.

(29) Puede destacarse en este sentido el texto de los Proyectos de Código de Defensa del Consumidor en actual estado de trámite parlamentario: Exptes. 3143-D-2020 y 5156-D-2020. La norma proyectada en su art. 14 determina el contenido mínimo de la información: “Sin perjuicio de lo establecido en las normas

especiales, los proveedores están obligados a informar de manera fácilmente perceptible al consumidor, en función de las características del bien o servicio de que se trate, lo siguiente:... 6. La peligrosidad de bienes y servicios que se tome conocimiento con posterioridad a su introducción. En tal caso, los proveedores deberán hacerlo saber inmediatamente a los consumidores, a su exclusivo costo y cargo, mediante mecanismos de comunicación eficientes que les garanticen la efectiva posibilidad de conocer tal circunstancia; entre otros, a través de anuncios publicitarios por la prensa, radio, televisión e internet. Deberán, también de manera inmediata, comunicarlo a las autoridades competentes, y en su caso, retirarlos del mercado”. En referencia al referido proyecto mismo puede consultarse, HERNÁNDEZ, Carlos A.; JAPAZE, Ma. Belén; OSSOLA, Federico A.; SOZZO, Gonzalo; STIGLITZ, Gabriel A., “Hacia el Código de Defensa del Consumidor”, LA LEY 15/03/2021, 1.

Jurisprudencia

Privación ilegítima de libertad

Hurto. Amenazas coactivas. Delitos cometidos contra la ex pareja del imputado. Condena. Imposición de reglas de conducta.

1. - Se condena al imputado a la pena de dos años y tres meses de prisión de ejecución condicional, por ser autor de los delitos de amenazas coactivas, hurto y privación ilegal de la libertad agravada por haber mediado violencia, todo lo cual concurra de manera real. En lo concerniente al denominado “Hecho 1” se ha acreditado que el imputado le refirió a su expareja “con cualquiera que te vea lo acuchillo, a vos capaz que no te hago nada”; con relación al “Hecho 2” quedó acreditado, que el imputado le sustrajo, sin que se diera cuenta, el teléfono celular; y en cuanto al “Hecho 3”, se tuvo por probado que el imputado retuvo en contra de su voluntad a su expareja por un lapso aproximado de dos horas en el interior de su domicilio.

2. - El condenado debe seguir las siguientes reglas de conducta: a) fijar domicilio y someterse al control de la Dirección de Control y Asistencia de Ejecución Penal; b) realizar cuatro horas mensuales de tareas comunitarias; c) realizar un curso para hombres violentos; y d) la prohibición de acercamiento y contacto por cualquier medio respecto de la víctima, a excepción de los temas atinentes a la crianza de su hijo en común, lo cual deberá canalizar por la vía civil correspondiente (art. 27 bis del Cód. Penal).

TOral Crim. Nro. 1, 17/09/2021. - D., F. G. c. L., F. s/ Privación ilegal de libertad (art. 144 bis inc. 1).

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/141847/2021]

Buenos Aires, septiembre 16 de 2021.

Considerando: I. Que el fiscal de instrucción, Dr. Ignacio Mahiques, requirió la elevación a juicio en los siguientes términos:

“Resultan materia de imputación los hechos de violencia cometidos por F. L. contra F. G. D., con quien mantuvo una relación amorosa desde el 2013, en la cual al año siguiente iniciaron la convivencia y nació su hijo, S. M. L. D., de 4 años de edad. La relación culminó en noviembre de 2017.

Concretamente se le atribuyen los siguientes sucesos, a saber:

1) El ocurrido el 4 de febrero de 2019, alrededor de las 22 hs., en el interior del colectivo de la línea 8, en el cual viajaba junto a D. y su hijo S., tras haber llevado al niño a la psicóloga.

Durante el trayecto, le hizo una escena celotípica en la cual decía que ella estaba en pareja con otra persona y, en ese contexto le refirió “con cualquiera que te vea, lo acuchillo, a vos capaz que no te hago nada”. Para ese momento, D. había puesto a grabar la conversación, lo cual había hecho disimuladamente poniendo su teléfono celular en

un bolsillo de la mochila que había ubicado entre el imputado y ella.

2) En tales circunstancias, cuando el ómnibus pasaba por la zona de la Plaza de los Dos Congresos, L. la saludó y le refirió “si me amás, te espero en casa”, no sin antes apoderarse discretamente de su teléfono celular, marca Motorola G6 Play, color negro con funda color turquesa, con línea N° ... de la empresa Movistar.

D. fue advertida de lo ocurrido por el niño, quien le dijo: “mamá, te sacó el teléfono”, mientras el imputado se bajó velozmente del colectivo y siguió su fuga hacia su domicilio.

La damnificada y su hijo comenzaron a seguirlo y pese a haber ido al departamento de aquel para intentar recuperarlo, al día de hoy no pudo hacerlo.

Cabe señalar que, durante esa jornada, en el interior de su domicilio, L. le advirtió a D. que, si quería el teléfono, tenían que salir juntos y tener sexo, pero que como él no

era un violador, ella tenía que tener ganas de acostarse con él.

Asimismo, el día siguiente, se presentó en la puerta del edificio donde vive D., sito en Av. ... de esta ciudad, y le manifestó que, si quería recuperar el teléfono celular, le tenía que abonar \$2.000, ya que lo había vendido en “una cueva” del barrio porteño de Once.

3) El [hecho] ocurrido en la madrugada del 5 de febrero de 2019, alrededor de las 2:00 hs., en el interior del domicilio del imputado, cuando con la excusa de que le devolvería el teléfono celular sustraído, L. le pidió a D. que ingresara a su domicilio y ella accedió a hacerlo con la condición de que no cerrara con llave la puerta y que las llaves las conservaría ella.

En ese contexto, aquel se ubicó varias veces cerca de la ventana diciéndole “yo no tengo porqué seguir viviendo, esto es una mierda” y haciendo ademanes de que se arrojaría. D. intentó evitar que ello sucediera, para lo cual intercedió físicamente entre L. y la ventana.

Seguidamente, la damnificada quiso retirarse de la vivienda y, al tratar de salir, el imputado colocó su brazo para que ella no pudiera abrir la puerta. Luego le quitó las llaves, colocó una de ellas en la cerradura y le refirió que se había partido, tras lo cual le dijo nuevamente que se iba a matar, ingirió un blíster de pastillas de Clonazepam y se tomó una botella de vino.

Al cabo de al menos dos horas sin poder retirarse, D. atinó ayudar a L., quien se encontraba tendido en el piso, y para ello discó el 911 desde el teléfono celular del imputado, que estaba cargando su batería. En ese contexto, el causante intentó quitárselo de las manos violentamente a punto tal que el aparato golpeó la boca de la damnificada.

Ella intentó ir en busca del teléfono por segunda vez, pero L. le pegó una patada en el antebrazo derecho.

En ese momento, D. vio que las llaves que le había quitado aquel se encontraban en el piso, por lo cual las agarró, junto con el teléfono celular de él —que tomó para llamar al 911 en caso de que él la persiguiera para evitar que se fuera—, y así logró salir de la vivienda.

Una vez en el pasillo, L. fue a buscarla y comenzó a tironearla para ingresarla nuevamente a su departamento, para luego pegarle una cachetada ante sus gritos de auxilio.

Finalmente, al escuchar la situación una vecina del mismo piso salió a ver qué estaba pasando, lo cual fue aprovechado por D. para subir al ascensor y salir posteriormente del edificio” (ver requerimiento de elevación a juicio obrante a fs. 106/113 vta. del expediente digitalizado en *Lex 100*).

Calificó los hechos como constitutivos de los delitos de amenazas coactivas, hurto simple y privación ilegítima de la libertad agravada por haber sido cometida con violencia, todos en concurso material entre sí, atribuyéndole a F. L. la calidad de autor (arts. 45, 55, 142 inc. párrafo, y 162 del CP de la Nación).

De manera digital, las partes presentaron en *Lex 100* el acta de acuerdo en los términos del inc. 2º del art. 431 bis CPPN, firmada por la Auxiliar Fiscal, y ratificada por el imputado y su defensa a fin de que se imponga a estos autos el procedimiento abreviado introducido por la ley 24.825.

Según surge de la misma, la Auxiliar Fiscal conversó con el Dr. Marcos Marini, quien asesoró debidamente a su asistido, y se le hizo saber que al pedir la abreviación re-

queriría que el hecho del requerimiento de fs. 106/113 vta., que fue admitido en ese acto por el imputado, fuera calificado como amenazas coactivas, hurto simple y privación ilegítima de la libertad agravada por haber sido cometida con violencia, todos en concurso material entre sí, debiendo L. responder a título de autor, y que solicitaría la pena de dos años y tres meses de prisión en suspenso y las siguientes reglas de conducta por idéntico plazo que el de la condena: a) fijar domicilio y someterse al control de la Dirección de Control y Asistencia de Ejecución Penal; b) realizar cuatro horas mensuales de tareas comunitarias; c) realizar un curso para hombres violentos; y d) la prohibición de acercamiento y contacto por cualquier medio respecto de la Sra. F. G. D., a excepción de los temas atinentes a la crianza de su hijo en común.

Ante esta presentación se tomó conocimiento *de visu* del imputado F. L. (ver constancia de la video audiencia en *Lex 100*). En dicho acto se le refirió el acuerdo al imputado y se lo interrogó en punto a si había sido informado por su defensa acerca de la naturaleza y efecto de este, a lo que manifestó que sí y que había prestado libremente su consentimiento, por lo que, resultando formalmente admisible el acuerdo presentado, se llamó a autos para sentencia y quedaron estos en condiciones de ser fallados.

II. Que se encuentra probado que el 4 de febrero de 2019, a las 22 horas aproximadamente, en oportunidad de encontrarse F. L. viajando en el colectivo de la línea 8 junto a su pareja F. G. D. y el hijo menor que ambos poseen, S. L. D., el imputado le refirió a D. “con cualquiera que te vea lo acuchillo, a vos capaz que no te hago nada” (*sic*) —hecho 1—.

En dicha oportunidad, tras referirle la frase de mención, aprovechando el descuido de la nombrada D. le sustrajo su teléfono celular marca “Motorola,” modelo *G6 Play*, dicha maniobra fue advertida por el menor, quien le avisó a su madre de lo sucedido, oportunidad en la que el imputado bajó rápidamente del colectivo, siendo perseguido por la Sra. D. hasta el domicilio del mismo —sito en ...—, no logrando recuperar su teléfono —hecho 2—.

Asimismo, alrededor de las 2 a.m. del día siguiente, es decir el 5 de febrero de 2019, la nombrada D. se presentó en el domicilio del imputado, sito en ..., CABA, con la ilusión de que le devolviera el celular que la noche anterior le había sustraído, y luego de mantener una discusión, la nombrada intentó retirarse del domicilio, acción que fue impedida por L. quien, en un primer momento, colocó su brazo sobre la puerta para evitar que la abriera y luego le quitó las llaves de la misma.

Luego de aproximadamente dos horas, aprovechando que L. se encontraba alcoholizado y bajo los efectos de haber ingerido un blíster de Clonazepam tirado en el piso, tras advertir que las llaves de la puerta se encontraban tiradas en el piso, D. tomó las mismas y logró egresar de la vivienda, oportunidad en la cual el imputado salió al pasillo del departamento e intentó impedir que se fuera, tratándola de ingresar nuevamente por la fuerza, y ante los gritos de auxilio que la misma exclamara salió una vecina del piso, situación que fue aprovechada por la damnificada para escapar —hecho 3—.

Para la reconstrucción de estos hechos tengo en consideración, en primer término, lo declarado ante la fiscalía de instrucción por la damnificada F. G. D.:

“...El 4 de noviembre de 2019, cerca de las 22 hs., íbamos en el colectivo de la línea 8. F. se iba a bajar en Congreso y S. y yo en Parque Lezama. Yo llevaba el teléfono en la

mochila y la había puesto cerca de él, entre medio de los dos, para que se pudiera escuchar, ya que lo estaba grabando porque F. me estaba amenazando. Él piensa que yo estoy con alguien. Me decía “con cualquiera que te vea lo acuchillo, a vos capaz que no te hago nada”. En un momento, me abrió la mochila, y sin que me diera cuenta, agarró mi teléfono celular. Me saludó y me dijo “si me amás, te espero en casa”. S. me dijo “mamá, te sacó el teléfono”. F. se bajó corriendo con mi teléfono, cruzó con el semáforo en verde, casi lo pisan. Yo me bajé ahí mismo y empecé a gritar. Intenté correrlo, pero no pude mucho, porque estaba con S. A una cuadra de la casa de F. hay un locutorio y desde ahí llamé a mi mamá. Creo que F. me sacó el celular para revisármelo por si estaba con alguien. Millones de veces me revisó el celular, lograba desbloquear mis teléfonos a pesar de que yo le ponía contraseñas. Todavía no lo recuperaré. Me dijo que lo había vendido, y me pedía \$2.000 para recuperarlo. Me decía “dame \$2.000 y te lo devuelvo.” Mi teléfono tiene localizador, pero solamente cuando se prende. Lo busqué y me dio que estaba en el barrio de Once, en un garaje. Fui a ese estacionamiento y no lo encontré. La semana pasada, el miércoles 13, me lo crucé a la salida de mi trabajo. Le dije que no podía acercarse, porque el Juzgado Civil nos prohibió a ambos acercarnos. Ahí me dijo que el colectivo justo lo había dejado ahí, porque estaba cortado por Plaza de Mayo y tenía que pasar por ahí para hacer el documento, porque se lo habían robado. Me dijo que si quería, me daba en un *pendrive* los archivos que tenía en mi teléfono con las fotos de S. Le dije que se lo metiera en el upite y que se fuera. Preguntada respecto de las circunstancias en las que no habría podido salir de la vivienda del L., responde: “la primera vez, habrá durado una hora u hora y media y estábamos con S. F. cerró la puerta con llave y se la guardó en el bolsillo. Yo trataba de estar tranquila, porque estaba mi nene. Le decía que quería salir y que me devolviera el teléfono. Él me decía que si accedía a tener relaciones sexuales con él, me lo iba a devolver, y que, como no era un violador, quería que yo quisiera tener sexo con él. En un momento me agarró del cuello, y me dijo “vos no entendés que ya está todo perdido” y ahí me empezó a agarrar miedo, porque hasta ese momento yo había accedido a entrar a su departamento para recuperar el teléfono. Le dije que me quería ir y me decía “pará, vamos a hablar”. Ahí enseguida empezó a sonar el timbre. La policía subió, porque le abrió el encargado. Preguntaban si yo estaba ahí, pero yo me quedaba callada porque F. me dijo que si no hablaba me iba a dar el celular. Al principio le negó a la policía que yo estaba ahí y después me asomé y ahí salimos. Esto habrá sido a las 24 hs.

Después yo volví a subir, creyendo que me iba a devolver el celular. Entré con la condición de que no íbamos a cerrar con llave y yo me iba quedar con ella. Así fue, y me empezó a decir que se iba a tirar, y cada vez que me iba para la puerta, él venía, ponía la mano y empezábamos a discutir y él me decía que quería hablar. Volvimos a sentarnos en la cama para hablar, F. se ponía en la ventana haciendo que se iba a tirar. En un momento dado, cuando yo por tercera vez voy para la puerta, F. me sacó la llave de la mano y metió una llave finita que se partió en la cerradura. Ahí me puse peor. No podía salir. Esta situación fue eterna, habrá durado una o dos horas hasta que pude salir. Siguió diciéndome que se iba a matar. Se metió en la boca un blíster de Clonazepam y después de tomar cada pastilla me decía “decile a S. que lo amo, lo único que quiero es que me abrace hasta que me duerma”. Se tomó un vino que tenía en la heladera y se quedó tirado en el piso. Lo vi muy mal y quise llamar a la ambulancia. Como no me acordaba el número, llamé al 911. Agarré el teléfono de él que se estaba cargando y me dio un manotazo para quitármelo. El aparato me golpea en la boca

y se cae al piso. Quise agarrar el teléfono de nuevo y me dio una patada en el antebrazo derecho. No me llegué a comunicar con el 911 ninguna de las dos veces. Ahí veo que las llaves estaban en el piso y que se habrían caído después de tomar las pastillas. Ni bien las vi, agarré las llaves y agarré su teléfono celular para llamar al 911 por si él me seguía. La puerta tiene 2 llaves y supuestamente estaba trabada con la finita que se rompió, y cuando yo agarré estas llaves del piso, probé con una y logré salir. Salí al pasillo y volvimos a forcejear. Me tironeaba para que volviera, me pegó una cachetada en la boca para que no pidiera más auxilio. Salió una vecina del 10º piso, creo que del 10º “B”, y aprovechó para bajar. Estaba el encargado, eran las 03 hs. y él me abrió puteándome. No sé qué pasó con su teléfono celular, creo que en el forcejeo lo recuperó, pero no lo sé. No sé si él lo agarró o si se me cayó. Sé que lo recuperó, porque al día siguiente me lo mostró y me dijo que yo se lo había roto; es más, vi que tenía la pantalla astillada. Preguntada si le quedaron marcas visibles producto de la violencia física, responde “no y no me hice revisar en ningún lado”. Preguntada respecto de lo manifestado en la Comisaría sobre su deseo de instar la acción penal, refiere “me dio miedo y ahora que lo pienso y entiendo diría que sí, que quiero instar la acción penal...” (cfr. fs. 32/33 vta. del expediente digitalizado en *Lex 100*).

Asimismo, contamos con la declaración que la damnificada D. brindara ante la Oficina de Violencia Doméstica de la CSJN donde en lo concernientes a los hechos ventilados en la presente refirió:

“El cuatro de este mes, volviendo de la psicóloga de mi nene en el colectivo de la línea 8, F. L., mi ex que estaba conmigo, me venía amenazado que, si estaba con alguien, que le iba a hacer daño a la persona que estuviera conmigo, que ya lo iba a agarrar. Remarcando que lo dejé solo, que no le di una oportunidad. Venía hablando, yo venía grabando la conversación con el celular, lo tenía a mi nene sentado y la mochila. Cambie a la mochila de lugar, él me abraza, se apoya en mi hombro y ya estábamos llegando a donde él se baja. Me dice al oído: si me amas, te espero en casa. Ahí se baja corriendo, miró la mochila abierta y no estaba el teléfono, mi nene empieza a llorar. Me bajo corriendo, mi nene decía: “¿porque nos robó el teléfono?”, empecé a gritar: “policía” y a correr. Llegando a la casa llame a mi mamá para avisarle. Voy hasta el edificio y llamé al 911. Baja, él estaba en su edificio. Niega que esté el aparato, estaba la policía ahí. Me dijo que si lo denunciaba iba a hacer una contradenuncia, y que solo lo podían revisar con una orden de allanamiento. Cuando se iba la policía, me habla y me dice: “subí que yo te lo doy y hablamos, lo tengo arriba”. Accedo y subo, ahí cuando entramos le pone a S. un jueguito en el celular y cierra la puerta. Me lleva al baño para hablar, me hace un cacheo para ver si tenía un micrófono, y en el baño me empieza a decir que me devolvía el teléfono si yo accedía a volver con él. La segunda negociación, es que si tenía sexo o si salía con él de vez en cuando me lo devolvía. A todas me negué, pero accedí a salir una sola vez con él. Todo el tiempo remarcando que soy la única persona que lo entiende. Ahí suenan los timbres, vino mi mamá, con un policía. Llamen a la puerta y él negaba que estamos ahí, mi nene hizo un ruido y pudimos salir, antes de que saliera, me dijo que el teléfono lo tenía y me lo devolvía si no hacía nada. Entonces cuando bajo, le dejo el nene a mi mamá y vuelvo a tocar el timbre. Me vuelve a convencer, entro de nuevo con la condición de quedarme con la llave y que no cerrara. Ahí empezó a amenazar que se iba a tirar por la ventana del baño. Cuando amagué para ir a la puerta venía a forcejear, para que no me vaya así hubo dos intentos más. Me quería manotear la llave, trabando la puerta, poniéndose enfrente de la puerta. Después de dos intentos, me logra sacar la

llave, me lastimó las manos, no me dejó ninguna marca. Se rompe la argollita de la llave, agarró una llave y cierra, dice que se partió la llave. Vuelve, yo estaba supuestamente encerrada, empieza a tomar una caja de Clonazepam, en ese momento, parecía un *acting*, me decía *quiero que me abrace hasta que me duerma*. Se tomó una botella de vino. En un momento queda tirado en el piso, lo intento levantar, pensaba que estaba desmayado, entonces agarró el teléfono, intento llamar al 911. Ahí el desde el piso me pega un manotazo, el teléfono me pega en la boca y cae al piso, lo tira debajo de la cama, saco el teléfono e intento de nuevo volver a llamar, ahí me tira una patada del piso, me pateó en el brazo derecho. Ahí aprovecho, agarro las llaves, voy a la puerta, intento abrir, él venía, logré salir. Salgo corriendo y llamo al ascensor, él me llama desde la puerta y viene. Me voy y él me agarra de los brazos y me tironea para que vuelva al departamento, empiezo a gritar auxilio y él me pega una cachetada en la boca para que me calle, me escucha la vecina, y empieza a preguntar qué pasa. Él se asusta y me suelta, retrocede y se va al departamento y me llama, ahí aproveche y me fui. La vecina llamó a la policía, porque él baja atrás mío. Discutió con los policías que vinieron. La policía me llevó a lo de mi mamá...” (cfr. fs. 16/19 vta. del expediente digitalizado en *Lex 100*).

También tenemos la declaración que la Sra. D. brindara en sede policial:

“Que se hace presente en el asiento de esta dependencia a los fines de radicar denuncia en contra de su ex pareja, el Sr. L. F., de 29 años de edad, DNI N° ..., de nacionalidad argentina, fecha de nacimiento 22/11/1989, desocupado, tel. celular: (...)..., con domicilio particular en la calle ..., Barrio San Nicolás, de esta ciudad, con quien mantuvo una relación de convivencia por el lapso aproximado de 4 años, separándose los primeros días de noviembre del 2017, de cuyo vínculo posee un hijo en común, el menor S. M. L. D., de 4 años de edad. Seguidamente amplía que la relación entre ambos se terminó debido a situaciones de violencia física y psicológica padecidos en el seno familiar. No obstante a ello, desde efectuada la separación el Sr. L., comenzó a maltratarla física y verbalmente, como así también realizarle en distintos horarios y días constantes llamados telefónicos. Continúa su relato refiriendo que el día lunes (04/02/2019), aproximadamente a las 22 horas, la misma se encontraba viajando junto a su hijo y el acusado, en la línea de colectivo N° 8, llegando a la parada de la plaza de Congreso, el mismo le refirió “Si me amas te espero en casa...” (*sic*), para luego sacarle su celular que la deponente llevaba en su mochila, y salir corriendo con su celular. Que ante esa situación la misma también se baja del colectivo y comienza a correrlo junto, al menor. Continúa su relato manifestando que luego dirigirse junto al menor a la vivienda del Sr. L., que siendo las 22.30 horas, llega al lugar y le solicita al encargado del edificio un teléfono, el ofrece su celular y la deponente procede a llamar al 911 emergencia para informar lo ocurrido. Que, al arribar el móvil policial, proceden a tocar el timbre del edificio del acusado, y el mismo procede a bajar y entrevistarse con el personal policial, agrega que el acusado les manifestaba a los efectivos “No sé por qué dice eso yo no se lo saqué, yo no tengo nada, ella está loca (*sic*). Seguidamente el personal policial le informó a la damnificada que debía presentarse ante la Dependencia a realizar la denuncia, el cual la misma manifestó que iba a concurrir en otro momento. Continúa su relato, luego el personal policial se retira del lugar y la misma procede a entrar al departamento, dado que el acusado, cuando se fue el personal policial, le devolvería el aparato celular. Una vez en el lugar el acusado comenzó a chantajearla diciéndole “...Si vos querés el celular, negociemos, si querés el teléfono, tenemos que salir juntos segui-

do, intentemos estar juntos de nuevo...” (*sic*). Atento a ello, de que la misma le manifestara que la relación se terminó, y que si accedía a salir con él solo una vez, pero como amigos, que ante esa situación la toma del cuello y le manifiesta “...Me voy a matar, ya no tengo ganas de vivir, tengo ganas de matarme, por más que no me denuncies está todo por perdido...” (*sic*). Que en un momento siendo las 23.30 horas, suena el timbre del departamento y el acusado la suelta y procede a atender el portero eléctrico, manifestando la deponente que se trataba de la progenitora, quien había llegado al domicilio en compañía de un personal policial. Atento a ello el mismo atiende mediante el portero eléctrico a la progenitora de la misma y le manifiesta que no sabe quién es F., para luego cortar la comunicación. Continúa su relato manifestando que el personal policial solicita autorización al encargado para subir al departamento del acusado; que una vez allí, el mismo le abre la puerta y el personal policial observa que la damnificada y el menor se encontraban en el lugar, pudiendo así la referida salir de la vivienda para luego darle el menor a la madre, la Sra. S. y retirarse del lugar, manifestando que una vez que se retira la madre con el menor continúa hablando con el acusado, y en ese instante el acusado se dirige al baño, saca un plástico, y comienza a referirle a la damnificada “...Yo no tengo que por que seguir viviendo, esto es una m...” (*sic*), agrega que en el baño de mención se ubica en una ventana, el cual el mismo amenazaba con arrojar desde allí, mencionando que para que el mismo no se arroje al precipicio, comenzó a forcejear. Continúa su relato manifestando que luego de ello la misma le manifiesta que se retira del lugar, es así que el acusado se le coloca frente a la puerta de salida del departamento para que la misma no saliera y comienzan nuevamente a forcejear, que en ese instante el Sr. L., le saca de las manos las llaves y cierra la puerta de ingreso. Refiriéndole el acusado que la llave de la puerta se rompió, para luego tomar varias pastillas de Clonazepam delante de la deponente, mientras el mismo se encontraba en el piso simulando estar dormido, la misma toma el teléfono del acusado y procede a llamar al 911. No llegando a comunicarse, dado que el mismo sorprendentemente le profirió un golpe de puño en la boca (lesiones no visibles a la inspección), es así que la misma se asusta de la situación y nuevamente procede a tomar el teléfono del acusado e intentar llamar nuevamente a emergencias, no logrando su cometido, dado que nuevamente el acusado le propina una patada en el antebrazo lado derecho, para luego la misma tomar las llaves, salir del departamento corriendo hacia el ascensor, que en ese momento el acusado la sigue hasta el hall del lugar, y una vez allí comienzan a un nuevo forcejear, es en ese instante que la damnificada comienza a proferir gritos de auxilio, agregando que mientras pedía ayuda, el mismo le profería golpes con la mano abierta en la boca, que en ese momento y una vecina escuchó los gritos y comenzó a preguntar en voz alta, qué estaba pasando, que en ese momento el acusado se asusta y procede a soltar a la deponente, es allí que la misma aprovecha la situación y procede a subirse al ascensor y logra salir del edificio, que al llegar a la planta baja, manifiesta que se encontraba el portero, quien le abrió la puerta de ingreso...” (cfr. fs. 1/2 vta. del expediente digitalizado en *Lex 100*).

A ello se aduna: a) el informe de riesgo elaborado por los profesionales de la Oficina de Violencia Doméstica de la CSJN el cual valoró la situación de la damnificada como de riesgo medio (cfr. fs. 20/22 del expediente digitalizado en *Lex 100*); y b) las transcripciones de la llamada al 911 que realizó el día 5 de febrero de 2019 a las 2.15 horas la vecina de L. del 10 C de nombre G., donde da cuenta del pedido de auxilio de la denunciante en autos (cfr. fs. 56/56 vta.).

Finalmente, en lo concerniente a la materialidad de los hechos que se tuvieron por probados, cierra el círculo convictivo el reconocimiento que hiciera el encausado al celebrar el acuerdo previsto por el artículo 431 bis del CPPN, respecto de la existencia de los mismos y la participación que en ellos le cupo (ver escrito incorporado en *Lex 100* “Acompaña acuerdo de juicio abreviado”).

III. Que los hechos descriptos en el considerando II constituyen los delitos de amenazas coactivas —hecho 1—, hurto —hecho 2— y privación ilegal de la libertad agravada por haber mediado violencia —hecho 3—, todo lo cual concursa de manera real, debiendo responder F. L. a título de autor (arts. 45, 55, 142 inc. 1º, 149 bis segundo párrafo, y 162 del CP).

Ello así por cuanto, en lo concerniente al denominado “Hecho 1” se ha acreditado que el imputado le refirió a su expareja F. G. D. “con cualquiera que te vea lo acuchillo, a vos capaz que no te hago nada”, dicha frase tenía como objetivo que la damnificada no iniciara una nueva relación amorosa. Es decir, no hiciera algo en contra de su voluntad, infundiéndole temor a su receptora pues le anunciaba un mal futuro.

En relación con el hurto (“Hecho 2”) quedó acreditado, asimismo, que en oportunidad de encontrarse viajando en el colectivo el imputado junto a su hijo y la expareja, le sustrajo discretamente —sin que se diera cuenta— el teléfono celular marca Motorola G6 Play que la damnificada llevaba en uno de los bolsillos de su mochila, para luego bajarse del colectivo, dicha situación fue advertida por el menor quien le dio aviso a su madre, cuando L. ya había descendido del colectivo.

El celular nunca fue recuperado por lo que el hecho debe considerarse consumado.

Finalmente, en cuanto al tipo penal de privación ilegítima de la libertad agravada (“Hecho 3”), también se tuvo por probado que el imputado L. en la madrugada del 5 de agosto de 2019, retuvo en contra de su voluntad a su expareja F. G. D. por un lapso aproximado de dos horas en el interior del domicilio del nombrado.

En concreto, cuando la damnificada se presentó voluntariamente al domicilio del imputado con la idea de recuperar su celular que le había sustraído la noche anterior, luego de mantener una discusión con el imputado en el interior de su domicilio, la misma decidió retirarse del lugar, circunstancia que fue impedida por la fuerza por el imputado, quien, en un primer momento, se colocó delante de la puerta y comenzó un forcejeo con la Sra. D., logrando quitarle las llaves de la mano, para luego trabar la puerta simulando que se había roto la llave. A su vez, cuando la Sra. D. intentaba tomar el celular del imputado para llamar al 911 aprovechando que el mismo se encontraba bajo los efectos de la ingesta de alcohol y un blíster de Clonazepam, el mismo le profirió golpes para evitar que ello sucediera.

Finalmente, la víctima logró hacerse de las llaves y egresar de la vivienda, situación que el imputado intentó evitar nuevamente, tratando de reingresarla por la fuerza, pero gracias a los gritos de auxilio una vecina salió de su departamento y al preguntar qué estaba pasando, L. soltó a la Sra. D., quien aprovechó para escapar.

Los diferentes tipos penales corresponde abarcarlos por las reglas del concurso real, ya que se trataron de acciones independientes perfectamente escindibles entre sí (art. 55 del CP).

No se advierten, ni las partes han invocado, causas de exclusión del injusto o de la

culpabilidad que pudieran tornar lícitas las conductas enrostradas a L. ni que impidan reprocharlas.

IV. Que, sentado lo anterior, en relación a F. L. la escala penal aplicable se extiende de dos a diez años de prisión. Ese es el marco en el cual deberían considerarse las pautas objetivas y subjetivas de valoración señaladas en el art. 41 del CP, a fin de graduar la pena a imponer al nombrado L.

Ahora bien, en su presentación que motivó la presente, la representante del Ministerio Público Fiscal solicitó que le imponga la pena de dos años y tres meses de prisión en suspenso y costas, de modo tal que, en virtud de lo dispuesto por el art. 431 bis, inc. 5º, CPPN, introducido por la ley 24.825, no puedo subir el monto de la pena pactada.

Sin perjuicio de ello, cabe mencionar circunstancias agravantes que hubiesen ameritado imponer una pena superior a la propuesta por el Ministerio Público Fiscal: a) la cantidad de hechos imputados; b) que todos fueron cometidos en contra de su expareja, madre de su hijo menor, y en un contexto de violencia de género; y c) que todos los hechos fueron realizados en presencia de su hijo menor, inclusive el denominado “Hecho 3”, vale recordar que el niño concurrió con la madre al domicilio del imputado, y luego fue retirado por su abuela materna, quien concurrió al domicilio del imputado con personal policial, con las consecuencias psicológicas negativas que ello acarrea para el menor. No encontrando en el caso circunstancias atenuantes, y demás pautas mensurativas de los artículos 40 y 41 del CP (ver informe social en el legajo de personalidad).

La pena que se le impondrá a L. será dejada en suspenso de conformidad con lo normado por el artículo 26 del CP, ya que el nombrado carece de antecedentes condenatorios (ver certificado de antecedentes e informes agregados en *Lex 100*) y no se advierte qué beneficios tendría, desde la óptica de la prevención especial, la exigencia de encierro efectivo que se encuentra satisfecho con la amenaza de cumplimiento de la pena en concreto.

Asimismo, la Auxiliar Fiscal solicitó por el plazo de dos años y tres meses la imposición de las siguientes reglas de conducta: a) fijar domicilio y someterse al control de la Dirección de Control y Asistencia de Ejecución Penal; b) realizar cuatro horas mensuales de tareas comunitarias; c) realizar un curso para hombres violentos; y d) la prohibición de acercamiento y contacto por cualquier medio respecto de la Sra. F. G. D., a excepción de los temas atinentes a la crianza de su hijo en común, lo cual deberá canalizar por la vía civil correspondiente.

De modo tal que, resultando razonable la imposición de las obligaciones solicitadas por el Ministerio Público Fiscal, se le impondrán las mismas al nombrado L. por el término señalado por la Auxiliar Fiscal (art. 27 bis del CP).

Por todo lo expuesto, resuelvo: I. Condenar a F. L., de las demás condiciones personales obrantes en el encabezamiento, a la pena de Dos años y tres meses de prisión de ejecución condicional y al pago de las costas del proceso, por ser autor material penalmente responsable de los delitos de amenazas coactivas —hecho 1—, hurto —hecho 2— y privación ilegal de la libertad agravada por haber mediado violencia —hecho 3—, todo lo cual concursa de manera real (arts. 26, 29 inc. 3º, 40, 41, 45, 55, 142 inc. 1º, 149 bis segundo párrafo, y 162 del CP y 530 y 531 del CPPN). II. Imponer a F. L. por el término de dos años y tres meses, las siguientes reglas de conducta: a) fijar domicilio y someterse

al control de la Dirección de Control y Asistencia de Ejecución Penal; b) realizar cuatro horas mensuales de tareas comunitarias; c) realizar un curso para hombres violentos; y d) la prohibición de acercamiento y contacto por cualquier medio respecto de la Sra. F. G. D., a excepción de los temas atinentes a la crianza de su hijo en común, lo cual deberá canalizar por la vía civil correspondiente (art. 27 bis del CP). Insértese, hágase saber y cúmplase. Una vez firme el fallo, practíquese las comunicaciones de estilo. — *Fernando R. Ramírez.*

Empleo público

Incumplimiento contractual. Competencia. Lugar donde se prestaban servicios.

- Toda vez que la pretensión de la actora persigue la reparación de las consecuencias derivadas del incumplimiento contractual en el que habría incurrido el hospital, donde habría tenido lugar la relación de empleo público y eventualmente debería cumplirse con el reclamo impetrado, corresponde entender a la Justicia con competencia en esa jurisdicción.
- Si bien la parte actora acciona contra el Ministerio de Salud y el hospital, lo cierto es que el contrato por el cual se la habría designado para desempeñarse en el centro de salud habría sido celebrado con el referido nosocomio, donde la actora prestaba servicios, de allí que la relación jurídica directa, y por cuyas consecuencias se reclama, se encuentra sustancial e inescindible anudada con el establecimiento hospitalario, factor determinante de la asignación de conocimiento al tribunal que cuenta con la jurisdicción ya señalada. Por lo que, al discutirse lo atinente a la situación laboral de la actora, la cuestión debe ser decidida por la justicia federal del lugar donde se encuentra ubicado ese centro de salud.
- El contrato que estableció la prórroga de jurisdicción territorial pactada por las partes ya no estaba vigente al momento de iniciar la presente acción.

CNFed. Contencioso administrativo, sala III, 25/08/2021. - Freiberg, Zulema Teresa c. EN-Ministerio de Salud y Desarrollo Social y otro s/ empleo público.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/126918/2021]

Costas

Se imponen por su orden.

2ª Instancia.- Buenos Aires, 25 de agosto de 2021.

Considerando:

I. Que, vienen estos autos a conocimiento del Tribunal, con motivo del recurso de apelación que interpuso el Hospital Nacional Profesor Alejandro Posadas contra la resolución del 14 de junio de 2021, mediante la cual la Sra. Jueza de primera instancia desestimó la defensa de incompetencia deducida —en razón del territorio— por esa parte, con costas (v. providencias del 30/6/2021 y 10/8/2021).

II. Que, por regla, para la determinación de la competencia corresponde atender de modo principal a la exposición de los hechos que se desprenden de los términos de la demanda (C.S., Fallos: 321:1860; 322:1387; 327:4865; 330:628, etc.), examinando el ori-

gen de la acción, así como la relación de derecho existente entre las partes (C.S. Fallos: 328:2479; 328:2811; 330:811).

En la especie, la actora promovió demanda contra el Hospital Nacional “Posadas” y el Ministerio de Salud y Desarrollo Social de la Nación, a fin de obtener la reparación de los daños y perjuicios emergentes de la relación de empleo público que la unía con ese hospital “por los montos reclamados en el acápite liquidación y/o lo que en más o menos en definitiva resulten de la pericial contable a realizarse en autos, con más los intereses, costos y costas desde que cada suma fuera debida, hasta el momento de su efectivo pago...”

En el escrito de inicio, señaló que estuvo laboralmente vinculada a la demandada “...bajo la fraudulenta figura de la locación de servicios desde el 1º de julio de 1998 hasta el año 2006, sin el legítimo reconocimiento de los derechos laborales...” que le correspondían; así como que partir del año 2006, paso a ser contratada bajo la modalidad de “Ley Marco” (Art. 9º), con contratos que fueron renovados anualmente hasta el año 2018. Destacó que realizó ininterrumpidamente desde el año 1986 hasta su distracto en el año 2018, durante 32 años ininterrumpidos de servicio. Indicó que inició su trámite jubilatorio, y mediante Resolución Nº RGB-I 00659/18 de fecha 6/4/2018 de ANSES UDAI Morón, dicho organismo rechazó la petición y resolvió que no podía acceder al beneficio jubilatorio, por no reunir los recaudos exigidos por la Ley Nº 24.241 (por falta de años de servicio con aportes acreditados a esa fecha). Agregó que “con fecha 12 de enero de 2018, mediante Disposición DI-2018-APN- DNE#HP, se dispone la renovación de las contrataciones del personal del Hospital Alejandro Posadas”, entre las cuales se encontró (en la categoría Adjunto 11, por el período comprendido entre el 1º de Enero y el 31 de diciembre de 2018). Sostuvo que, por este motivo, grande fue su sorpresa cuando se le entregó en el Hospital copia de la Carta Documento Nº 908946298, del 13 de abril de 2018, sobre “[...] su baja definitiva a partir del 30 de abril [de 2018]”.

Sostuvo que, frente a la baja indebida por parte de la empleadora, “...se hizo acreedora al pago de las indemnizaciones legales establecidas en los arts. 11 del Anexo de Ley Nº 25.164, como así también de las multas establecidas en las leyes 25.323 y 25.345, y los daños y perjuicios derivados de la falta de pago de la Compensación por Servicios Cumplidos y los que surgen entre la baja indicada y la fecha en que esta parte accedió al beneficio jubilatorio”.

III. Que, en esos términos, cabe destacar que la cuestión planteada en autos encuentra adecuada respuesta en los lineamientos del dictamen producido por el Sr. Fiscal Federal, quien —en primer lugar— ha puesto de resalto que resulta atendible el argumento de la demandada en cuanto a que el contrato que estableció la prórroga de jurisdicción territorial pactada por las partes, ya no estaba vigente al momento de iniciar la presente acción (confr. dictamen del 19/8/2021, apartado 7º).

IV. Que, en lo demás, cabe tener en cuenta que la ley Nº 19.337 transformó a distintos establecimientos hospitalarios, entre los que se encuentra el Hospital Nacional “Profesor Alejandro Posadas” (ver Anexo A), en organismo descentralizados cuyo carácter responde fundamentalmente a su faz administrativa (art. 1º y 3º). Estableció que, entre las atribuciones de los directores de los referidos establecimientos, se encuentran las de dirigir las actividades de carácter administrativo y designar, promover, remover y aplicar sanciones al personal Profesional, técnica, administrativo y de servicio conforme a las leyes pertinentes (art. 6º, incisos d) y e) y

demás movimientos de personal del Hospital (conf. del Decreto Nº 355/2017).

Por su parte, la Ley Nº 26.198 dispuso que el Estado Nacional tendrá a su cargo la administración y financiación del Hospital Nacional “Profesor Alejandro Posadas”, organismo descentralizado perteneciente a la órbita de la Secretar de Políticas, Regulación y Relaciones Sanitarias del Ministerio de Salud.

Asimismo, mediante el Decreto Nº 1096/2015, se aprobó la estructura organizativa de primer nivel operativo del Hospital Nacional “Profesor Alejandro Posadas”. En materia de designaciones y contratación de personal, la institución podrá administrar y dictar normas necesarias para optimizar su funcionamiento y efectuar las designaciones, contrataciones y demás movimientos de personal del Hospital (confr. del Decreto nº 355/2017).

V. Que, ello sentado, cabe estar a lo establecido en el artículo 5º, inciso 3º del Código Procesal Civil y Comercial, en cuanto dispone que cuando se ejerciten acciones personales será competente el juez del lugar en que deba cumplirse la obligación expresa o implícitamente establecida conforme los elementos aportados en el juicio.

De este modo, como se ha dicho en casos análogos, toda vez que la pretensión de la actora persigue la reparación de las consecuencias derivadas del incumplimiento contractual en el que habría incurrido el Hospital Nacional Posadas, sede donde habría tenido lugar la relación de empleo público y donde eventualmente debería cumplirse con el reclamo impetrado, corresponde entender —en este asunto— a la Justicia con competencia en esa jurisdicción.

Es que, si bien la parte actora acciona contra el Ministerio de Salud y el Hospital Posadas, lo cierto es que el contrato por el cual se la habría designado para desempeñarse en el centro de salud habría sido celebrado con el referido nosocomio, donde la actora prestaba servicios, de donde la relación jurídica directa y por cuyas consecuencias se reclama, se encuentra sustancial e inescindible anudada con el establecimiento hospitalario, factor determinante de la asignación de conocimiento al tribunal que cuenta con la jurisdicción ya señalada. Por lo que, al discutirse lo atinente a la situación laboral de la actora, la cuestión debe ser decidida por la justicia federal del lugar donde se encuentra ubicado ese centro de salud (conf. Sala II, “Convertini, Gladys Mabel c/ EN- Secretaría de Salud- Hospital Nacional Profesor Alejandro Posadas y otro s/ empleo público” (Causa Nº 35881/2019), del 10/11/2020).

En igual sentido, se ha destacado que en atención a que la pretensión era obtener una indemnización del Hospital Nacional Profesor Alejandro Posadas, ente descentralizado con domicilio en la provincia de Buenos Aires, con motivo del incumplimiento laboral atribuido, correspondía que la causa continuara su trámite ante la justicia federal de San Martín (Provincia de Buenos Aires), sin que obstara a ello la circunstancia de que también se encontrara demandado el Estado Nacional (Ministerio de Salud), persona jurídica que no se confunde con el ente descentralizado (conf., Sala IV, in re: “Bravo, Julio Omar c/ EN -M Salud de la Nación y otros s/ empleo público” (Causa Nº 10925/2019), del 13/10/2020).

Por ello y de conformidad con lo dictaminado por el Sr. Fiscal Federal, corresponde admitir el recurso de apelación, revocar la resolución en recurso y hacer lugar a la excepción de incompetencia deducida en autos.

VII. Que, en atención a la forma que se resuelve, corresponde modificar la deci-

sión en materia de costas y distribuirlas, en ambas instancias, por su orden. Ello es así, en atención a las particularidades, índole y complejidad de la cuestión materia de decisión (conf. artículos 68, ap. 2do. y 279 del CPCCN).

Por lo expuesto, *resuelve*: hacer lugar al recurso interpuesto por el Hospital Nacional “Prof. Alejandro Posadas”; dejar sin efecto la resolución apelada; admitir la excepción de incompetencia deducida en autos y, en consecuencia, declarar que corresponde el conocimiento y decisión de esta causa a la Justicia Federal en lo Civil y Comercial y Contencioso Administrativo de San Martín (Provincia de Buenos Aires).

Costas de ambas instancias por su orden, en atención a las particularidades, índole y complejidad de la cuestión materia de decisión (arts. 68, ap. 2do. y 279 del CPCCN).

Regístrese, notifíquese a las partes y al Sr. Fiscal Federal, a las siguientes direcciones de correo: rcuesta@mpf.gov.ar; rpeyrano@mpf.gov.ar; arahona@mpf.gov.ar; moteiza@mpf.gov.ar; y dvocos@mpf.gov.ar y, cumplido que sea, devuélvase a primera instancia, para su posterior remisión a la Justicia Federal de San Martín (Provincia de Buenos Aires).

A los fines del art. 109 del Reglamento para la Justicia Nacional se hace constar que suscriben la presente dos vocales, por hallarse vacante el tercer cargo. — *Carlos M. Grecco.* — *Sergio G. Fernández.*

Suspensión del tratamiento del recurso de apelación

Apelación de multa confirmada por la sentencia de primera instancia. Posterior dictado de la ley 27.541. Posibilidad de gozar del beneficio de condonación de la sanción. Remisión de las actuaciones al Juzgado de origen.

Habida cuenta de que la ley 27.541 fue sancionada con fecha posterior al dictado de la sentencia de primera instancia —que modificó la multa impuesta por la AFIP—, surge la posibilidad de que el contribuyente se encuentre alcanzado en el mencionado régimen especial de condonación. Por ende, corresponde suspender el trámite recursivo y remitir las actuaciones al Juzgado de origen, a fin de que allí se evalúe la posible extinción de las sanciones objeto del juicio. El fundamento del temperamento que se adopta radica en la posibilidad de garantizar que la cuestión sea revisada por dos instancias diferentes, resguardándose la doble instancia, —arts. 8 inc. 1º y 2 inc. h de la CADH— y asegurar la debida sustanciación del planteo, respetándose de ese modo la garantía del debido proceso legal —art. 18, CN—.

CFed. La Plata, sala I, 25/08/2021. - M. S. S. 6 S.C.S. s/ Inf. Art. 40 - Ley 11.683.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/134747/2021]

2ª Instancia.- La Plata, agosto 25 de 2021.

Considerando: I. Llegan las presentes actuaciones a este Tribunal en virtud del recurso de apelación interpuesto con fecha 10 de diciembre de 2019 por el representante de la firma M. S. S. 6 SCS, doctor Enrique Luis Condorelli, contra la resolución de fecha 2 de diciembre de 2019 mediante la cual el juez de grado dispuso revocar la resolución obrante a fojas 11/14 y, en consecuencia,

modificó las sanciones impuestas por la Administración Federal de Ingresos Públicos, imponiendo la multa de quince mil pesos (\$15.000) y dejando sin efecto la cláusula que fuera impuesta al contribuyente.

II. Sin perjuicio de los cuestionamientos vertidos en el recurso en análisis, en la oportunidad prevista por el artículo 454 del Código Procesal Penal de Nación, el representante del contribuyente solicitó la

condonación y extinción de la sanción de multa en virtud de considerarse alcanzado por el beneficio previsto en los artículos 8, 11, 12 y siguientes de la Ley N° 27.541 de Solidaridad Social y Reactivación productiva en el marco de la emergencia pública, publicada el 23 de diciembre de 2019 en el Boletín Oficial.

III. La citada normativa declaró en su artículo 1º, la emergencia pública en materia económica, financiera, fiscal, administrativa, previsional, tarifaria, energética, sanitaria y social. En el Capítulo I, Título IV, se estableció el Régimen de Regularización de Obligaciones Tributarias, de la Seguridad Social y Aduaneras para PyMEs, posibilitando su acogimiento hasta el 30 de abril de 2020, inclusive (luego prorrogado por Decreto N° 316/2020 —BO 28/03/2020— hasta el 30 de junio de 2020, inclusive) y fijándose como requisito la inscripción —vigente— como Micro, Pequeña o Mediana Empresa, según los términos del artículo 2º de la ley 24.467 y sus modificaciones, por obligaciones vencidas —al 30 de noviembre pasado próximo— o infracciones relacionadas con dichas obligaciones, al régimen de regularización de deudas tributarias y de los recursos de la seguridad social y de condenación de intereses, multas y demás sanciones.

Cabe advertir que el artículo 12 —4º párrafo— de la ley N° 27.541 y su modificatoria ley 27.562 (BO 26/08/2020) dispone: “Las multas y demás sanciones correspondientes a obligaciones sustanciales devengadas al 31 de julio de 2020 quedarán condonadas de pleno derecho, siempre que no se encuentren firmes a la fecha de entrada en vigencia de la presente ley modificatoria y la obligación principal hubiera sido cancelada a dicha fecha”.

El régimen mencionado prevé en materia penal, entre otros puntos, el reconocimiento del beneficio de liberación de multas y demás sanciones, para aquellos contribuyentes que encuadren y se encuentren inscriptos como Micro, Pequeñas y Medianas Empresas, en los términos del artículo 2 de la Ley 24.467.

IV. En este contexto y previo a resolver el recurso de apelación interpuesto, el Tribunal dispuso una medida para mejor proveer a los fines de que la Administración Federal de Ingresos Públicos informe si la empresa M. S. 6 SCS - CUIT ... cumple con los requisitos para acceder al beneficio solicitado conforme lo establece la ley anteriormente mencionada.

Cumplida la medida para mejor proveer, el organismo fiscal informó de conformi-

dad con lo establecido en el artículo 12 de la Ley N° 25.541 que: “El beneficio de liberación de multas y demás sanciones correspondientes a infracciones formales cometidas hasta el 31 de julio de 2020, que no se encuentren firmes ni abonadas, operará cuando con anterioridad a la fecha en que finalice el plazo para el acogimiento al presente régimen, se haya cumplido o se cumpla la respectiva obligación formal. De haberse sustanciado el sumario administrativo previsto en el artículo 70 de la ley 11.683 (t.o. 1998) y sus modificaciones, el citado beneficio operará cuando el acto u omisión atribuido se hubiere subsanado antes de la fecha de vencimiento del plazo para el acogimiento al presente régimen. Cuando el deber formal transgredido no fuese, por su naturaleza, susceptible de ser cumplido con posterioridad a la comisión de la infracción, la sanción quedará condonada de oficio, siempre que la falta haya sido cometida con anterioridad al 31 de julio de 2020, inclusive”.

En esta inteligencia, la empresa M. S. 6 - CUIT ..., encuadraría dentro de las previsiones de la norma en tanto incumplió un deber de carácter formal que, por su naturaleza, no es susceptible de ser cumplido con posterioridad a la comisión de la infracción.

Conforme lo expuesto, habida cuenta que la Ley 27.541 (BO: 21/12/2019), fue sancionada con fecha posterior al dictado de la sentencia de primera instancia, Surge la posibilidad de que el contribuyente se encuentre alcanzado en el mencionado régimen especial de condonación. Por ende, corresponde suspender el trámite recursivo y remitir las actuaciones al juzgado de origen, a fin de que allí se evalúe la posible extinción de las sanciones objeto del presente juicio.

El fundamento del temperamento que se adopta, radica en la posibilidad de garantizar que la cuestión sea revisada por dos instancias diferentes, resguardándose la doble instancia (arts. 8 inc. 1 y 2 inc. h de la CADH) y se asegura la debida sustanciación del planteo, respetándose de ese modo la garantía del debido proceso legal (art. 18, CN).

Por ello, en virtud de las consideraciones precedentes, resuelvo: 1. Suspender el tratamiento del recurso interpuesto por el representante de la empresa M. S. 6. 2. Remitir los autos al juzgado de origen para que resuelva sobre la posible procedencia de la condonación de la sanción impuesta, en los términos de la Ley 27.541. Regístrese, notifíquese y devuélvase al juzgado de origen. — Roberto A. Lemos Arias.

THOMSON REUTERS
LA LEY™

Información confiable que avala sus argumentos.

Procedimiento y Régimen Sancionatorio Previsional

Fernando J. Diez

2021

Esta obra contiene códigos QR con material adicional.

1 Tomo Disponible en papel y eBook con un anexo exclusivo en esta versión.

La obra está dirigida a aquellos profesionales (contadores, abogados, licenciados) que asesoren tributaria y laboralmente a los contribuyentes, también a los alumnos de grado de las Facultades de Ciencias Económicas y Derecho y a los alumnos de posgrado en las carreras de especialización en materia tributaria y laboral.

En materia previsional no hay una sola norma que regule la relación jurídica entre la AFIP y el contribuyente y/o responsable. En ello radica la importancia de la obra, que le permitirá al lector tener, en un solo texto, todas las normas que se aplican en la materia.

Adquirí la obra llamando al **0810-266-4444** o ingresando en www.tienda.thomsonreuters.com.ar

Seguí nuestra página de **LinkedIn** con contenido específico para contadores.

ThomsonReutersLaLey @TRLaLey ThomsonReutersLatam ThomsonReutersLatam

Edictos

Ante el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal N° 10, Secretaría N° 20, sito en Libertad 731 9º piso de esta ciudad, tramita el pedido de ciudadanía argentina del Sr. AMADOR JOSUÉ MATA ARMAS de nacionalidad venezolana con DNI N° 95.767.170 según el expediente “MATA ARMAS, AMADOR JOSUÉ s/SOLICITUD DE CARTA DE CIUDADANÍA” Exp. N° 50842021. Por ello cualquier persona que tuviere conocimiento de algún aconteci-

miento que estimara podría obstar a dicha concesión, deberá hacerlo saber a este Juzgado. Publíquese por dos días.
Buenos Aires, 7 de septiembre de 2021
Matías M. Abraham, sec.
LA LEY: I. 12/10/21 V. 13/10/21

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 69, sito en Av. de los Inmigrantes 1950 P.B., cita y emplaza por el plazo de treinta días

a herederos y acreedores de CADIN MOISES en el marco de la causa N°10446/1991. Publíquese por tres días en el DIARIO LA LEY.
Buenos Aires, 27 de septiembre de 2021
María Laura Prada, sec.
LA LEY: I. 12/10/21 V. 14/10/21

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal N° 5, a cargo del Dr. Patricio Maraniello y Secretaría N° 10 a mi

cargo, sito en Libertad 731 piso 10º de Capital Federal, hace saber que SOSA MORALES VERÓNICA, DNI N° 95.927.040 de nacionalidad venezolana y de ocupación ingeniera industrial, ha iniciado los trámites tendientes a la obtención de la Ciudadanía Argentina. Cualquier persona que tuviere conocimiento de algún acontecimiento que pudiere obstar a dicha concesión, deberá hacer saber su oposición fundada al Juzgado. Publíquese por dos veces,

en el lapso de quince días.
Buenos Aires, 20 de septiembre de 2021
M. Andrea Salamendy, sec.
LA LEY: I. 12/10/21 V. 12/10/21

Ante el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal N° 10, Secretaría N° 20, sito en Libertad 731 9º piso de esta ciudad, tramita el pedido de ciudadanía argentina del Sr. JOSÉ ANTONIO GONZÁLEZ MONTES de nacionalidad

venezolana con DNI N° 95.961.806 según el expediente “GONZÁLEZ MONTES, JOSÉ ANTONIO s/SOLICITUD DE CARTA DE CIUDADANÍA” Exp. N° 606/2021. Por ello cualquier persona que tuviere conocimiento de algún acontecimiento que estimara podría obstar a dicha concesión, deberá hacerlo saber a este Juzgado. Publíquese por dos días.
Buenos Aires, 10 de agosto de 2021
Matías M. Abraham, sec.
LA LEY: I. 12/10/21 V. 12/10/21