RDCO

# REVISTA DE DERECHO COMERCIAL Y DE LAS OBLIGACIONES

Fundada por ISAAC HALPERIN en 1968

Noviembre - Diciembre 2021 | 311

DIRECTORES:
**HÉCTOR ALEGRIA**
**RAÚL A. ETCHEVERRY**

ÁREA DE DERECHO COMERCIAL:
Manóvil - Marzorati
Richard - Rivera
Rouillon - Uzal

ÁREA DE DERECHO DEL CONSUMIDOR:
Stiglitz - Vázquez Ferreyra

COORDINADORES:
Chomer
Hernández
Molina Sandoval
Paolantonio
Santarelli
Sícoli

ISSN 1851-1805

INCLUYE VERSIÓN DIGITAL

ABELEDOPERROT

ISSN: 1851-1805
RNPI: 5074811

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

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

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

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

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

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

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

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

RDCO

# REVISTA DE DERECHO COMERCIAL Y DE LAS OBLIGACIONES

Fundada por ISAAC HALPERIN en 1968

DIRECTORES:
**HÉCTOR ALEGRIA**
**RAÚL A. ETCHEVERRY**

Noviembre - Diciembre 2021 | **311**

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

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

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

INCLUYE VERSIÓN DIGITAL

ABELEDOPERROT

**DIRECCIÓN ACADÉMICA**
Mónica Pinto

**COMITÉ HONORARIO**

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

**COMITÉ ACADÉMICO**

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

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

**Internacional Privado**
María Susana Najurieta
Alfredo Mario Soto
María Elsa Uzal

**Internacional Público**
Susana Ruiz Cerutti
Silvina González Napolitano
Raúl Vinuesa

**Familia**
Carlos Arianna
Luis Ugarte
Adriana Wagmaister

**Civil**
Carlos Hernández
Sebastián Picasso
Sandra Wierzba
Diego Zentner

**Penal**
Mary Beloff
Alberto Edgardo Donna
Daniel Pastor

**Laboral**
Mario Ackerman
Adrián Goldin
Julio César Simón

**Comercial**
Rafael Mariano Manóvil
Horacio Roitman

**Filosofía**
Ricardo Guibourg
Rodolfo Vigo

**Derechos Humanos**
Laura Giosa
Roberto Saba

**Ambiental**
Néstor Cafferatta
Leila Devia
Silvia Nonna

**COMITÉ EDITORIAL**

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

**Criminología**
Gabriel Ignacio Anitua
Matías Bailone
Máximo Sozzo

**Familia**
Silvia Eugenia Fernández
Eleonora Lamm
Ida Scherman

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

**Laboral**
Lucas Caparrós
Juan Pablo Mugnolo
Claudia Priore

**Constitucional**
María Gabriela Ábalos
Marcela Basterra
María Laura Clérico
César Sebastián Vega

**COMITÉ EDITORIAL** *(Continuación)*

**Internacional Público**
Emiliano Buis
Alejandro Chehtman
Natalia Luterstein
Nahuel Maisley

**Internacional Privado**
Paula María All
Nieve Rubaja
Luciana Scotti

**Administrativo**
Alfonso Buteler
María Paula Renella
Susana Vega

**Comercial**
Hugo Acciarri
Pablo Heredia
Lorena Schneider
Pamela Tolosa

**Filosofía**
Marcelo Alegre
Claudio Eduardo Martyniuk
Renato Rabbi-Baldi Cabanillas

**Derechos Humanos**
Leonardo Filippini
Calógero Pizzolo
Silvina Zimerman

**Ambiental**
Mariana Catalano
José Esaín

---

**Director Editorial**
Fulvio G. Santarelli

**Jefa de Redacción**
Yamila Cagliero

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

# ÍNDICE

## CONCURSOS Y QUIEBRAS

DOCTRINA

La financiación posconcursal como base de la reorganización y la incorporación a la propuesta de acuerdo de un régimen de subordinación de los créditos concurrentes a favor de quien suministre dinero fresco
*Mario Holand* ..... 5

Configuración de abusividad en el acuerdo (preventivo) pendiente de homologación
*Roberto S. Reggiardo* ..... 18

Pronto pago laboral: tope del derecho al cobro
*Mariano R. Prono - Magdalena Zuvela Siellez* ..... 25

Comentarios sobre la quiebra refleja y la situación de los socios de las sociedades de la sección IV de la ley 19.550
*Fernando J. Marcos* ..... 28

Concurso en caso de agrupamiento y extensión de la quiebra. La necesidad de reformar la LCQ
*Miguel Á. Raspall* ..... 44

Sucesión concursada y herederos ilimitadamente responsables
*Mariano R. Prono - Magdalena Zuvela Siellez* ..... 62

Cartas de intención: las "invenciones del diablo" en el nuevo Código Civil y Comercial
*Pablo Sylvester* ..... 65

Hacia dónde debe ir el derecho concursal. Prevención de las crisis e insolvencias patrimoniales
*Ricardo S. Prono* ..... 86

Prevención de la quiebra y diseño institucional
*Hugo G. Monzón - Ignacio V. Cenoz* ..... 94

## ARBITRAJE

DOCTRINA

Mediación: actas de cierre de mediación. Imposibilidad de notificación
*Juana Dioguardi* ..... 107

## DEFENSA DEL CONSUMIDOR

DOCTRINA

La figura del consumidor en los accidentes de tránsito
*Facundo Banchero* ..... 121

Obsolescencia programada y consumo sustentable
*Sebastián A. Capucci* ..... 136

Apuntes sobre el *dolus bonus* en la publicidad
*Jaime Company* ..... 166

JURISPRUDENCIA

BENEFICIO DE JUSTICIA GRATUITA
Derechos del consumidor. Interpretación de la cláusula constitucional y su reglamentación. Costas del proceso ..... 179

SENTENCIA *EXTRA PETITA*
Tasa de interés por descubierto. Sentencia que resuelve sin que la actora haya hecho petición alguna ..... 184

## CONTRATOS

DOCTRINA

La necesidad de integrar la ejecución prendaria con el contrato de plan de ahorro y la primacía del orden público
*Martín D. Petasne* ..... 191

El contrato de agencia: su tratamiento en la legislación concursal
*Augusto H. L. Arduino* ..... 198

JURISPRUDENCIA

CONTRATO INTERNACIONAL ENTRE ENTIDADES FINANCIERAS
Carta de crédito *stand by* emitida en garantía de un préstamo. Deuda en moneda extranjera. Pesificación. Cuestiones de hecho, prueba y derecho común propios de la causa y ajenos al remedio federal. Operatoria que no constituye un supuesto previsto en el dec. 410/02. Desconocimiento del destino de los fondos del préstamo garantizado. ..... 207

## DOCTRINA

Consideraciones sobre las finanzas verdes
*María Paula Morelli* ..... 213

## SOCIEDADES

### Doctrina

Responsabilidad de directores de sociedades por abuso en la revelación y utilización de información empresarial en los Estados Unidos
*Héctor J. Miguens* ..... 223

### Jurisprudencia

SOCIEDADES
Competencia de la IGJ. Alcance. Interés público. Actos jurisdiccionales. Defensa en juicio. Límites ..... 245

MEDIDAS CAUTELARES
Resolución de la AFIP que rechazó la compensación del "impuesto sobre los bienes personales - acciones o participaciones societarias" con los saldos de libre disponibilidad emergentes del IVA. Medida cautelar que suspende sus efectos. Medio legal de cancelación de obligaciones tributarios. Aplicación del precedente "Rectificaciones Rivadavia SA" de la Corte Suprema de Justicia. Peligro en la demora ..... 249

DIVERSIDAD DE GÉNERO
Inclusión de mujeres en órganos societarios en la misma cantidad que hombres. Medida dispuesta por la Inspección General de Justicia. Exceso en las facultades reglamentarias. Resoluciones dejadas sin efecto ..... 253

# CONCURSOS Y QUIEBRAS

# Doctrina

# La financiación posconcursal como base de la reorganización y la incorporación a la propuesta de acuerdo de un régimen de subordinación de los créditos concurrentes a favor de quien suministre dinero fresco

Mario Holand (*)

**Sumario:** I. Antecedentes.— II. Vivir con lo nuestro.— III. Nuestra propuesta.— IV. Desbrozando el instituto.— V. La inserción en la propuesta y, con ello, en el acuerdo.— VI. La posición que asumen frente a la homologación los fiadores o codeudores solidarios del deudor concursado.— VII. La garantía del recupero. Algunas contingencias en una eventual quiebra ulterior.— VIII. Superando algunas posibles objeciones.— IX. Conclusiones.

## I. Antecedentes

Desde hace años, nuestra doctrina nacional (y, por cierto, extranacional) ha venido bregando por mecanismos que establezcan alternativas de financiamiento para el deudor sometido a concurso, con la finalidad de alcanzar una auténtica reorganización que —a la par— contemple la composición de los intereses en danza (1).

La realidad ha demostrado que la empresa concursada, al acceder al remedio preventivo obtiene por un lado una suerte de protección legal que la pone a cubierto de ejecuciones patrimoniales y le otorga la posibilidad de organizar su giro de manera tal de poder afrontar los compromisos que surgen cotidianamente de él y, al mismo tiempo, delinear un esquema de cumplimiento de las obligaciones pendientes. Pero, por otro lado, es moneda corriente que asista a serias restricciones en el mercado, diversas dificultades para acceder al crédito, cierre o congelamiento de cuentas corrientes, pérdida de posición frente a proveedores, competidores y clientes, y multiplicación de conflictos laborales y fiscales.

El deudor no solo necesita detener la escalada conflictiva que ha provocado su pasivo insolu-

(*) Abogado (UNR); docente de grado y posgrado en Derecho de la Insolvencia y Carrera de Sindicatura Concursal (UNR, Facultad de Derecho y Ciencias Económicas); docente de posgrado de la Universidad Austral – Rosario; expresidente del Colegio de Abogados de Rosario; autor de publicaciones de la especialidad y participante en numerosos eventos académicos como disertante y asistente.

(1) Entre todos, a manera de síntesis global, destacamos el aporte de RASPALL, Miguel Ángel, en "Pandemia, financiamiento y segunda oportunidad en el derecho de la crisis empresaria", DSyC, Errepar, sept. 2020. Asimismo, mencionamos los importantes aportes de VITOLO, Daniel R., "El financiamiento de las empresas que atraviesan procesos de crisis", *Estudios de Derecho Empresario*.

to, sino que también garantizar la continuidad de sus negocios como medio para concretar su efectiva recuperación.

Precisa acceder al crédito. Requiere financiación no solo durante el trámite del concurso, sino para la etapa de cumplimiento de un eventual acuerdo preventivo.

Se trata de un reclamo añejo formulado —como decíamos— en el marco de los diversos foros de encuentro académico y, en definitiva, por nuestra sólida doctrina nacional, que ha reparado en que el crédito y el financiamiento resultan imprescindibles para garantizar un resultado apreciable. De lo contrario, en el supuesto de alcanzar una solución concordataria, es bastante probable que el deudor se encuentre —como de hecho registran las estadísticas nacionales— en las puertas de una inexorable quiebra indirecta **(2)**.

Si revisamos las tendencias internacionales, bien pronto advertimos que se trata de una de las consignas que ha merecido mayor atención.

Resulta relevante destacar —entre otras fuentes de información y conocimiento— el contenido de la llamada directiva 2019/1023 del Parlamento Europeo (20/06/2019) sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración e insolvencia.

En su contexto, aparece una clara recomendación dirigida a los Estados miembros, consistente en garantizar la adecuada protección de la llamada *nueva financiación* en situaciones de insolvencia, a nivel de fijar una serie de pautas o *ideas fuerza* que —resumidamente— consisten en:

a) la protección de la nueva financiación en el devenir del concurso contra la posibilidad de nulidad, anulabilidad o inejecutabilidad;

b) la inexigibilidad a los prestadores de dicha financiación de responsabilidad civil, administrativa o penal derivada de la pretensión de sostener que dicha financiación haya sido perjudicial para el conjunto de los acreedores, a no ser que concurran otros motivos adicionales establecidos en la normativa nacional.

c) la convalidación de la nueva financiación por una autoridad judicial o administrativa que haya confirmado el plan de reestructuración;

d) la fijación de un mecanismo que garantice a los prestadores recibir el recupero con prioridad, en el contexto de los procedimientos de insolvencia, en relación con otros acreedores que, de otro modo, tendrían pretensiones iguales o superiores sobre el efectivo o los activos.

A partir de allí, advertimos que la regulación positiva de diversos países (Uruguay, España, Chile y Colombia) ha adoptado diferentes mecanismos con la finalidad de facilitar el financiamiento posconcursal, cada uno con sus matices o caracteres particulares, pero —en términos generales— adecuándose a esas ideas fuerza respondiendo a las pautas o criterios antes indicados, ya sea durante el trámite del concurso o después de la homologación de un acuerdo preventivo, en la etapa de cumplimiento.

*I.1. ¿Qué tenemos nosotros, hoy?*

Ante la histórica crisis 2001-2002 y la emergencia múltiple que ella impuso, el Congreso tuvo la intención de consagrar una serie de protecciones extras para las empresas insolventes, mediante la sanción de la ley 25.563 que —entre otras cosas— contenía generosas dilaciones en los términos procesales para los concursos en trámite. Se trataba de una inserción de reglas transitorias en el texto de la normativa concursal (24.522) para tener vigencia, precisamente, durante esa emergencia.

La gran mayoría de sus preceptos fue suprimida o modificada por la posterior ley 25.589 que —con una impronta más estable— plasmó modificaciones al régimen concursal.

(2) La cuestión es permanentemente expuesta en todos los escenarios —hoy virtuales— que se han constituido como adecuados ámbitos de trabajo y aporte de las diversas posturas académicas en torno a todos los complejos temas de estas disciplinas, complicaciones acentuadas por la presente tragedia sanitaria universal. Basta con mencionar el sitio conocido como "El ARCA", como así nuestro coterráneo Ateneo Jurídico Rosario, a los que hemos sido generosamente invitados a participar.

Sin embargo, quedó en pie (formalmente) la única norma elaborada por el Congreso Nacional con destino al financiamiento concursal de las empresas en crisis, contenida en el art. 12 de su texto, titulada —precisamente— "Acceso al crédito".

La regla impone al Banco Central de la República Argentina la labor de reglamentar la eliminación de toda restricción que de cualquier modo impida, obstaculice o encarezca el acceso al crédito de las personas físicas y/o jurídicas concursadas. Asimismo, de instrumentar una línea de redescuentos destinada a las entidades financieras que asistan a las empresas concursadas que se encuentren en la etapa de negociación concursal, para asegurarles el acceso a créditos y avales suficientes para formular una propuesta de acuerdo con sus acreedores que sea considerada razonable y viable por la entidad bancaria a cuyo cargo se encuentre la asistencia crediticia. Nunca se hizo.

Paralelamente, dispone que las empresas concursadas y aquellas en quiebra con continuidad empresaria podrían contratar libremente con el Estado Nacional siempre que reuniesen las condiciones exigidas por este último. El Estado continuó con sus licitaciones y ofertas públicas dejando fuera —expresamente— de la posibilidad de contratar a los concursados.

En suma, un beneficio prácticamente muerto antes de nacer.

## II. Vivir con lo nuestro

Mientras aguardamos las reformas y las modificaciones legales (transitorias, provisorias o definitivas), nada obsta a que recurramos a las herramientas que nuestra ley vigente propone y coloca a disposición de los operadores jurídicos.

Así, ha sido muy prolífica la labor de nuestros autores en torno a la articulación de creativas soluciones alrededor de, por ejemplo, la llamada *propuesta de acuerdo readecuable* **(3)** que prevea en su redacción y de modo expreso un procedimiento de reajuste o reacomodamiento de la estructura de pago, ante cambios producidos en las circunstancias, ya sean macroeconómicas, institucionales, etc., que incidan en su cumplimiento. Ello, de consuno con la permisividad del párrafo del art. 43 de la LCQ, que tolera cualquier otro tipo de acuerdo (además de los mencionados ejemplificativamente) que se obtenga con la conformidad suficiente legal.

Asimismo, hubo quienes pusieron de manifiesto la alternativa del *acuerdo por entrega de bienes* como módulo de propuesta concordataria, o bien derechamente, la efectivización de un procedimiento liquidativo de activos dentro del concurso, como esquema de temperamento solutorio de los pasivos **(4)**. También, todos esquemas compatibles con el art. 43.

Hemos asistido —también— a jugosos aportes de nuestra doctrina en torno a situaciones tales como la alternativa de *renegociar los acuerdos homologados,* cuando el tránsito del tiempo y las condiciones de dificultades económicas y financieras así lo exigen, implementando normas en vigor por fuera del plexo concursal, como las contenidas en los arts. 888, 956, 1011, 1090, 1091, 1730, 1732 y ccds., del Cód. Civ. y Com. **(5)**. Con el mismo norte, no ha faltado quien nos ilustrara creativamente sobre la alternativa del *reconcursamiento*, con diversos mecanismos, siempre dentro del derecho vigente **(6)**.

## III. Nuestra propuesta

Desarrollamos a continuación un camino posible. Obviamente, no descarta la posibilidad certera de implementación de otros, o bien la reelaboración del presente a la luz de eventuales inconvenientes o fisuras en su estructura jurídica.

Nos proponemos analizar la alternativa de fomentar el acceso al crédito por parte de la em-

(3) ANICH, Juan, "La propuesta de pago readecuable. Una alternativa para evitar incidencias macroeconómicas e institucionales en los procesos de reestructuración de deuda en el sector privado", LA LEY 2005-B, 1374.

(4) GEBHARDT, Marcelo, "Propuestas liquidatorias en el concurso preventivo y en el acuerdo preventivo extrajudicial", RDPyC, 2019-1, "Insolvencia".

(5) Ver las muy interesantes propuestas de BARREIRO, Marcelo, "La pandemia y el intento de regular la crisis (una utopía necesaria)".

(6) TRUFFAT, Daniel, "La reformulación del concordato homologado y algunas presuntas herejías en tiempos de pandemia", 29/04/2020, *www.abogados.com.ar*.

presa concursada, mediante la implementación de un pacto de postergación o subordinación de los créditos que conforman el pasivo concurrente en el concurso, a favor de quien, en forma sobreviniente, suministre fondos al deudor para reorganizar su actividad, desarrollar su giro y con ello posibilitar el cumplimiento razonable de una propuesta de acuerdo de pago a favor de los primeros **(7)**.

Se trata, como decíamos, de utilizar mecanismos en vigor que puedan ser plasmados de manera tal que, sin abandonar el derecho positivo, conduzcan a ese resultado, atendiendo las pautas claras fijadas por las recomendaciones internacionales, ya seguidas en casos concretos en otros lares.

Aludimos a la posibilidad de celebrar un convenio de subordinación de créditos, regulado en el art. 2575 del Cód. Civ. y Com., como mecanismo de la propuesta de acuerdo preventivo (al compás de la fórmula genérica que autoriza el propio art. 43, LCQ). Alcanzando la propuesta el voto favorable de las mayorías legales y homologado el acuerdo, al imponer su contenido al universo alcanzado, se implanta la herramienta de financiación, con todos sus aspectos moldeados y protegidos por la ley vigente.

Al mismo tiempo, el factor de seducción para el dador del crédito es una razonable protección en la situación concursal mediante: a) un blindaje que le permita sortear hipótesis de revocabilidad en una quiebra ulterior (art. 121, LCQ); y b) adecuado recupero de su inversión, mediante un sistema de prededucción que se mantenga en la etapa de cumplimiento del acuerdo, desplazando a los que han resultado postergados (art. 240, LCQ).

**IV. Desbrozando el instituto**

En términos generales los convenios de subordinación de créditos reflejan situaciones en las cuales un acreedor o un grupo de acreedores resultan postergados en su derecho al cobro, respecto de otro u otros acreedores, teniendo un deudor común **(8)**. Se trata de un fenómeno muy particular que puede obedecer a diversas fuentes: a) convencional, b) legal, o bien, c) judicial.

No es propósito de este aporte una exposición puntual y detallada del instituto. Simplemente rescataremos sus aspectos salientes y su aprovechabilidad para el tema propuesto.

La subordinación convencional es la que se encuentra expresamente regulada en nuestro Código Civil y Comercial en su art. 2575, conforme al cual "[e]l acreedor y el deudor pueden convenir la postergación de los derechos del acreedor respecto de otras deudas, presentes o futuras, siempre que no afecten derechos de terceros".

La legal, en cambio, se desprende de mandas expresas del legislador para situaciones concretas en las que, atendiendo diversos motivos, se impone postergar la posibilidad de cobro de algunos acreedores en favor de otros que habrán de ser satisfechos en forma prioritaria, con relación al mismo deudor. La encontramos tanto en la ley concursal (verificación de acreedores extranjeros en el concurso nacional, art. 4º); la situación de los *socios* en el emprendimiento de la llamada *sociedad accidental* —hoy eclipsada por la eliminación de ese régimen de la legislación societaria—, art. 151, LCQ; el régimen de intereses posteriores a la quiebra y su suspensión con la posibilidad de reconocimiento solo en caso de conclusión por pago total, si existiera remanente —arts. 129, 228 LCQ— el caso del coobligado o fiador garantizado con derecho real —art. 137, LCQ—; el régimen de recupero en las quiebras por extensión habiendo masas separadas —art. 168, LCQ—. Asimismo, en otras reglas legales contenidas en la legislación de fondo, en particular, arts. 191, 200, 1458, 2334 y ccds. del Cód. Civ. y Com.La historia reciente,

(7) Al respecto no puede soslayarse un importante antecedente de creativa búsqueda de financiamiento propuesta por la concursada y homologada por el tribunal en autos "Corporación Río Luján s/ concurso preventivo", tramitados por ante el JNCom. Nº 30, en fallo cuyo texto nos fuera suministrado gentilmente por el Dr. Marcelo Barreiro.

(8) Imprescindible la consulta —entre otros— de ALEGRIA, Héctor – BUEY FERNÁNDEZ, Pablo, "Negocios jurídicos de subordinación crediticia", LA LEY, 1991-D, 1041. Asimismo, ARAYA, Tomás, "Subordinación de créditos en los negocios jurídicos", Ed. Ábaco, Buenos Aires, 1997; ROJO FERNÁNDEZ RÍO, Ángel, "Propuesta de anteproyecto de ley concursal de España", RDCO, 1996, ps. 131 y ss.

por lo demás, exhibe casos de *recalificaciones judiciales de créditos* mediante pronunciamientos que disponen la postergación de algunos en favor de otros. En particular, créditos que originariamente exhibían una jerarquía quirografaria y, por decisión judicial, son colocados en un rango inferior, o sea, en condiciones de subordinación con relación al resto. Casos vinculados con préstamos del socio o de la controlante en el seno de una sociedad o de créditos resultantes de un aporte futuro a cuenta de capital **(9)**.

Pues bien. Avanzando en nuestro cometido, debemos adaptar la figura de modo tal que, con contornos negociales (pacto), con más su adaptación al proceso concursal (legal), y su imposición judicial (*la recalificación*) se cumpla con las recomendaciones para su funcionamiento: la vigencia del sistema, la protección al inversor y la garantía del recupero.

**V. La inserción en la propuesta y con ello, en el acuerdo**

*Ab initio,* algunas precisiones terminológicas: el concursado pacta el régimen con sus acreedores concurrentes, los que habrán de transformarse en la categoría *junior.* Son los que se transformarán —homologación del acuerdo mediante— en postergados o subordinados.

El pacto prevé el aporte futuro a efectuar, consolidado el acuerdo, por un tercero (que bien puede ser uno de los acreedores preconcursales), el que revestirá la jerarquía de *senior.* Es el también denominado "prestador".

¿Cómo? Frente a la multiplicidad de especies de propuestas viables (art. 43, LCQ), el deudor puede postular un acuerdo con los acreedores concurrentes que contenga una fórmula de pago de sus créditos, pero con la resignación de su rango en favor de un tercero (el *senior*) que en etapa posconcursal —como medida de comienzo de ejecución del acuerdo— habrá de proporcionar dinero fresco para ser imputado a la reorganización de la empresa y al saneamiento del pasivo preconcursal.

Desde un primer punto de vista, aparece en este proceso una génesis contractual. Se trata de un convenio de subordinación crediticia *sui generis* por el cual los acreedores concurrentes se transforman, a nivel de prestar conformidad a la propuesta de acuerdo, de principales en subordinados —*juniors*— consintiendo que el prestamista —denominado acreedor superior o *senior*— goce de derechos prioritarios para el cobro de su crédito.

Se trata de una subordinación por vía directa, ya que, conforme a los términos del convenio plasmado en el acuerdo, el pago prioritario es ejecutado respecto del *senior,* por el deudor y no por un *tercero.* El acreedor *junior* (originariamente declarado verificado o admisible) no recibe pagos del deudor común sino hasta la satisfacción total del acreedor *senio*r. De tal suerte, el crédito del subordinado aparece como contingente o condicional.

La raigambre contractual es propia de cualquier acuerdo preventivo con el particular sistema de confluencia de voluntades, con más la homologación judicial que lo torna oponible. Una suerte de pacto plurilateral a partir de la oferta emanada de una parte dirigida a varios destinatarios, formándose el consentimiento por manda expresa de la ley de fondo —LCQ—, que autoriza a que una mayoría lo celebre oponiendo su contenido a todos, pero concluyéndolo solo entre quienes lo han consentido (art. 977, Cód. Civ. y Com.). El pacto así celebrado, parece recibir — además— el pleno amparo legal en forma expresa a nivel del texto del art. 250 de la LCQ, que impone el respeto a las condiciones de subordinación.

Con un ingrediente adicional: el art. 250 de la LCQ parece aludir a los subordinados verificados, o sea, los preconcursales, pero nada obsta a su aplicabilidad a los que —con ese rango— emer-

(9) Para ampliar en forma profunda el tema existe valiosa doctrina expuesta por ALEGRIA, Héctor, "Nuevas reflexiones sobre 'aportes a cuenta de futura emisión'", RDCO 1995-A, 15; OTERO ERILL, Francisco, "Los aportes a cuenta de futuros aumentos de capital social, o las integraciones a cuenta de futuras suscripciones", ED del 10/03/1999; NISSEN, Ricardo, "Ley de Sociedades Comerciales", Ed. Ábaco, Buenos Aires, 1993, t. 3, p. 168; CORDERO, María, "Los aportes irrevocables a cuenta de futuras suscripciones y la quiebra", *Anuario de Derecho Concursal*, año 1 (Doctrina General), Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001, p. 147; GARCÍA CUERVA, Héctor, "El llamado aporte a cuenta de futuros aumentos de capital en caso de quiebra de la sociedad receptora", en *Derecho concursal*, t. III, p. 391.

gen del acuerdo. No formula la ley distinción alguna al respecto (pudiendo entenderse entonces aplicable la regla *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*). Por lo demás, su ubicación en el título destinado a la quiebra podría entenderse como una consagración de su vigencia, producida una eventual frustración del concurso.

Tras ese primer aspecto contractual genético a la luz del art. 2575 del Cód. Civ. y Com. (acreedores que convienen con el deudor la postergación de sus derechos respecto de la deuda futura a contraer con el prestador), sobreviene su inclusión en el esquema legal, que resulta apto y recepticio para la figura.

El art. 43 de la LCQ es generoso a la hora de establecer modalidades de propuestas de acuerdo susceptibles de funcionar como tales. Si tuviésemos —incluso— que imputar la fórmula a alguna de las especies ejemplificativamente en la norma expuestas, podríamos encontrar una asimilación clara a una propuesta de "espera" (sin perjuicio de combinarse con las clásicas "quitas"). Efectivamente, la espera no necesariamente debe referir a fechas o plazos concretos. Bien podría ser "hasta la total satisfacción de los acreedores preferentes".

Se ubica, en tal sentido, dentro del llamado *plazo determinado* (art. 871, Cód. Civ. y Com.), y en particular su modalidad "incierto" —en la terminología del art. 871, inc. b], Cód. Civ. y Com.— pero dotado de precisión cronológica, ya que se vincula con circunstancias ciertas o hechos futuros necesarios, como la total satisfacción de los prededucibles, los que deben tener fecha de vencimiento cierto y determinado **(10)**.

Obtenido el acuerdo y homologado, conforme a la norma del art. 56 de la LCQ, se impone a ausentes y disidentes, consolidando su vigencia universal. La postergación fue pactada en el acuerdo e impuesta por su homologación judicial. Es en esa estación que como una *medida tendiente al cumplimiento del acuerdo* (art. 59, LCQ) se estará en condiciones de efectivizar el aporte pautado en el concordato, a cargo del prestador.

Se observa cómo la fórmula se adapta con precisión a la definición del art. 2575 del Cód. Civ. y Com. El pacto entre deudor y acreedores se ha celebrado sobre la base de la postergación de estos con relación al titular o titulares de "obligaciones futuras", consintiendo en la prestación que hará el *senior* tras la homologación de aquel acuerdo.

Justamente allí aparece el tercer ingrediente: el judicial, que se aprecia en la convalidación de las condiciones de subordinación, asumidas contractualmente por quienes prestaron su conformidad expresa y legalmente por ausentes y/o disidentes. Ello al compás de la homologación, episodio que, de paso, agrega la *recalificación judicial* de los créditos originariamente *seniors* que pasaron a ser *juniors*.

**VI. La posición que asumen frente a la homologación los fiadores o codeudores solidarios del deudor concursado**

Por imperio del art. 55 de la LCQ, la novación que se desprende de la homologación del acuerdo preventivo (que conlleva la subordinación de un sector del pasivo a favor de otro sujeto) no causa la extinción de las obligaciones del fiador ni de los codeudores solidarios.

Pese a la redacción del precepto (que refiere solo a la existencia de la obligación originaria), se ha interpretado mayoritariamente que la norma también consagra una suerte de exclusión del contenido del acuerdo alcanzado por el deudor principal en lo que refiere a tales otros obligados en conjunto. En otras palabras, la ley manda la *no extinción*, así como la *no extensión* **(11)**.

(10) Se ha dicho que la norma de marras refiere al caso en que las partes supeditan el pago a un hecho que conocen con antelación y que necesariamente acaecerá, por lo que resulta lógica la consecuencia legal: el pago debe ser efectuado a la fecha de su vencimiento. NEGRI, Nicolás J., en RIVERA – MEDINA (dirs.), "Código Civil y Comercial de la Nación, comentado", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2015, t. III, p. 277.

(11) Sin dejar de poner de manifiesto los diversos ángulos de interpretación que ofrecía (y sique exhibiendo) la norma en comentario, tal como históricamente sostuvo Muguillo, preconizando su posición en que la mejora obtenida por el deudor en su acuerdo homologado aprovecha a los fiadores y codeudores solidarios (MUGUILLO, Roberto,. "La novación de la deuda por homologación del acuerdo y la responsabilidad de fiadores y co-deudores solidarios en la nueva ley de concursos",

Llevado a nuestro terreno, el efecto implica que la subordinación se ciñe solamente al deudor concursado. Los subordinados se abstienen, por los efectos del pacto homologado, de pretender cobrar sus créditos al sujeto pasivo del proceso hasta tanto no exista total satisfacción del *senior*. Pero nada obsta a la alternativa de perseguir el cobro respecto de los fiadores o de los deudores solidarios.

La única solución en contra la plantea el texto del art. 56 de la LCQ, en el supuesto de los llamados *socios solidarios*, frente a la existencia de responsabilidad ilimitada en conjunto con el ente societario concursado. En otros términos, si en su concurso preventivo una sociedad alcanza un acuerdo que contenga un pacto de subordinación de créditos, existiendo en el seno de aquella socios solidarios, el acuerdo se extiende a ellos, salvo que se hubiese estipulado en su contenido mantener su responsabilidad en forma más amplia **(12)**.

**VII. La garantía del recupero. Algunas contingencias en una eventual quiebra ulterior**

Uno de los pilares básicos de funcionamiento del sistema es garantizar al prestador de fondos el efectivo recupero de estos, a pesar de las diversas contingencias que pudiere atravesar el procedimiento concursal.

Tal como se ha descripto, la figura ostenta sólidos matices contractuales, con inserción en un acuerdo homologado judicialmente. Es precisamente la confluencia de la voluntad de los partícipes en el pacto la que constituye el basamento de su presencia y permanencia posterior. Como de alguna forma anuncia el art. 250 de la LCQ, "los créditos se regirán por las condiciones de su subordinación".

¿Es posible crear privilegios por voluntad de las partes?

Digamos que más allá de su innegable vinculación con el sistema de privilegios concursales, los créditos subordinados no integran, conceptualmente esa clase o jerarquía de preferencias. Justamente, constituyen su contrafigura **(13)**.

Este "anti-privilegio" **(14)** escapa sustancialmente a la noción conceptual propia de los derechos preferentes de cobro, para ubicarse en el resultado —fundamentalmente— de una negociación en virtud de la cual una parte consiente que alguien goce de mayores derechos para el cobro de su crédito.

Antes bien, digamos que la ubicación técnica más acorde con sus caracteres refiere al campo general de las *preferencias* **(15)**, en el que es posible la convención entre partes con el resultado de la postergación de algunas en beneficio de otros **(16)**. Consiguientemente, la medida de los derechos diferenciados que se otorgan a determinados sujetos surge y depende de los términos del acuerdo, los que se sostienen y perma-

*D&Em* nro. 6, p. 85), en pensamiento compartido en TEPLITZCHI, Eduardo, "Efectos del acuerdo homologado frente al fiador del deudor", LA LEY, 1995-C, 500 y LA LEY, 1996-A, 1174. Ello con más la alternativa de seguir sosteniendo esa postura tras la incorporación del nuevo Código Civil y Comercial, en aporte efectuado por nuestra parte en "A manera de retorno a una añeja discusión: ¿Cómo responde el fiador o el codeudor solidario del deudor concursado ante la homologación del acuerdo preventivo de este? La irrupción del art. 1575 Cód. Civ. y Com.", ponencia al X Congreso Argentino de Derecho Concursal, Santa Fe. 2018, inserta en el t. 2 del libro respectivo, p. 193.

(12) Cabe aquí la totalidad de reflexiones y discrepancias expuestas en doctrina en torno a los conceptos de "solidaridad" e "ilimitación" en el ámbito de la responsabilidad. Entre todos, destacamos las siempre vigentes enseñanzas de ROUILLON, Adolfo en "Reformas al régimen de los concursos", Ed. Astrea, Buenos Aires, 1986, ps. 190 y ss.

(13) GRAZIABILE, D. – MARRON, C., "Concursos y quiebras. Preferencias", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2002, p. 92.

(14) HEREDIA, Pablo, "Verificaciones de créditos concursales de características o en situaciones atípicas", RDCO 255, 01/07/2012, 1, AP/DOC/2142/2012.

(15) Resulta un lugar común exponer en torno al concepto de "preferencias" como género y al de "privilegios" como especie. Al respecto resultan aleccionadores los conceptos de ALLENDE, Guillermo – MARIANI de VIDAL, Marina, "Los privilegios en la Ley de Concursos y el Código Civil", nro. 59, Buenos Aires, 1974, p. 60; GARCÍA MARTÍNEZ, Roberto, "Derecho concursal", Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, p. 590, y más modernamente VILLANUEVA, Julia, "Privilegios", Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2004, p. 28.

(16) HIGHTON, E., en BUERES – HIGHTON, "Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial", Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1998, t. 6-B, p. 231.

necen aún en situaciones concursales ulteriores (art. 250, LCQ).

El pacto en sí es plenamente válido dentro de la esfera de quienes resultan alcanzados por él. Inserto en una propuesta concordataria que deviene homologada como acuerdo preventivo, será oponible —justamente— a quienes ese acuerdo alcanza, esto es, los acreedores que han participado en su formulación, o bien la categoría o las categorías en las que se hubiese pactado.

Certeramente el art. 2575 del Cód. Civ. y Com. refiere a la inoponibilidad del pacto respecto de "terceros" a quienes no puede producir perjuicio. Los terceros son —en nuestro caso— los integrantes del pasivo que no forman parte del acuerdo preventivo, ya sea por ser militantes de otra categoría diversa a aquella en la que el pacto ha tenido lugar, o bien en el caso de no existir dichas categorías, los acreedores que vienen ostentando un privilegio legal reconocido por el tribunal concursal.

Esto último es fundamental. El negocio de subordinación crediticia implica en definitiva incorporar un sujeto en el esquema de cumplimiento de las obligaciones concurrentes, dueño de un derecho de génesis posconcursal, con una preferencia pactada por los titulares de aquellas, pero que —va de suyo— deviene inoponible a los acreedores dotados de privilegio así reconocido dentro del proceso.

En otras palabras, son los "pares" los que toleran la irrupción de una preferencia caracterizada por la prededucibilidad en el orden de cobro **(17)**, negociando el rango que ostentan sus acreencias, el que queda pospuesto con relación a su ubicación original, para ocupar un escalón más bajo detrás de los sujetos en cuyo beneficio se pactó la postergación. Mientras se trate de intereses privados, la renuncia al crédito es posible (art. 944, Cód. Civ. y Com.). Con más razón cuando solo se renuncia al rango, como ingrediente de ese crédito.

(17) Imprescindible referencia a KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída, "Modificaciones producidas por la ley 24522 al régimen de prioridades no excluyentes", RDPyC, nro. 11, p. 176.

A la hora de la identificación de su naturaleza, es procedente su ubicación conceptual en el régimen de los créditos nacidos en el devenir del proceso y que conforman un rubro de aprovechamiento común para quienes lo transitan como acreedores concurrentes (art. 240, LCQ).

La incorporación del prestador de fondos implica un beneficio directo a la reorganización empresaria, al reencauzamiento de los negocios del concursado, y al logro y el sostenimiento ulterior de un régimen de pago de los créditos insolutos. Los acreedores concurrentes formulan, a la hora de prestar conformidad a una propuesta concordataria que posterga su posibilidad de recupero, un juicio de valor sobre sus posibilidades de cobro, asignando a esa inyección de fondos un contenido positivo que inclina su *test del mejor interés*.

Sabido es que los créditos prededucibles del régimen del art. 240 de la LCQ no forman parte del elenco de los privilegios concursales, más allá del sistema escogido por nuestra legislación vigente en el capítulo que inaugura el art. 239 de la LCQ **(18)**. En nuestro caso, se trata de una prededucibilidad otorgada y consentida por quienes devienen subordinados a favor de un crédito sobreviniente (subordinante) en el devenir del concurso, al compás del aprovechamiento común que se desprende de tal irrupción.

Así, el pacto de subordinación homologado judicialmente ha de mantenerse: a) en la etapa de cumplimiento, garantizando al prestador su recupero prioritario con relación a quienes han resultado alcanzados por el acuerdo preventivo; y b) en la quiebra que eventualmente pudiere decretarse luego, manteniéndose el régimen pactado (art. 250, LCQ) debiendo contemplarse a la hora de la distribución de fondos emanados de la liquidación (art. 218, LCQ), colocando a los subordinados entre los sujetos expectantes del cumplimiento de una condición suspensiva: el cobro por los subordinantes (art. 220, inc. 1º,

(18) Es precisamente el texto del art. 239, LCQ, el que pone de manifiesto la característica de la extraconcursalidad de la especie, ya que regula la llamada conservación del privilegio para los créditos que cuentan con esa graduación en el concurso, en la quiebra ulterior, disponiendo que idéntica regla se aplica a los créditos previstos en el art. 240, con implícita referencia a la diferencia en su concepto y naturaleza.

LCQ). De existir créditos preferentes (conforme a su verificación y graduación), es el propio sistema que regula la prededucibilidad en el ámbito concursal (art. 240, LCQ) el que determina que los comprendidos en el pacto son pagados con preferencia a los créditos contra el deudor (los concurrentes, los que integran la masa pasiva), salvo que estos tengan privilegio especial **(19)**.

Como se anticipó, esa prededucibilidad ha de conservarse en la quiebra ulterior (referencia al texto del art. 239 *in fine*), destacándose algunos otros efectos "colaterales y secundarios", a saber:a) El régimen ordinario de este pacto de subordinación inserto en el contexto del acuerdo preventivo, e impuesto por la homologación judicial, implica la variante del "pago directo". Esto es, quien paga es el propio deudor concursado **(20)**. La consolidación del derecho del subordinante se impone con la propia homologación y consiste en una de las llamadas medidas para el cumplimiento del acuerdo preventivo.

El fracaso del concurso y su transformación en una quiebra indirecta habrá de modificar el esquema de cumplimiento, ya que el prestador subordinante participará del cobro con el producto de la liquidación falencial, en el rango que hemos explicitado, conservando la jerarquía otorgada en el trámite preventivo.

b) De haberse pactado intereses, estos deben ser contemplados en la quiebra ulterior como ocurre con todos los de su especie de prededucibles **(21)**. Respecto de los créditos subordinados, sin abandonar su condicionalidad, conservan el derecho al recálculo (incorporando los intereses suspendidos por el concurso hasta el límite de la sentencia de quiebra) previsto en el art. 202 de la LCQ **(22)**.

**VIII. Superando algunas posibles objeciones**

*VIII.1. ¿Por qué motivo podría ser semejante propuesta atractiva para los acreedores concurrentes?*

Es evidente que harán la valoración de la situación a producirse con la inyección de capitales emergentes del nuevo préstamo, involucrando ello la certera posibilidad de mejorar sus chances de recupero frente a lo exiguo que pudiese llegar a ser un dividendo falencial.

No constituye una novedad en nuestro derecho concursal mencionar el llamado *test del mejor interés*, situación caracterizada por la comparación de aquello que ha de obtenerse a nivel de un acuerdo preventivo homologado, con lo exiguo del rédito expectable en una liquidación por quiebra. Nuestro vigente art. 52, inc. 2º, iv, lo exige como pauta de homologabilidad de acuerdos en condiciones diversas (*cram down power*). De este concepto extraemos el criterio de valoración análogo a implementar —voluntariamente— por acreedores que prefieren dar un paso atrás en pos de la obtención de un pago resultante del acuerdo equivalente a un dividendo no menor al que obtendrían en una eventual quiebra ulterior.

Por lo demás, tratándose de un apartamiento que solo compromete intereses privados, tal renuncia de rango aparece como viable, en los términos del art. 944 del Cód. Civ. y Com.

*VIII.2.* ¿Requiere *esta propuesta una mayoría distinta?*

Cuando la ley concursal, con diversos fundamentos, ha entendido necesario imponer al deudor la obligación de obtener —para arribar a un acuerdo homologable— regímenes especia-

(19) En el sistema, adquieren la calidad de "acreedores neutros" (así denominados por ARAYA, Tomás, "Subordinación de créditos en los negocios jurídicos", Ed. Ábaco, Buenos Aires, 1997, p. 87), esto es, los que, siendo también titulares de créditos contra el mismo deudor, no puede oponérsele el contenido del pacto, ya sea por no haberlo suscripto al integrar otra categoría, o —como en el caso— por gozar de graduación aún preferente.

(20) Salvo, claro está, que el pacto previese la anexión de un co-deudor en carácter de "garante de cumplimiento del acuerdo" quien pueda ser compelido al pago en ausencia o reticencia del deudor original.

(21) IGLESIAS, José A., "Los privilegios en la ley de concursos y los créditos del concurso", Ed. Depalma. Separata de la RDCO, 1988, p. 228.

(22) Una situación distinta podría producirse en el supuesto que —como contenido del pacto de subordinación incluido en el acuerdo preventivo— se hubiese convenido que si bien se postergaba el recupero del capital, no existía impedimento para la percepción de los intereses de los créditos incluidos, como una suerte de compensación por la tolerancia con el descenso en el ranking de cobro. A la hora de la quiebra ulterior, debe contemplarse la efectiva percepción anterior de tales accesorios.

les de mayorías, así lo ha dicho expresamente (arts. 44, 47, 52 y 67). Nada ha dicho en cuanto a otros supuestos (ni siquiera en el caso del art. 41 *in fine* en relación con la categoría de los subordinados preconcursales), siendo la analizada una especie más dentro de las posibles fórmulas concordatarias.

En suma, la mayoría exigible será la misma que corresponda a la naturaleza de los créditos a los que se dirige la propuesta. Se trata de un aspecto que se vincula con la temática analizada en el interrogante ulterior.

*VIII.3. ¿Puede dirigirse la propuesta a una sola categoría? ¿Puede dirigirse a acreedores privilegiados?*

En el caso de existir categorización de acreedores, conforme al art. 43 de la LCQ, el deudor puede efectuar propuestas diversas a las distintas clases emergentes de la resolución del art. 42 de la LCQ. Por tanto, constituyendo el mecanismo que analizamos una alternativa de propuesta viable, resulta obvio que podrá intentarse en una, algunas o todas las categorías propuestas y aprobadas, debiendo alcanzar la mayoría legal en cada una de ellas (art. 45, LCQ).

Es aquí donde corresponde destacar que el régimen de mayorías será el que resulte exigible conforme al tipo o categoría de acreedores a la que se haya dirigido la propuesta.

La situación ordinaria se referirá —en mayor medida— a las categorías de acreedores quirografarios, a quienes se propondrá "la postergación". Requerirá —va de suyo— el régimen ordinario de mayorías del art. 45 de la LCQ.

Nada impide formular tal naturaleza de propuesta a acreedores privilegiados. Claro está, con algunas precisiones.

En primer lugar, corresponde analizar la alternativa de formularla a los privilegiados especiales. Sustancialmente aparece como una cuestión difícil de abordar, habida cuenta de la garantía que este tipo de acreedores tiene constituida a su favor.

No obstante, aun como posibilidad remota, podría concebirse para el caso que el deudor pudiese alcanzar la unanimidad de conformidades a la propuesta de postergación (arts. 44 y 47, LCQ), sin que pueda imponerse la fórmula concordataria a quien no hubiese prestado su conformidad (art. 52, inc. 3º, LCQ).

Aun así, cabe contemplar la alternativa que dentro de la categoría de acreedores privilegiados especiales a quienes se proponga la postergación existan titulares de créditos laborales. En tal supuesto, la solución parece vedada, ya que rige a su respecto la prohibición de postergación contemplada en el art. 2575 del Cód. Civ. y Com., que no tiene norma en contra en el contexto concursal (como, en cambio, ocurre con la prohibición de renuncia al privilegio).

En cuanto a los privilegiados generales, la solución asoma como positiva. Esto es, puede postularse la postergación, imponiéndose el mismo régimen de mayorías que los quirografarios (art. 47, LCQ), no pudiendo incluirse de todos modos en ella los privilegiados generales laborales, ya que —en sintonía con lo expuesto— se encuentran alcanzados por la prohibición emergente del art. 2575 del Cód. Civ. y Com. Finalmente, los titulares de esos créditos laborales podrían renunciar al privilegio (especial o general, pese a la prohibición del art. 2575, Cód. Civ. y Com., habida cuenta de la permisividad en el ámbito concursal del art. 45, LCQ), pero, de todos modos, no podría admitirse su postergación —ni expresa ni implícita— ya que —como se ha dicho— la norma del Código de fondo lo prohíbe en términos imperativos, alejados de la voluntad del propio interesado.

*VIII.4. ¿Cómo se compatibilizan los subordinados sobrevinientes con los subordinados preconcur-sales?*

Resulta tentador esbozar una clasificación de posibles situaciones de postergación de créditos y su relación con un proceso concursal. Así podemos distinguir:

a) Créditos subordinados preconcursales:

Son los que arriban al procedimiento dotados de tal calidad. Han nacido en tal carácter (originariamente subordinados), o bien la han adoptado como consecuencia de negociaciones particulares en forma ulterior a su nacimiento (sobrevinientemente subordinados), pero siempre en fecha preconcursal. El hecho es que,

abierto el concurso, ya se encuentran en tal rango con relación a otros acreedores del concursado y deben ingresar por la vía de la verificación, y la ley concursal en el art. 41 los coloca a todos en una categoría; y

b) Los que surgen del mecanismo propuesto: los subordinados que emergen como tales del acuerdo homologado.

La propuesta —justamente— se dirigía a los acreedores con crédito principal, ofreciéndoles la *baja de rango*, en beneficio de los *senior* sobrevinientes.

No son los del art. 41 de la LCQ. Pero la pregunta, en el caso, se orienta a la duda que puede existir cuando existe categoría de subordinados preconcursales y aparecen, como consecuencia del acuerdo homologado, estos otros *sobrevinientes*. ¿Van a confluir a la única categoría para tal especie que manda el art. 41, como "compañeros de ruta"?

Intríngulis difícil de resolver. Pero, arriesgando una opinión, el art. 250 de la LCQ manda respetar las condiciones de subordinación. Entre ellas, las que gobiernan el camino a seguir por los subordinados preconcursales, siempre en un escalón por debajo del resto de los créditos del deudor. Incluso, de los subordinados posconcursales.

*VIII.5. ¿No viola la regla de igualdad de los acreedores en el proceso concursal?*

La igualdad de los acreedores es hoy una especie de mito.

El régimen de una pretensa igualación se encuentra, *ab initio,* con la compleja trama de los privilegios que la ley reconoce y que desde ya imponen distinciones a favor de unos por sobre los otros. Dentro de ellos, además, con diferencias de jerarquía notorias. Y, de paso, los llamados créditos *prededucibles*, que parecen posicionarse por sobre todos los demás.

Pero hay más. También el régimen de privilegios se encuentra en constante "refacción" ("en obras"), habiéndose alcanzado un sistema caracterizado por la permeabilidad, frente a determinados pronunciamientos judiciales que, consecuentemente, proceden a la "recalificación de créditos".

El fenómeno de la "subordinación" es un eslabón más dentro de esa cadena. Se refiere a la consagración de una suerte de "antiprivilegio", normalmente, de origen voluntario ("autónoma") pero también de origen legal o judicial ("heterónomas").

Es poco lo que queda de la clásica regla de la *par conditio.* El régimen concursal confirma paso a paso ese aserto, y también a este otro, con solo reparar cómo recepta el trato desigual (o "sometido a condición") aceptado voluntariamente por algunos acreedores, al incluirlos en una categoría en forma expresa (art. 41), o bien derechamente, reconociendo en plenitud las pactadas condiciones de subordinación (art. 250) **(23)**.

*VIII.6. ¿En qué situación quedan los créditos postergados tras la homologación?*

Es de hacer notar que su subordinación tiene la modalidad de completa o pura, conforme a la cual los concurrentes en forma expresa (o implícita, por el art. 56) —*juniors*— aceptan no percibir sus créditos, hasta que no exista satisfacción total del *senior.*

Se convierten en créditos condicionales. La condición —suspensiva— implica la subordinación de la eficacia del crédito postergado a la previa satisfacción total del *senior* (art. 343, Cód. Civ. y Com.) **(24)**.

Esa condicionalidad se mantiene aún en hipótesis de quiebra ulterior ya que así han sido *recalificados* por el juez, y novados en relación con la obligación originaria. En el procedimiento falencial, a la hora de formular un proyecto de distribución, deberán miliar dentro de los créditos condicionales, con derecho a la reserva respectiva conforme al art. 220, inc. 1º, LCQ.

(23) Como el *Bankrupcy Code* americano, que expresamente da a estos pactos de postergación —dentro del concurso— la misma validez que tienen fuera de él.

(24) Incluyendo la alternativa de compensar con algún crédito recíproco que el deudor tuviese respecto del *junior*. Sería una forma elíptica de obtener satisfacción violando el esquema.

Alguna consideración merece la hipótesis de quiebra por nulidad del acuerdo preventivo. He allí una eventual grieta en el sistema, ya que, ante tal solución, la nulidad del acuerdo produce el efecto por el cual los acreedores recuperan los derechos que tenían antes de la apertura del concurso (art. 62, inc. 2º, LCQ), resultando nulas —igualmente— las demás medidas adoptadas en cumplimiento del acuerdo (art. 62, inc. 3º, LCQ). Una pauta del retorno a la situación original es establecida en el inc. 4º de dicha norma. Con todo ello, en la quiebra ulterior, podrían solicitar el reconocimiento de sus créditos sin la condicionalidad ni la postergación consagradas en el acuerdo (una *nueva recalificación*).

*VIII.7. ¿Debe prestar conformidad el beneficiario de la postergación respecto de esta, o el instituto opera aún sin ella?*

Se trata de un punto importante. Si no se incluye la conformidad en forma expresa —en el expediente— tras la propuesta efectuada por la concursada o en forma concomitante con ella, acompañándola por anticipado alguien podría llegar a sostener la existencia de una "estipulación en favor de terceros" que a la luz del art. 1027 del Cód. Civ. y Com., le daría cierta inestabilidad.

En ese esquema tendríamos:

- el "beneficiario", identificándose como tal al *senior;*- el "promitente" (el acreedor postergado, que confiere al *senior* los derechos o facultades convenidas con el deudor, esto es, el cobro preferente);

- el "estipulante" (el deudor concursado).

Si el beneficiario no forma parte del negocio de subordinación en su formulación, siendo una estipulación en favor de tercero, podría llegar a existir la facultad revocatoria del promitente (el postergado) hasta que se diera la conformidad del tercero beneficiario (el *senior*). En cambio, si plasma en algún sitio (con la formulación misma de la propuesta, por lo menos) dicha facultad de revocar no puede ejercitarse. En sintonía con esto, se puede sostener que si el sistema conlleva una "renuncia de derechos" (ver párrafo siguiente), por el art. 947 del Cód. Civ. y Com., también sería aconsejable la conformidad del beneficiario en forma expresa.

Tampoco puede revocarse por parte del estipulante (el concursado) si el *junior* tiene interés en que sea mantenida.

Una posible solución que prevea la falta de intervención del *senior* aceptando en forma expresa el beneficio (concomitante o posterior), sería la existencia de una suerte de *cláusula de irrevocabilidad* por la cual el deudor y el postergable renuncian a la posibilidad de cambiar las condiciones del convenio.

- ¿Podría sostener un ausente, un disidente, o un acreedor post-concursal que sus derechos están afectados? (violando, con ello, la norma del *art. 2575, Cód. Civ. y Com.)*

En cuanto a los ausentes o disidentes, en realidad, no resultan ser "terceros" en el esquema del acuerdo preventivo. Resultan directamente alcanzados por el contenido del acuerdo, por imperio de su homologación judicial y por la normativa concursal. La alternativa a su favor podría fincar en la posibilidad de impugnar el acuerdo, pero, como concurrentes que son, no sería por su conformación ilícita (encuadrado en los arts. 2575, Cód. Civ. y Com., y 42, LCQ) sino por abusivo o fraudulento, en su caso.

Es más atendible la posibilidad de objeción por un posconcursal (prefalencial) en una quiebra ulterior, ya que sustancialmente este sí puede señalarse como *un tercero* (en la letra del art. 2575).

En este caso:

- No tendría legitimación para impugnar el acuerdo, ya que siendo post-concursal no tiene *derecho a voto*, condición que campea en los casos del art. 50 (que, va de suyo, reconoce tal potestad siempre a concurrentes);

- No podría sostener el "perjuicio" referido en el art. 2575 del Cód. Civ. y Com. en la etapa de cumplimiento del acuerdo, ya que, en rigor, no siendo partícipe del pacto de subordinación ni encontrándose alcanzado por los efectos del acuerdo, su rango en el orden de cobro no estaría desplazado por los *seniors* del acuerdo.

Y, en cuanto a su posibilidad de ataque en una quiebra ulterior, su posición no difiere mu-

cho de quien, como posconcursal, pretenda desconocer la vigencia del pacto homologado. Así, tampoco podría discutirse ninguna de las medidas tomadas en pro del cumplimiento del acuerdo (art. 59), que bien podrían ser, a) constitución de una hipoteca a favor de los acreedores; b) la entrega de bienes; c) constitución de un fideicomiso de administración del patrimonio del deudor o bien de la recaudación producto de la actividad del deudor o de su recaudación, etcétera.

*VIII.8. ¿Inoponibilidad falencial?*

El art. 121 de la LCQ aparece como un valladar al respecto, ya que, más allá de la convalidación judicial que se desprende del art. 56 (homologación del acuerdo que conlleva un pacto de subordinación), se trataría de un ataque a actos desarrollados en la etapa de cumplimiento del acuerdo con autorización judicial (art. 59, LCQ).

Obviamente, eso no impide la posibilidad de sostener institutos del derecho común, como una acción de fraude, la invocación de lesión, o bien la nulidad de la sentencia de homologación del acuerdo por cosa juzgada fraudulenta —esto último, en el término de un año de la homologación, art. 2564, inc. f), Cód. Civ. y Com.—.

## IX. Conclusiones

Mientras se producen las anheladas modificaciones (provisorias o estables) en la legislación concursal de manera tal de posibilitar el arribo a ella de fórmulas que permitan sostener fuentes de financiamiento para las personas físicas o jurídicas concursadas, nada impide recurrir a herramientas propias del derecho vigente. He aquí una alternativa de implementación de mecanismos incorporados al derecho positivo de escasa recurrencia, que —al aguardo de aquellas reformas— puedan permitir encauzar soluciones creativas y posibles.

# Configuración de abusividad en el acuerdo (preventivo) pendiente de homologación

Roberto S. Reggiardo

**Sumario:** I. Introducción.— II. Historia (brevísima).— III. Ingreso del tema en el caso concreto.— IV. Fundamento jurídico.— V. Casos concretos.— VI. Tercera vía.— VII. Opinión del autor.

## I. Introducción

Consciente de incluir una "herejía" en el título, porque mientras no tenga homologación judicial "eso" que tiene el juez del concurso ante sí (art. 52, LCQ) no es un acuerdo preventivo (porque tampoco es una mera propuesta, como dice la Ley, porque está enriquecida, por la conformidad mayoritaria de los acreedores) **(1)**, voy a ocuparme de la configuración de abusividad, como fundamento para rechazar tal homologación.

Y, en especial, respecto de considerar si hay abusividad en el caso de que (hipotéticamente) los acreedores recibirían mejor retribución en caso de liquidación por quiebra.

Frente a estas cuestiones, no hay criterios judiciales uniformes, lo que genera inseguridad en los justiciables **(2)**, "al punto de ser dificultosa, si no imposible, la construcción de una jurisprudencia que defina cuando es y cuando no es abusiva una propuesta de acuerdo" **(3)**, aunque, cabe reconocerlo, ello obedece principalmente a que la calificación depende de cada caso.

(1) JUNYENT BAS, Francisco, "Los ejes de la homologación y el abuso en materia...", RSC 2017-1-95.

(2) BERCÚN, Eduardo H., "Necesidad de dar certeza a los criterios a utilizar...", RSC 2018-1-339.

(3) CNCom., sala D, 17/09/2007, "Editorial Perfil SA s/ concurso preventivo", RSC 47-232.

## II. Historia (brevísima)

Pese a que la redacción original de la ley 24.522 parecía decir que en esta instancia el juez solo debía hacer un control de legalidad formal, la jurisprudencia fue avanzando en la idea de que no se podía homologar un acuerdo fundado en el fraude o el abuso, con sustento en los arts. 953 y 1071 del Cód. Civil **(4)**, lo que resultó explicitado con la reforma de la ley 25.589 **(5)**, al disponer "que en ningún caso el juez homologará una propuesta abusiva o en fraude a la ley" (art. 52, inc. 4º), aunque esta normativa no repuso el "piso" de pago del 40% en las propuestas con quita **(6)**.

Por supuesto, la idea básica es la aplicación del "abuso del derecho", conforme a los arts. 1071 y 1198 del Cód. Civil, y 10 del Cód. Civ. y Com. **(7)**, en el supuesto del acuerdo preven-

(4) CNCom., sala C, 04/02/2001, "Línea Vanguard s/ concurso preventivo"; *id.*, sala E, 18/12/2012, "Pesquera Olivos SA s/ concurso preventivo", RSC; *id.*, sala C, 12/03/2013, RSC 2.013-3-160; *id.*, sala D, 19/03/2012, "Lebont SA s/ concurso preventivo", RSC 2012-4-131; BOQUÍN, Gabriela, "Un límite judicial a las propuestas abusivas...", RSC 42-83.

(5) CNCom., sala F, 09/10/2018, "Establecimiento Río Grande SA s/ concurso preventivo", RSC 2018-3-126; *id.*, sala F, 27/12/2012, "Baugruppe SRL s/ quiebra", RSC 2013-3-157.

(6) Modificación de la ley 25.563 a la ley 24.522, art. 43. CNCom., sala D, 17/09/2007, "Editorial Perfil SA", cit.

(7) CNCom., sala C, 12/03/2013, "Cooperativa de Trabajo Solucionar Ltda. s/ concurso preventivo", RSC 2013-3-158; *id.*, sala D, 17/09/2007, "Editorial Perfil SA", cit.; *id.*,

tivo, considerando principalmente la aplicación de este a acreedores disidentes (minoría que no conforma la/s propuesta/s del concursado) y pendientes de resolución judicial (en revisión y tardíos, incluyendo con procesos de conocimiento en trámite, conf. arts. 21 y 56, LCQ) **(8)**.

**III. Ingreso del tema en el caso concreto**

La LCQ lo contempla como una cuestión que debe examinar en cada caso y de oficio el juez en la oportunidad en que tiene ante sí el "acuerdo" para decidir sobre su homologación **(9)**.

Y, si bien la abusividad no está contemplada como causal de impugnación —art. 50, LCQ—, no impide su formulación por parte interesada, para ser tratado en la oportunidad del art. 52 **(10)**, y por el Ministerio Público en su caso (arts. 120, CN, y 276, LCQ) **(11)**.

**IV. Fundamento jurídico**

El control judicial no se limita al mero control formal de legalidad, debiendo atender el ordenamiento jurídico todo, no la conveniencia económica para los acreedores, y el interés público, porque lo concursal no está aislado del ordenamiento jurídico en su conjunto, pues esa es la función del juez **(12)**, aunque se hubiera obtenido el 100% de conformidades **(13)**. El interés general está por encima del de los acreedores y del interés del deudor **(14)**.

La calificación de acto abusivo depende de las circunstancias **(15)**; debe evaluarse en cada caso concreto **(16)**, porque el de abuso es un concepto indeterminado **(17)**.

El interés del deudor no es el único que atiende el derecho concursal, también el de los acreedores (incluidos los pendientes de resolución y de presentación, especialmente todos los que no han prestado su conformidad) y de la co-

sala B, 10/09/2007, "Apartime SA s/ concurso preventivo", RSC 47-239.

(8) CNCom., sala F, 27/12/2012, "Baugruppe SRL", cit.

(9) CNCom., sala F, 09/10/2018, "Establecimiento Río Grande SA", cit.; *id.*, sala E, 18/12/2012, "Pesquera Olivos SA", cit.; *id.*, sala C, 12/03/2013, RSC 2013-3-160.

(10) CNCom., sala B, 10/12/2019, "Corporate SA s/ concurso preventivo", RSC 2020-1-246; *id.*, sala F, 22/06/2017, "Sintermetal SAIC s/ concurso preventivo", RSC 2018-2-190; JUNYENT BAS, Francisco, "Los ejes…", ob. cit.; CNCom., sala D, 18/06/2012, "Sucesión de Rodríguez, Juan Carlos s/ concurso preventivo", RSC 2012-5-151; Fiscalía de Cámara en "Apartime SA", cit.

(11) CNCom., sala E, 06/07/2016, "Empresa Distribuidora de Electricidad de Formosa SA s/ concurso preventivo", RSC 2016-2-153; BERGOGLIO, Virna, "Facultades del Ministerio Público...", RSC 2016-2-163; CNCom., sala F, 27/12/2012, "Baugruppe SRL", cit.; *id.*, sala F, 29/11/2011, "Bendow Argentina SA s/ concurso preventivo", RSC 2012-3-88; *id.*, sala A, 26/06/2009, "Instituto Médico Modelo SA s/ concurso preventivo", RSC 2010-2-346; JUNYENT BAS, Francisco, "El eventual abuso en el concordato y el rol del Ministerio Público", RSC 2010-2-91.

(12) CNCom., sala B, 10/12/2019, "Corporate SA", cit.; *id.*, sala F, 09/10/2018, "Establecimiento Río Grande SA", cit.; *id.*, sala F, 22/06/2017, "Sintermetal SAIC", cit.; *id.*, sala E, 06/07/2016, "Empresa Distribuidora de Electricidad de Formosa SA", cit.; *id.*, sala A, 13/11/2014, "Casa Simón de Freundlich SRL s/ concurso preventivo", RSC 2015-1-178; *id.*, sala A, 08/04/2013, "Foods & Service Consulting SA s/ concurso preventivo...", RSC 2013-4-144; *id.*, sala F, 27/12/2012, "Baugruppe SRL", cit.; *id.*, sala F, 24/04/2012, "Talleres Reunidos Ítalo Argentino SA s/ concurso preventivo", RSC 2013-2-100; *id.*, sala F, 29/11/2011, "Bendow Argentina SA", cit., *id.*, sala F, 26/04/2011, "Mallarini, Jorge A. s/ concurso preventivo", RSC 2012-1-120; *id.*, sala A, 02/10/2010, "Instituto Médico Modelo SA", cit.; *id.*, sala A, 04/05/2010, "Hebos SA s/ concurso preventivo", RSC 2011-2-230; *id.*, sala B, 30/09/2009, "Pesquera Galfrio SA s/ concurso preventivo", 2010-4-226. CNCom., sala B, 10/09/2007, "Apartime SA", cit.

(13) CNCom., sala C, 27/05/2019, "Metral, Estela M. s/ quiebra", RSC 2019-3-250.

(14) CNCom., sala B, 03/07/2009, "Mancuso, Víctor s/ concurso preventivo", RSC 2010-3-233.

(15) CNCom., sala D, 14/05/2018, "Organización Anselmi SRL s/ concurso preventivo", RSC 2019-3-257.

(16) CNCom., sala B, 10/12/2019, "Corporate SA", cit.; *id.*, sala F, 09/10/2018, "Establecimiento Río Grande SA", cit.; *id.*, sala F, 22/06/2017, "Sintermetal SAIC", cit.; *id.*, sala F, 27/12/2012, "Baugruppe SRL", cit.; *id.*, sala F, 24/04/2012, "Talleres Reunidos Ítalo Argentino SA", cit.; *id.*, sala F, 29/11/2011, "Bendow Argentina SA", cit.; *id.*, sala F, 26/04/2011, "Mallarini, Jorge A. ", cit.

(17) CNCom., sala D, 13/09/2018, "Guía Laboral Empresas de Servicios Eventuales SRL s/ concurso preventivo", RSC 2018-3-134; *id.*, sala F, 12/07/2018, "Gorodisch, Diego s/ concurso preventivo", RSC 2.019-1-499; JUNYENT BAS, Francisco, "Los ejes…", ob. cit.; CNCom., sala B, 03/07/2009, "Mancuso, Víctor", cit.; *id.*, sala B, 25/08/2009, "PSB SA s/ concurso preventivo", RSC 2010-3-238; *id.*, sala D, 17/09/2007, "Editorial Perfil SA", cit.; CNCom., sala B, 10/09/2007, "Apartime SA", cit.

munidad en general **(18)**. Debe buscarse el equilibrio entre los intereses involucrados; para ser abusiva, la propuesta debe exceder lo razonable y juzgarse con criterio restrictivo la supuesta abusividad, no habiendo parámetros estrictos, pero sí algunos como: remisión total de los créditos, desigualdad entre los acreedores, pago menor a las posibilidades del deudor, dividendo inferior al de la quiebra, que sacrifique a los acreedores disidentes o a alguna categoría, indeterminación de fechas de pago, desnaturalización del derecho de los acreedores, que no se ajuste al contexto socioeconómico del país, etcétera. **(19)**.

También debe valorarse la subsistencia de la concursada como fuente generadora de empleo **(20)**, así como su importancia en el mercado y contexto socioeconómico que le corresponde **(21)**, pues su crisis puede afectar a trabajadores, proveedores, clientes y la sociedad en general **(22)**.

Pero, para que haya abuso, debe mediar perjuicio **(23)**.

Para evaluar la quita, hay que calcular el valor presente de los créditos **(24)**.

Junyent Bas fundamenta el examen en la necesidad de compartir el esfuerzo, por lo que la propuesta debe estar equilibrada, debiendo tenerse en cuenta el porcentaje de acreedores aceptantes, la proporción de los créditos que se cancelan a valor actual, la deudora como empresa generadora de empleo y la relación entre la cuota concordataria y el eventual dividendo de la quiebra **(25)**.

**V. Casos concretos**

- El deudor se libera entregando títulos de crédito **(26)**.

- El deudor paga en cuotas fijas prorrateables entre los acreedores **(27)**.

- La espera no contempla intereses **(28)** y/o es irrazonable el plazo provocando una quita real excesiva **(29)**.

- Pago del 50% en 3 cuotas, venciendo la primera a los 3 años de la homologación, con intereses al 7% anual, quita real de casi el 90% **(30)**.

- Licuación de los pasivos concursales, con desproporción en el sacrificio impuesto a los acreedores **(31)**, sufriendo estos una pérdida excesiva **(32)**.

- Si se imponen condiciones diferentes a acreedores de la misma categoría, en razón de ser créditos en moneda nacional o extranjera **(33)**.

---

(18) CNCom., sala B, 10/12/2019, "Corporate SA", cit.; *id.* sala F, 09/10/2018, "Establecimiento Río Grande SA", cit.; *id.*, sala F, 12/07/2018, "Gorodisch, Diego s/ concurso preventivo", RSC 2019-1-499; *id.*, sala E, 13/11/2015, "Urtubey, Alejandro s/ concurso preventivo", RSC 2016-1-200; *id.*, sala F, 29/11/2011, "Bendow Argentina SA", cit.; *id.*, sala A, 04/05/2010, "Hebos SA", cit.; *id.*, sala B, 25/08/2009, "PSB SA", cit.

(19) CNCom., sala D, 14/05/2018, "Organización Anselmi SRL", cit.; *id.*, sala A, 11/10/2018, "Valsugana SRL s/ concurso preventivo", RSC 2019-1-502; *id.*, sala D, 19/03/2012, "Lebont SA", cit.; CNCom., sala F, 29/11/2011, "Bendow Argentina SA", cit.; *id.*, sala D, 17/09/2007, "Editorial Perfil SA", cit.

(20) CNCom., sala D, 13/09/2018, "Guía Laboral Empresas de Servicios Eventuales SRL", cit.; *id.*, sala D, 19/03/2012, "Lebont SA", cit.

(21) CNCom., sala D, 17/09/2007, "Editorial Perfil SA", cit.

(22) CNCom., sala B, 10/09/2007, "Apartime SA", cit.

(23) CNCom., sala F, 09/10/2018, "Establecimiento Río Grande SA", cit.; CNCom., sala D, 13/09/2018, "Guía Laboral Empresas de Servicios Eventuales SRL", cit.; *id.*, sala F, 27/12/2012, "Baugruppe SRL", cit.

(24) Fiscalía, "Battistuta, Ana María s/ concurso preventivo", RSC 2019-1-503; "Chenton SA s/ quiebra", RSC 2019-1-508; "Colom, Julio C. s/ concurso preventivo", RSC 2018-1-382.

(25) JUNYENT BAS, Francisco, "El eventual abuso…", ob. cit.

(26) CNCom., sala B, 10/12/2019, "Corporate SA", cit.; *id.* sala E, 06/07/2016, "Empresa Distribuidora de Electricidad de Formosa SA", cit.

(27) CNCom., sala C, 27/05/2019, "Metral, Estela M.", cit.

(28) *Ibid.*

(29) CNCom., sala E, 13/11/2015, "Urtubey, Alejandro", cit.; *id.*, sala A, 04/05/2010, "Hebos SA", cit.; *id.*, sala B, 25/08/2009, "PSB SA", cit.

(30) CNCom., sala D, 14/05/2018, "Organización Anselmi SRL", cit.

(31) CNCom., sala F, 09/10/2018, "Establecimiento Río Grande SA", cit.

(32) CNCom., sala B, 19/05/2017, "Colom, Julio C.", cit.

(33) CNCom., sala F, 09/10/2018, "Establecimiento Río Grande SA", cit.

- Si los acreedores cobrasen más en la quiebra, porque el activo supera holgadamente al pasivo **(34)**.

- Si consiste en la liquidación del activo, sin actividad generadora de recursos **(35)**.

- Si existen activos de la concursada sin declarar **(36)**.

- Tasa de interés insuficiente combinada con prolongada espera **(37)**, para evitar que el transcurso del tiempo deprecie los créditos **(38)**.

- La espera excesiva impuesta a un grupo de acreedores provoca discriminación por cuanto en ese supuesto la quita real llega a casi el 100% **(39)**.

- Capitalización del pasivo, careciendo la deudora de actividad y de activo que no sean créditos litigiosos **(40)**.

- Quita significativa con espera (que comienza con la presentación concursal) a tasas de interés que no compensa la inflación **(41)**, con inicio del plazo indefinido (fecha de la homologación) reservándose la deudora la posibilidad de hacer pagos anticipados **(42)**.

- Si la categorización es violatoria del orden jurídico, y discrimina negativamente a un grupo de acreedores **(43)**.

- Si a la espera de 2 años se suma ausencia de explicación sobre el origen de los fondos para el pago **(44)**.

- Pago del 40% en 6 cuotas anuales, a partir de la homologación, con un 6% de interés anual **(45)**.

- Quita del 40%, pago en 10 cuotas anuales y espera de 3 años, con una tasa de interés del 6% anual **(46)**.

- Espera de 10 años, con intereses que comienzan a devengar 3 años más tarde, cuotas de pagos parciales escalonadas en grado creciente hacia el final, sin prohibición de distribución de utilidades ni limitaciones a las facultades de disposición de la concursada **(47)**.

- Si se discrimina a los acreedores minoritarios, ausentes y/o disidentes, violando la *pars conditio creditorum* **(48)**.

El abuso no se presume, por lo que, como ya se dijo, su calificación debe hacerse con criterio restrictivo, solo cuando su irrazonabilidad sea evidente **(49)**.

No hay abusividad porque haya alguna renuncia de los acreedores, ni por la sola circunstancia de que la propuesta de pago arroje una suma inferior a la que resultaría de la liquidación, porque el concepto de abuso no es obje-

(34) Fiscalía en "Gorodisch, Diego", cit.; *id.*, "Fasano SRL s/ concurso preventivo", RSC 2019-1-511; "Colom, Julio C.", cit.; *id.*, sala B, 25/08/2009, "PSB SA", cit.

(35) CNCom., sala A, 11/10/2018, "Valsugana SRL", cit.

(36) CNCom., sala C, 13/09/2018, "Battistuta, Ana María", cit.

(37) Fiscalía, "Sintermetal SAIC", cit.; *id.*, sala E, 06/07/2016, "Empresa Distribuidora de Electricidad de Formosa SA", cit.

(38) Fiscalía en "Colom, Julio C.", cit.; *id.*, sala A, 22/05/2012, "Marasco y Speziale SACIFEI s/ concurso preventivo", RSC 2013-2-97.

(39) Fiscalía en "Urdega SA s/ concurso preventivo", RSC 2017-2-243.

(40) CNCom., sala F, 27/12/2012, "Baugruppe SRL" cit.

(41) CNCom., sala E, 18/12/2012, "Pesquera Olivos SA", cit.; CNCom., sala C, 12/03/2013, RSC 2013-3-160.

(42) CNCom., sala C, 12/03/2013, "Cooperativa de Trabajo Solucionar Ltda.", cit.

(43) CNCom., sala D, 18/06/2012, "Sucesión de Rodríguez", cit.

(44) CNCom., sala B, 30/09/2009, "Pesquera Galfrio SA", cit.

(45) CNCom., sala B, 03/07/2009, "Mancuso, Víctor", cit.

(46) CNCom., sala B, 25/08/2009, "PSB SA", cit.

(47) CNCom., sala E, 16/10/2007, "Szwarcberg Hermanos SA", RSC 48-210.

(48) Fiscalía de Cámara, "Szwarcberg Hermanos SA", cit. y en "Apartime SA", cit.

(49) CNCom., sala E, 14/08/2018, "Fasano SRL", cit.; RASPALL, Miguel A., "Abuso en los acuerdos concursales...", RSC 48-83.

tiva, depende del caso. No hay si el deudor no ocultó su falta de actividad ni sus bienes **(50)**.

Frente a imputaciones de abuso, también se ha homologado valorando los demás aspectos de la propuesta, además del porcentaje de cobro de los acreedores, sus posibilidades de percepción en la quiebra, y la cantidad de conformidades presentadas en relación con la totalidad de acreedores **(51)**. El porcentaje de quita, *per se*, no es dirimente **(52)**.

No se calificó de abusiva la propuesta conformada por un porcentaje de acreedores que supera el mínimo, la empresa sigue trabajando y la quita real alcanza al 75% **(53)**.

En otro caso, se consideró que no hay abuso por defectos formales en las conformidades, porque hayan acordado acreedores reconocidos recién en apelación de la revisión o porque algún acreedor haya percibido el crédito por un importe superior al reconocido **(54)**.

En cualquier caso, por la trascendencia que le otorga el tribunal de que lo emite, no puede obviarse el pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en "Arcángel Maggio" **(55)**. Sostuvo que en principio la cuestión es ajena a la instancia extraordinaria. No es dogmática la referencia de la Cámara a la estimación de que el pago del 40% de los créditos con espera implica en 25 años el pago del 12,39% del pasivo. "En el análisis del abuso del derecho relacionado con la admisibilidad de una propuesta de acuerdo preventivo, el juez debe apreciar objetivamente si el deudor, en el ejercicio de su derecho, ha contrariado la finalidad económico-social del mismo que, en la especie, no está dada solamente por la conservación de la empresa como fuente de producción y trabajo, sino que también está definida por el logro de una finalidad satisfactiva del derecho de los acreedores, la cual naturalmente resulta negada cuando la pérdida que se les impone a ellos resulta claramente excesiva (...). No hay arbitrariedad en la sentencia que revocó la homologación de un acuerdo, por haber ponderado (...) inequidad manifiesta o a la irrazonabilidad y absurdidad de la oferta desde el punto de vista del ordenamiento general".

**VI. Tercera vía**

Otorga la posibilidad a la deudora para que ajuste la propuesta, superando las objeciones que se opusieron a la homologación **(56)**, reformule la propuesta dentro del plazo que se le fije **(57)**, o puede consistir en la reformulación de oficio por el juez **(58)**.

Reconoce como primeros antecedentes un voto en disidencia del Dr. José L. Monti **(59)** y un fallo de la Suprema Corte mendocina **(60)**.

Se considera la tercera vía preferible al salvataje del art. 48 **(61)**. Por cierto que, aplicando estrictamente la secuencia de etapas de LCQ, no corresponde considerar el *"crandown* criollo", como alternativa a la declaración de quiebra por no homologación **(62)**.

---

(50) CNCom., sala E, 14/08/2018, "Fasano SRL", cit.; *id*., sala D, 19/03/2012, "Lebont SA ", cit.

(51) "Sociedad Comercial del Plata".

(52) CNCom., sala E, 14/07/2010, "González Oro, Oscar M. s/ concurso preventivo", RSC 2011-3-106; *id*., sala D, 17/09/2007, "Editorial Perfil SA", cit.

(53) CNCom., sala E, 23/08/2012, "Visor Enciclopedias Audiovisuales SA s/ concurso preventivo", RSC 2013-2-89.

(54) CNCom., sala E, "Díaz, Sylvia N.", RSC 2011-5-122.

(55) 15/03/2007, LA LEY 2007-C, 38. RSC 43-263.

(56) CNCom., sala C, 27/05/2019, "Metral, Estela M.", cit.; *id*., sala D, 18/06/2012, "Sucesión de Rodríguez", cit.; *id*., sala A, 02/10/2010, "Instituto Médico Modelo SA", cit.

(57) CNCom., sala D, 14/05/2018, "Organización Anselmi SRL", cit.; *id.*, sala A, 22/05/2012, "Marasco y Speziale SACIFEI", cit.; *id*., sala A, 10/15/2011, "Sociedad Comercial del Plata SA s/ concurso preventivo", RSC 2012-1-119.

(58) CNCom., sala F, 09/10/2018, "Establecimiento Río Grande SA", cit.; *id.,* sala F, 22/06/2017, "Sintermetal SAIC", cit.; *id.*, sala F, 27/12/2012, "Baugruppe SRL", cit;. CNCom., sala F, 29/11/2011, "Bendow Argentina SA", cit.

(59) CNCom., sala C, 04/09/2001, "Línea Vanguard SA", cit.

(60) "Argenfruit en Pedro López e Hijos SACIA s/ concurso preventivo".

(61) CNCom., sala A, 10/15/11, "Sociedad Comercial del Plata SA", cit.

(62) BOQUÍN, Gabriela, ob. cit.

No se requieren nuevas conformidades para la nueva propuesta, respecto de las dadas para una propuesta menos ventajosa **(63)**.

En un caso se admitió la mejora de la propuesta contenida en la apelación que el concursado había interpuesto contra la resolución denegatoria de homologación de primera instancia **(64)**.

**VII. Opinión del autor**

Como se ha dicho reiteradamente, la conformidad de la mayoría de los acreedores quirografarios es necesaria, pero no suficiente para homologar un acuerdo preventivo, quedando a cargo del juez hacer un control de legalidad sustancial, no de mérito ni de mera conveniencia para los acreedores, a fin de descartar la existencia de abuso y/o fraude.

Bajo la idea básica de que los objetivos basilares del derecho concursal son la conservación de la empresa y la protección del crédito, entiendo que en cada caso debe valorarse las posibilidades de pago de la persona deudora y el mejor interés de los acreedores.

Así, una propuesta que en un caso puede resultar inaceptable por abusiva, en otro caso será merecedora de homologación. Por eso, no podemos atenernos a porcentajes o plazos rígidos para su consideración.

En la dinámica de la reforma de la ley 25.589, mantener la eliminación del "piso" del 40% en la propuesta de pago con quita (art. 43, LCQ) se "compensa" con la expresa prohibición al juez de homologar propuestas abusivas o fraudulentas, en el art. 52, sin perjuicio de tener presentes las especiales circunstancias socioeconómicas del país a mediados de 2002 **(65)**.

Cabe exigirle el mayor sacrificio al deudor, pero sin que ello implique la destrucción de la única unidad productora de riquezas y empleos del ámbito privado: la empresa.

Es importante la opinión del síndico respecto de la comparación de la propuesta con el eventual dividendo de la quiebra, el contexto socioeconómico de la concursada y la posibilidad de mejora **(66)**.

No resulta admisible tomar como única consideración lo que los acreedores cobrarían en la quiebra, porque además de ser ello hipotético, de difícil pronóstico —más aun en una economía como la argentina—, olvida que esa supuesta mayor percepción puede significar la destrucción de la empresa deudora **(67)**.

Hay que recordar que el "presupuesto objetivo" para la apertura del concurso es el "estado de cesación de pagos", situación distinta de la superioridad de pasivo sobre activo que subyace en aquella consideración. Si el valor determinante del derecho concursal fuera el mayor recupero para los acreedores, en caso de deudor en estado de cesación de pagos, pero con activos de valor superior a los pasivos, no debería abrirse el concurso preventivo y recurrir directamente al concurso liquidativo.

En otras palabras, que sea el estado de cesación de pagos el presupuesto de los concursos, y no la superioridad del pasivo sobre el activo, demuestra que el mayor recupero para los acreedores no desplaza a otras finalidades del derecho concursal, como la conservación de la empresa y la posibilidad de reinserción del deudor.

Richard, para el concurso de sociedades, señala que se omite considerar la posibilidad de que en la quiebra se obtengan mayores activos, si se hacen efectivas las responsabilidades de administradores y socios **(68)**.

El grado de adhesión de los acreedores, sumado a la baja o alta probabilidad de incorporación de otros quirografarios no incluidos en la base del art. 41, es un elemento de alta ponderación. Y, en este aspecto, habría que revisar si no volver al criterio legislativo de la ley 19.551, en el sen-

(63) CNCom., sala F, 12/07/2018, "Gorodisch, Diego", cit.

(64) "Resinger" y "Amancay" comentadas por JUNYENT BAS, Francisco, "Los ejes…", ob. cit.

(65) RASPALL, Miguel A., ob. cit.

(66) JUNYENT BAS, Francisco, "El eventual abuso…", ob. cit.

(67) JUNYENT BAS, Francisco, "Los ejes…", ob. cit.

(68) RICHARD, Efraín H., "Falacia en la comparación de propuesta de acuerdo…", LSC 2010-2-3.

tido de exigir mayor número de conformidades cuanto mayor sea el sacrificio impuesto a los acreedores **(69)**.

Sería también, conveniente incorporar legislativamente: i) expresamente, el deber del concursado de presentar, con su propuesta, un plan de negocios, con una explicación fundada de la relación entre sus activos presentes y futuros y sus resultados probables y la cancelación de la cuotas concordatarias; ii) informe adicional del síndico (adecuadamente remunerado), luego de finalizado el "período de exclusividad", sobre los aspectos a considerar por el juez a la hora de decidir sobre la homologación.

(69) BERCÚN, Eduardo H., ob. cit.

# Pronto pago laboral: tope del derecho al cobro

Mariano R. Prono

Magdalena Zuvela Siellez

**Sumario:** I. Síntesis.— II. Ley vigente.— III. Dudas sobre el alcance de la norma.— IV. Conclusión.

**I. Síntesis**

Si la concursada no tuviera fondos líquidos disponibles, el derecho de los acreedores laborales que gozan de pronto pago no puede superar el equivalente al 3% mensual del ingreso bruto de la concursada o el importe correspondiente a 4 salarios mínimos vitales y móviles (smvm) para cada uno —el que fuera menor—, rigiendo ambos topes.

**II. Ley vigente**

El art. 16 de la LCQ establece que los créditos pronto pagables "serán abonados en su totalidad, si existieran fondos líquidos disponibles. En caso contrario y hasta que se detecte la existencia de estos por parte del síndico se deberá afectar el 3% mensual del ingreso bruto de la concursada. El síndico efectuará un plan de pago proporcional a los créditos y sus privilegios no pudiendo exceder cada pago individual en cada distribución un monto equivalente a cuatro salarios mínimos vitales y móviles".

**III. Dudas sobre el alcance de la norma**

La redacción del artículo mencionado genera dudas en cuanto a la aplicación del tope exigible a la concursada para afrontar los prontos pagos cuando no hubiera fondos líquidos disponibles, generando posturas que afirman que solo rige el tope del 3% del ingreso bruto. En nuestra interpretación, dicho límite se aplica en la medida en que el monto que represente no supere el equivalente a 4 smvm destinados al pago de cada acreedor.

Si bien la norma refiere a la obligación de depositar el 3% del ingreso bruto mensual a fin de solventar los prontos pagos, luego aclara que *tales pagos no pueden exceder* en cada distribución "un monto equivalente a cuatro salarios mínimos, vitales y móviles". En el supuesto de que el ingreso bruto de la concursada fuera elevado (posiblemente de gran magnitud, pero con poco margen de utilidad) y la aplicación del tope del 3% mensual sobre este conllevara un monto mayor a 4 smvm, regirá este último límite que tutela adecuadamente el derecho alimentario de los acreedores, permitiendo que la empresa concursada continúe en su actividad.

Debemos recordar que, al entrar en vigencia la ley 24.522 se establecía que los prontos pagos serían abonados prioritariamente "con el resultado de la explotación"... expresión compleja que permitía cuestionar la existencia del resultado y largas discusiones que terminaban esterilizando el instituto del pronto pago; en el año 2006 se dejó de lado este concepto y la reforma introducida por la ley 26.086 dispuso fueran pagados en su totalidad si existieren fondos líquidos disponibles. Como también esta determinación es susceptible de cuestionamientos y discusiones que podrían frustrar el derecho de los acreedores laborales, agregó que en caso contrario y hasta tanto se detecten, se afectaría el 1% del ingreso bruto de la concursada.

La modificación posterior (año 2011) aumentó dicho tope y también fijó el otro (4 s.m.v.m.): al elevar 3 veces el porcentaje (del 1 al 3%) también fijo el segundo límite (4 smvm), para no permitir (lo que se había visto en la práctica) que algunos acreedores se llevaran casi todo el dinero que había para distribuir (por tener cré-

ditos millonarios) quedando muy poco para el resto. También, al ser más gravoso para la concursada, la ley 26.684 fijó el tope de 4 s.m.v.m. como máximo de retención.

La intención del legislador fue tutelar el derecho alimentario que corresponde a los acreedores laborales, pero sin que tal erogación se torne en un elemento que potencialmente lleve a la empresa concursada a la quiebra, violando los principios que fundan la materia de la insolvencia —en particular, el de conservación de empresas útiles y viables que se va vislumbrando como el más importante de todos los principios rectores **(1)**— y produciendo —por ende— la pérdida de la fuente de trabajo de las personas (también con derecho alimentario) que continúan en funciones.

La consecuencia de las posibles interpretaciones no es menor, pues se dan situaciones en las que la concursada no puede afrontar el pago de los sueldos de los trabajadores en actividad, por lo que cada peso que se detrae de sus ingresos va en desmedro de esos pagos. Es un contrasentido que se priorice el pago de créditos laborales de personas que no trabajan más por sobre los salarios de aquellos que están en actividad. Es por eso que —a nuestro entender— debe primar la interpretación propiciada, acorde con el principio que funda el derecho de la insolvencia referido.

Así fue admitido en algunos procesos concursales (donde se tuvo por cumplido lo requerido depositando el tope de 4 smvm) **(2)** determinándose que "el pago individual a cada acreedor no podrá exceder al monto equivalente a cuatro salarios, mínimos, vitales y móviles, pues este es el límite que establece el art. 16 de la ley de Concursos y Quiebras en su actual redacción" **(3)**, juzgando pertinente la sala D de la CNCom. "disponer la elaboración por parte de la sindicatura de un plan de pagos en el que (...) el pago individual a cada acreedor no podrá exceder al monto equivalente a cuatro salarios mínimos vitales y móviles, pues este es el límite que establece la LCQ 16" **(4)**.

La doctrina viene abriendo también camino, postulando Favier Dubois **(5)** la necesidad de proteger la caja de la empresa concursada, propiciando —incluso— que los fondos generados no sean susceptibles de ser embargados por deudas posconcursales (pues deben ser utilizados prioritariamente para mantener la actividad de la concursada); con mucha más razón este fundamento avala la interpretación propuesta. Hace ya varios años Vítolo afirmaba que "nada impide —sobre la base de la razonabilidad de los jueces— que se permita a la concursada presentar un plan alternativo de pago de los créditos "pronto pagables" sustentando su propuesta en el plan financiero de la empresa y su sustentabilidad" **(6)**. Del mismo modo, Rouillon asevera que "en cada distribución ningún pago individual podrá exceder un monto equivalente a cuatro salaros mínimos vitales y móviles" **(7)**.

Esta interpretación de la ley se adapta también a la necesidad de adoptar soluciones excepcionales en el actual "escenario potencial de crisis de sol-

(1) Héctor Alegria, hace ya varias décadas, manifestaba que "la ley concursal debe organizar la adecuada prevención de las situaciones que puedan dañar la conservación de la empresa. En ese sentido, los objetivos de conservación de la empresa y de amplitud de solución preventiva tienen un correlato íntimo" ("Algunas cuestiones de derecho Concursal", Ed. Ábaco, Buenos Aires, 1975, ps. 57 y ss.); agregaba Ricardo PRONO que "este instituto nos muestra que la legislación concursal se orienta hacia el mantenimiento dinámico de la empresa útil" ("Continuación de la empresa en la quiebra", Ed. Ediar, Buenos Aires, 1977, ps. 8 y 9, lo que reafirma en su trabajo a publicarse "Hacia dónde debe ir el derecho concursal, prevención de la crisis e insolvencias patrimoniales").

(2) Vid. "Celulosa Moldeada SA s/ concurso preventivo - y grupo", expte. CUIJ 21-02008073-3, tramitado ante el Juzgado de Distrito en lo Civil y Comercial de la 7ª Nom. Santa Fe.

(3) CNCom., sala C, 16/10/2009, "Colegio Saint Jean A. C.", DJ del 05/05/2010,1201, AR/JUR/48384/2009.

(4) CNCom., sala D, 04/04/2013, "Grupo Almar SRL s/ concurso preventivo", *cita online* AR/JUR/23587/2013.

(5) FAVIER DUBOIS, Eduardo M., "El crédito frente a la posmodernidad. Nuevos paradigmas en contratos, ejecuciones y concursos", LA LEY del 29/04/2021, 17, AR/DOC/1188/2021.

(6) VÍTOLO, Daniel R., "El nuevo régimen de pronto pago de los créditos laborales en el concurso preventivo bajo la ley 26.684", DSyC, supl. esp. ley 26.684 de Concursos y Quiebras, agosto de 2011, Errepar.

(7) ROUILLON, Adolfo A. N., "Régimen de concursos y quiebras. Ley 24.522", Ed. Astrea, Buenos Aires, 2014, 16ª ed., 2ª reimp., p. 83.

vencia empresaria intensa y extendida" —consecuencia de la pandemia sanitaria y crisis económica— que exige extremar los esfuerzos para evitar el cese y la liquidación desordenada de las empresas afectadas que, mediante el concurso de acreedores, podrían recobrar solvencia y viabilidad, pues "favorecer la reestructuración de las deudas para restaurar la solvencia empresaria es un imperativo urgente que tiende a satisfacer el interés de todos los actores afectados (acreedores, deudores y terceros)" **(8)**. Como ya lo expresó Anich, "el problema actual nos obliga a pensar con otros instrumentos y otras metodologías intelectuales. Es preciso flexibilizar ciertos criterios y adaptarlos a las necesidades presentes" **(9)**.

## IV. Conclusión

Conforme a los argumentos expuestos, sostenemos que, en el concurso preventivo, si no hubiera fondos líquidos disponibles, el derecho de los acreedores laborales que gozan de pronto pago no puede superar el equivalente al 3% mensual del ingreso bruto de la concursada o el importe correspondiente a 4 smvm para cada uno —el que fuera menor—, rigiendo ambos topes.

(8) ROUILLON, Adolfo A. N., "El primer pilar legal para enfrentar una pandemia de insolvencia empresaria", LA LEY del 09/06/2020, 2.

(9) ANICH, Juan A., "La insolpandemia y su incidencia en los procesos concursales. Readecuación de propuestas", LA LEY del 9/06/2020, 14.

# Comentarios sobre la quiebra refleja y la situación de los socios de las sociedades de la sección IV de la ley 19.550

Fernando J. Marcos

**Sumario:** I. Introducción.— II. La quiebra refleja y sus antecedentes más relevantes.— III. Algunas razones que dan sustento a la quiebra refleja.— IV. La responsabilidad de los socios de la sección IV.— V. La responsabilidad ilimitada como presupuesto objetivo para declarar la quiebra de los socios. Sus alcances.— VI. Otras consideraciones sobre la aplicación del instituto.— VII. Sobre el objetivo de la declaración de la quiebra del socio con responsabilidad ilimitada.— VIII. Los socios de la sección IV frente a la extensión de la quiebra.— IX. La solidaridad como pauta definitoria a futuro y las acciones de recomposición y de responsabilidad el camino.

## I. Introducción

La extensión de la quiebra a los socios con responsabilidad ilimitada, denominada "quiebra dependiente, accesoria o refleja" **(1)**, siempre fue un instituto controversial del régimen falencial, tanto para la doctrina foránea como para la nacional.

Su aplicación ha provocado, desde sus orígenes, debates sobre sus fundamentos y alcances, pero, en particular, respecto de su utilidad o no en el campo del derecho de quiebra, los cuales también han comprendido las otras clases de extensión que en la legislación argentina regula el art. 161 de la ley 24.522.

No obstante, me referiré aquí puntualmente al supuesto que trata el art. 160 de la Ley de Concursos y Quiebras —su antecedente inmediato fue el art. 164 de la ley 19.551, inspirado en la ley italiana de 1942 **(2)**—, el cual dispone *ipso iure* la declaración de quiebra del socio con responsabilidad ilimitada, aunque lo haré únicamente en relación con la situación de los socios de la sección IV del cap. I de la Ley General de Sociedades —en adelante "socios de la sección IV"—, cuya reforma por la ley 26.994 reavivó el estudio y la discusión sobre este particular tipo de extensión de la quiebra.

La nueva perspectiva que propone la reforma no está basada en la incorporación de otros sujetos ahora alcanzados por el nuevo esquema legal, otrora dirigido solo a los socios de sociedades de hecho y de las sociedades irregulares, y a los que ahora se suman, en principio, los socios de las sociedades atípicas (art. 17, ley 19.550) y los socios de las sociedades civiles constituidas bajo el amparo del Código Civil, sino especialmente por el importante cambio que se operó en la responsabilidad de estos socios.

Para comenzar a desandar el camino propuesto y a fin de poder reflexionar más adelante, también sobre si actualmente se justifica la existencia de este instituto de la quiebra refleja, ello, a partir de su origen y de los resultados que

(1) OTAEGUI, Julio C., "La extensión de la quiebra", Ed. Ábaco, Buenos Aires, 1998, p. 19.

(2) *Ibid.*, p. 36.

su aplicación provoca —en mi opinión, básicamente negativos para todos los sujetos que participan en el proceso de quiebra—, considero de importancia determinar, por un lado, aquello que dispone la norma vigente —*de lege lata*—, para luego plantear algunas propuestas, no solo sobre si es útil su mantenimiento, sino además, para el caso de que esta figura perdure, cuáles deberían ser sus alcances específicos y cómo debería instrumentarse —*de lege ferenda*—.

No se desarrollará aquí, por lo tanto, toda la temática que este instituto comprende sino únicamente aquellos aspectos que se consideren dirimentes para reflexionar sobre el tema propuesto para su tratamiento.

**II. La quiebra refleja y sus antecedentes más relevantes**

1. El citado art. 160 de la ley 24.522, cuyo texto se mantiene sin modificaciones desde que fuera sancionado el vigente régimen falencial, prevé que "la quiebra de la sociedad importa la quiebra de sus socios con responsabilidad ilimitada. También implica la de los socios con igual responsabilidad que se hubiesen retirado o hubieren sido excluidos después de producida la cesación de pagos, por las deudas existentes a la fecha en la que el retiro fuera inscrito en el Registro Público de Comercio, justificadas en el concurso. Cada vez que la ley se refiere al fallido o deudor, se entiende que la disposición se aplica también a los socios indicados en este artículo".

Pues bien, tal precepto —art. 160—, como fue adelantado, encuentra su antecedente inmediato en el art. 164 de la ley 19.551, que exhibió en su texto —idéntico al del art. 160 de la ley actual— la influencia de los sistemas legales francés e italiano **(3)** y dejó de lado la dirección que había seguido la normativa concursal anterior en la Argentina, donde tal extensión estaba limitada al *socio solidario* de una sociedad colectiva o en comandita. Es decir, se tenía en cuenta una solidaridad asumida por el socio convencional y originariamente, además de la responsabilidad ilimitada que identifica a estos últimos.

Las características de aquella extensión de la quiebra al *socio solidario* merecen ser analizadas con algún detenimiento para poder pensar con mayor cuidado sobre la dimensión de esta figura, que nuestro ordenamiento jurídico sostiene ininterrumpidamente, aunque con variantes, desde la sanción misma del Código de Comercio (1862).

2. Es usual al estudiar el origen de este específico supuesto de extensión que se haga referencia al Código de Comercio Italiano de 1882, *corpus* que disponía en el art. 847 que la quiebra de una sociedad colectiva o en comandita también importaba la de su socio responsable sin limitaciones.

Posteriormente, la ley falencial de dicho país sancionada en el año 1942, es decir, el dec. 267 del 16/03/1942, en su art. 147 modificó el criterio y amplió la extensión a *todos* los socios con responsabilidad ilimitada sin mencionar ningún tipo social específico, lo que hizo que, a partir de ese momento, no solo fuera responsable el socio con responsabilidad ilimitada convencional y originaria, sino también el resto de los socios con dicha responsabilidad de origen sancionatorio **(4)**.

Otro dato relevante por considerar es que la extensión de la quiebra en estos supuestos estaba asociada a la naturaleza contractual de estas sociedades que, como tales, carecían de personalidad jurídica diferenciada, es decir, no eran sujetos de derecho y donde sus socios eran *conegociantes*, pues siendo su responsabilidad convencional e ilimitada, negociaban personalmente, obligándose frente a terceros y obligando a los socios.

Era una confluencia de la *societas* del derecho romano **(5)** y del mandato con representación **(6)**.

Es así que, por carecer en aquel tiempo la sociedad colectiva de personalidad **(7)**, era natu-

(3) MONTESI, Víctor L., "Extensión de quiebra", Ed. Astrea, Buenos Aires, 1991, p. 8.

(4) OTAEGUI, J. C., ob. cit., ps. 20-24.

(5) En esta el socio no obligaba a los socios frente a terceros.

(6) OTAEGUI, J. C., ob. cit., 34.

(7) Recuérdese que el proceso a partir del cual las sociedades comerciales que conocemos fueron adquiriendo personalidad jurídica se inició con el Código de Comercio francés de 1807 y su tratamiento de la sociedad

ral que su quiebra produjera como inmediata consecuencia la de los socios que la integraban, "porque habían negociado personalmente, fuera directa o indirectamente, mediante un mandatario y porque en la negociación colectiva había comprometido todo su patrimonio" **(8)**.

De esta forma, el criterio que siguió la ley italiana de 1942 en su art. 147 fue el que, a la postre, influyó directamente en el art. 164 de la ley 19.551, aunque este último tuvo una mayor contundencia conceptual en su redacción, porque a diferencia de aquella norma, dispuso que la quiebra de la sociedad "importa" la de los socios con responsabilidad ilimitada **(9)**, esto último, "cuando la existencia de los socios resulte en el momento de la declaración de quiebra de la sociedad y, por tanto, generalmente, cuando se trate de una sociedad regularmente constituida" **(10)**.

3. En lo que se refiere a la legislación argentina, todo inició con el Código de Comercio de 1862, el cual, en el art. 1530 —en su parte pertinente— establecía que "[la] quiebra de una sociedad colectiva, o en comandita, constituye en estado de quiebra a todos los socios solidarios que la componen" **(11)**, cuya base habría sido doctrinal e inspirada en las ideas del jurista francés Massé **(12)**.

Tal redacción continuó con la reforma del Código Mercantil de 1889 —art. 1384—, lo que hizo decir entonces a Segovia que la solución propuesta por el legislador era "consecuencia de la responsabilidad solidaria de estos socios; pero pone de manifestó que tales sociedades no constituyen una persona jurídica, porque los miembros de estas no están obligados a satisfacer las deudas de esta" **(13)** .

Igual sentido siguió la ley 4156 en su art. 4º y la ley 11.729 en el art. 6º, normas donde si bien se nombraba a las sociedades colectivas y en comandita, a diferencia del art. 847 del Cód. Com. italiano (1882), se mantuvo la específica referencia a los socios *solidarios* en lugar de hacer mención a los socios *con responsabilidad ilimitada*, conceptos que tienen distintos significados jurídicos, porque mientras que la *solidaridad* transforma al socio en responsable por la totalidad de las deudas de la sociedad, la *ilimitación* está relacionada con la forma de responder del patrimonio del socio ante las deudas sociales, en este caso, con todo su patrimonio.

De allí que, cuando el ordenamiento legal argentino anterior a la ley 19.551 extendía la quiebra de la sociedad a los socios solidarios de sociedades colectivas y en comandita, estaba significando que, además, estos debían responder en forma ilimitada con su patrimonio personal, porque así era la responsabilidad de estos socios.

Sin embargo, tanto la ley 19.551 en su art. 164, como la ley 24.522 en el art. 160 solo destacan,

---

anónima. En nuestro país, el art. 33 del Cód. Civil en su versión original, al listar las "personas jurídicas" a las que dotaba de tal calidad porque eran "creadas con un objeto conveniente al pueblo", solo hacía mención, en materia de sociedades, a las "sociedades anónimas, bancos, compañías de seguros y cualesquiera otras asociaciones que tengan por principal objeto el bien común, con tal que tengan patrimonio propio y sean capaces, por sus estatutos, de adquirir bienes, y no subsistan de asignaciones del Estado". Complementada por el art. 39 del Cód. Civil (hoy art. 143, Cód. Civ. y Com.), esta norma, modificada luego pro la ley 17.711, terminó toda controversia sobre la personalidad de las sociedades comerciales en el régimen legal argentino, las consideró como personas jurídicas de carácter privado (hoy art. 148, Cód. Civ. y Com.).

(8) OTAEGUI, J. C., ob. cit., p. 35.

(9) MONTESI, V. L., ob. cit., p. 20.

(10) SATTA, Salvatore, "Instituciones del Derecho de Quiebra", Ed. EJEA, Buenos Aires, trad. y notas de derecho argentino de R. O. Fontanarrosa, 1951, p. 452.

(11) Código de Comercio (1862): "La quiebra de una sociedad colectiva, ó en comandita, constituye en estado de quiebra á todos los socios solidarios que la componen. La quiebra de un socio, por el contrario, no importa necesariamente la quiebra de la sociedad a que pertenece. La parte que el fallido tenga en el activo social corresponde en tal caso á los acreedores sociales con preferencia á los particulares del socio. La misma obligación es aplicable al caso en que un individuo es miembro de dos sociedades diversas, de los cuales una es declarada en estado de quiebra" (texto original impreso). Conf. Código de Comercio, edición publicada por orden del Gobierno Nacional, Ed. Librería Central de Lucién, Buenos Aires, impresa en París).

(12) QUINTANA FERREYRA, Francisco – ALBERTI, Edgardo M., "Concursos", Ed. Astrea, Buenos Aires, 1990, t. 3, p. 6.

(13) SEGOVIA, Lisandro, "Explicación y crítica del nuevo Código de Comercio de la República Argentina", Ed. Lajouane, Buenos Aires, 1892, t. III, p. 314.

al igual que lo hizo la ley italiana de 1942, la calidad de socio "con responsabilidad ilimitada", lo que no impide poner de relieve un dato que considero fundamental para entender una de las razones que dieron origen a la extensión de la quiebra refleja: la existencia de un socio con responsabilidad ilimitada que, a su vez, respondía solidariamente por las deudas sociales, o sea, por la totalidad de las deudas y no solo por una porción de aquella, característica esta última de las obligaciones simplemente mancomunadas.

4. Sucede que extender sin más la quiebra de la sociedad al socio que tiene responsabilidad solidaria pero limitada, "importa una agravación de su responsabilidad según su situación de derecho sustancial" **(14)**, porque termina recibiendo, en los hechos, un trato similar a aquel que debe afrontar la totalidad de la masa pasiva por las repercusiones prácticas que conlleva para su situación jurídico-patrimonial.

Por ello es que entiendo sumamente relevante tener en consideración que, desde sus orígenes, para nuestra legislación nacional el socio de la sociedad colectiva o en comandita al que se le extendía la quiebra tenía la calidad de ser "solidario", además de responder en forma ilimitada.

Es que, como se sabe, el socio de la sociedad colectiva así respondía y responde hoy (arts. 454, Cód. Com. —1862— y arts. 125, ley 19.550), al igual que el socio *comanditado*, mas no el socio *comanditario* quien, si bien es solidario —es responsable por todas las deudas sociales—, tiene su responsabilidad limitada (arts. 425 y 429, Cód. Com. —1862— y art. 134, ley 19.550). A su vez, en todos los casos, esa responsabilidad les es exigible en forma subsidiaria (art. 56, ley 19.550) **(15)**.

En resumen, la génesis de ese instituto, al hacer referencia hasta la ley 11.719, inclusive, al socio "solidario", marcaba un norte sumamente claro, el cual dejaba a la vista que estos socios eran aquellos que debían responder por la totalidad de las deudas, resultando implícita la ilimitación de dicha responsabilidad, porque, reitero, los socios colectivos y el socio comanditado respondían con todo su patrimonio, mientras que el comanditario estaba limitado a los fondos aportados en la sociedad (art. 429, Cód. Com. —1862— y art. 134, ley 19.550), salvo que se inmiscuyera en la administración, supuesto donde el comanditario respondía y responde ilimitada y solidariamente (responsabilidad legal y sancionatoria).

### III. Algunas razones que dan sustento a la quiebra refleja

1. Extender la quiebra a los socios ilimitadamente responsables no es otra cosa que transformar en fallidos a sujetos distintos de la sociedad, que son alcanzados por los efectos de la falencia social por reunir esos dos caracteres que con precisión fija la norma: poseer la calidad de socio, "*conditio iuris* imprescindible para la actuación del instituto" **(16)** y la responsabilidad ilimitada, tema este último que ha abierto un especial debate en relación con los socios de la sección IV luego de la reforma de la ley 26.994, del que luego me ocuparé.

Esta quiebra, como regla general, es contemporánea o simultánea con la quiebra de la sociedad, por lo que se presenta como "un acto sincrónico", dado que no requiere de la promoción de un proceso de conocimiento o investigativo para su aplicación **(17)**, aunque no siempre las cosas se presentan con la necesaria precisión y transparencia que exige la activación de este instituto falencial, porque vamos a ver que no siempre las condiciones que impone el art. 160 de la Ley Concursal que referí en el párrafo precedente pueden ser apreciadas en el mismo momento en que se dicta de la sentencia de quiebra de la sociedad o inmediatamente a que esto suceda.

Como se sabe, en la práctica, gran parte de los casos de quiebra refleja involucraban a socios de *sociedades irregulares* —aquellas que adoptaron un tipo social pero que no cumplieron con el *iter* constitutivo— y de *sociedades de*

(14) MONTESI, V. L., ob. cit., p. 13, con cita de FERRARA (h.), "Il fallimento", nro. 315.

(15) *Ibid*., p. 5.

(16) QUINTANA FERREYRA, F. – ALBERTI, E. M., ob. cit., t. 3, p. 11.

(17) GRAZIABILE, Darío J., "Instituciones de derecho concursal", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2018, t. IV, ps. 209-210.

*hecho* —con objeto comercial y "cuya constitución no resulta de instrumento alguno sino de la actuación de los socios" **(18)**—, más allá de la existencia de otros procesos relacionados casos de otros socios cuya responsabilidad también es ilimitada **(19)**.

Una de las principales razones que siempre se presentaron para justificar el instituto, válida por cierto, es que "la consideración realista de que el socio que no provee a tiempo el pago de las deudas sociales manifiesta del modo mejor su insolvencia personal" **(20)**.

Este punto de vista que, si bien no está exento de debate por presumir la ley de pleno derecho la insolvencia del socio a causa de la cesación de pagos que motivó la quiebra de la sociedad, no deja de exhibir una aceptable razonabilidad.

Y es así porque, ante la insolvencia de la sociedad,, se activa la obligación del socio solidario con responsabilidad ilimitada de responder por las deudas sociales, antes y ahora, o sea, la subsidiariedad que dejaba en un segundo plano al socio cesa en sus efectos, pero sin olvidar que no es un proceso automático, dado que ante el incumplimiento del ente, el acreedor debería demostrar la insuficiencia del patrimonio social para ir contra los socios solidarios que la integran, porque estos gozan de la protección que les brinda el beneficio de excusión (art. 56, ley 19.550).

Ahora bien, cuando la sociedad es declarada en quiebra ese nuevo estatus jurídico eximía y "exime al tribunal de la tarea de indagar si los patrimonios de los socios se encuentran también en estado de cesación de pagos" **(21)**, lo que implica la existencia de una verdadera presunción *iuris et de iure* sobre la insolvencia de estos socios, porque no se admite a los socios ahora también fallidos impedir su declaración personal de quiebra. En definitiva, acreditado que lo son —socios— y dictada la sentencia de quiebra de la sociedad —quiebra principal—, la inevitable consecuencia prevista por el art. 160 de la ley 24.522 no admite otra defensa previa, ni siquiera las pocas que se pueden articular cuando se recibe el traslado del pedido de quiebra o la intimación que habitualmente se cursa a los concursados, previo a resolver su quiebra indirecta.

Desde esta plataforma conceptual, en resumen, la quiebra de la sociedad se erige como la "prueba fehaciente" de la cesación de pagos del socio, razón por la que el beneficio de excusión resultaría inoponible **(22)**, aunque, reitero, se trate de sujetos de derecho distintos y con patrimonios diferenciados.

2. No obstante, esta automaticidad en la forma de resolver las cosas ha preocupado desde siempre a parte de la doctrina, especialmente por sus nefastas consecuencias para los socios, al punto que, incluso cuando no se reconocía personalidad a sociedades como las colectivas y en comandita, ya se advertía, por ejemplo, que, "si por ausencia u otras circunstancias un socio ignora la cesación de pagos de la sociedad e informado de ello se apresura a pagar todas las deudas sociales, no podrá ser constituido en quiebra, porque lejos de ser un impotente para satisfacerlas, lo habría hecho antes de ser constituido en mora" **(23)**.

Al margen de estas consideraciones que se pueden efectuar en particular, la realidad del texto del art. 160 de la ley 24.522 no da esta opción —el beneficio de excusión—, en la medida en que se den los presupuestos fijados por ese precepto que identificamos antes, o sea, la declaración de *quiebra de la sociedad* —quiebra principal—, ser *socio* y tener *responsabilidad ilimitada* —solidaria o simplemente mancomunada—.

(18) OTAEGUI, J. C., ob. cit., p. 51.

(19) Al margen de las consideraciones que se hacen en el presente comentario sobre la situación de los socios de la sección IV del cap. I de la ley 19.550, además de los socios comprendidos en este apartado de la ley societaria, también tienen responsabilidad ilimitada, entre otros, el socio de la sociedad colectiva, el comanditado, el comanditario que se inmiscuye en la administración, el socio capitalista en la sociedad de capital e industria, el socio aparente, el socio oculto, socios de sociedades con objeto ilícito, con actividad ilícita y con objeto prohibido.

(20) SATTA, S., ob. cit., p. 450.

(21) LOZA, Eufracio, "Ley de Quiebras. Comentada, concordada y anotada", Ed. Víctor P. de Zavalía, Buenos Aires, 1963, p. 25.

(22) NISSEN, Ricardo A., "Ley de Sociedades Comerciales", Ed. Astrea, Buenos Aires, 2010, t. I, p. 606; MC INERNY, Patricio T., "Ley General de Sociedades Nº 19.550. Comentada", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2016, p. 120.

(23) SEGOVIA, L., ob. cit., p. 314.

La precisa letra de la ley no admite controversia en cuanto a su contenido y sus alcances, además de ratificar el criterio que ha seguido el legislador, por lo menos desde la sanción de la derogada ley 19.551, el cual optó por la responsabilidad *ilimitada* del socio afectado del mismo modo que lo hizo la ley italiana de 1942 —según ya fue descripto—, sin tener en cuenta para nada si el deber jurídico de responder del socio estaba o no relacionado con una obligación solidaria o no.

Esto es —lo que no significa que comparta la solución propuesta por la norma— el resultado de la interpretación lisa y llana de la ley de acuerdo con sus propias "palabras" (art. 2º, Cód. Civ. y Com.), de cuyo preciso significado no es válido apartarse, salvo que estas den lugar a confusión, ambigüedades o imprecisiones. Todo otro sentido que se quiera dar al precepto que se viene analizando se aparta de la decisión de política legislativa que se tomó al sancionarla, lo que no resta en absoluto relevancia al debate y a las muy válidas y fundamentadas posiciones expresadas por la doctrina sobre el particular.

**IV. La responsabilidad de los socios de la sección IV**

1. Continuando con estas reflexiones, es importante no olvidar que la condición de socio con tal responsabilidad ilimitada no generaba inconvenientes en el marco de la Ley de Sociedades Comerciales, porque aquellos que ostentaban esa calidad respondían, entonces, también *solidariamente*, es decir, por la totalidad de las deudas sociales y no solo por una parte aquella, característica esta última de las obligaciones simplemente mancomunadas (art. 825, Cód. Civ. y Com.).

Pero todo se alteró en relación con la sección IV del cap. I de la ley 19.550 a raíz de las importantes modificaciones que la citada ley 26.994 produjo, no solo al ampliar la lista de socios ahora sujetos al nuevo régimen legal que, como se adelantó, originariamente solo alcanzaba a las sociedades de hecho con objeto comercial y a las sociedades irregulares, sino al cambiar un tópico tan relevante como es el de la responsabilidad de estos socios.

Ocurre que, además de quedar comprendidas en esta sección las sociedades que no se constituyan con sujeción a los tipos previstos por el cap. II de la ley 19.550, las que omitan requisitos esenciales o que incumplan las formalidades exigidas por la ley (art. 21, ley 19.550) **(24)**, entre otros aspectos, se alteró el régimen de responsabilidad de los socios que era *solidaria e ilimitada* (art. 23, ley 19.550 antes de la reforma), disponiéndose —ahora en el art. 24— que "los socios responden frente a terceros como obligados simplemente mancomunados y por partes iguales, salvo que la solidaridad con la sociedad o entre ellos, o una distinta proporción, resulten: 1) de una estipulación expresa respecto de una relación o conjunto de relaciones; 2) de una estipulación del contrato social, en los términos del art. 22; 3) de las reglas comunes del tipo que manifestaron adoptar y respecto del cual se dejaron de cumplir requisitos sustanciales o formales".

El cambio es sustancial, porque si bien se mantiene la ilimitación de la responsabilidad, de ahora en más la regla es la *mancomunación simple* (arts. 825 y 826, Cód. Civ. y Com.), importando ello que, además de hacerlo en forma ilimitada, cada socio "responderá con todo su patrimonio por la parte que le corresponda de la deuda social que se divide, ahora, en partes iguales **(25)**.

Vale aclarar que, como el concepto *mancomunación* hace alusión a la pluralidad de sujetos **(26)**, determinando ello que el carácter de mancomunación simple o solidaria —tal como

(24) Se discute si quedan comprendidos en esta sección los socios de sociedades civiles y el socio único a causa de la "unipersonalidad sobreviniente" de sociedades no constituidas como SAU o SAS de un solo socio (art. 94 bis, ley 19.550) y que salvo los casos de la sociedad en comandita simple, sociedad comandita por acciones y sociedad de capital e industria, supuestos estos últimos para los cuales la regla societaria que introdujo la ley 26.994 marca un camino específico, con excepción de la sociedad colectiva que en alguna medida quedó bajo la esfera de la sección IV (arts. 94 y 94 bis, ley 19.550, texto ley 26.994).

(25) GRAZIÁBILE, D. J., ob. cit., t. IV, p. 236.

(26) ALTERINI, Atilio A. – AMEAL, Oscar J. – LÓPEZ CABANA, Roberto M., "Derecho de obligaciones. Civiles y comerciales", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1996, p. 506.

las presentaba el art. 690, Cód. Civil **(27)**— aplica en las sociedades cuando existen dos o más socios.

Pero eso no fue todo, dado que también se eliminó el texto que impedía invocar el beneficio de excusión, antes vedado a las sociedades de esta sección (art. 23, párr. 1º, ley 19.550, texto anterior a la reforma de la ley 26.994), permitiendo ello sostener que el legislador habría retirado el obstáculo de invocar tal beneficio, transformando a la responsabilidad de los socios de esta sección IV en *subsidiaria*

O sea que se pasó de una responsabilidad *solidaria, ilimitada y directa* a una responsabilidad más benévola, dado que esta es —sería— ahora subsidiaria*, ilimitada* y, en principio, *simplemente mancomunada*., salvo que se den las excepciones que prevé el mentado art. 24 de la ley 19.550 en su versión vigente.

Por su parte y, en torno a la *subsidiariedad* que ahora se predica de esta responsabilidad, entiendo que sería discutible, porque el art. 56 de la ley 19.550 que no fue modificado, al tratar el beneficio de excusión hace referencia expresa a las sociedades tipificadas por la ley —"según corresponda de acuerdo con el tipo de sociedad de que se trate"—, aunque admito que esa es otra discusión que exigiría mayores consideraciones.

Igualmente, en adelante y, a los fines de este breve comentario, dado el nuevo escenario legal, se considerará la responsabilidad de estos socios como ya fue reseñado, es decir, *ilimitada, simplemente mancomunada y subsidiaria*.

2. Descripto el nuevo panorama, debo señalar que, en mi opinión, tratándose de sociedades que poseen alguna carencia de origen o sobreviniente, sumado a que en muchos casos se va a tratar de sociedades no inscriptas —sociedades de hecho, irregulares, por ejemplo—, no encuentro justificativo para favorecer a estos socios con una responsabilidad como la ahora regulada, que indudablemente perjudica a los terceros —acreedores— a quienes deja en una situación o posición de mayor vulnerabilidad y desprotección, trasladándoles, en los hechos, mayores riesgos que los necesarios **(28)**.

Tampoco encuentra real sustento la modificación operada en la responsabilidad de los socios en la eliminación de la *sociedad civil* que normaba el Código Civil (arts. 1648 y 1747, Cód. Civ. y Com.), especialmente cuando esta no fue incorporada o sustituida expresamente por otra al ser derogado el código velezano, aunque se la considere incluida —a falta de otra normativa— en la sección IV que viene siendo objeto de análisis.

Esto no significa ignorar que el legislador de la ley 26.994 quiso favorecer a este específico grupo de sociedades.

Pero no parece razonable, aun cuando se decidiera en su caso concreto conformar una sociedad *ex profeso* y "a medida" para que se rija por las reglas de dicha sección IV, que estos socios se encuentren en una mejor condición y posición que aquellos que pertenecen a sociedades típicas y regulares. No puede valer todo.

**V. La responsabilidad ilimitada como presupuesto objetivo para declarar la quiebra de los socios. Sus alcances**

Aclarado este fundamental extremo para el análisis que me he propuesto desde el comienzo, en lo que hace a la quiebra refleja que norma el art. 160 de la ley 24.522, cuyo contenido originario, insisto, no ha variado; después de la sanción de la ley 26.994 y a causa de las reformas que generó en la sección IV, se ha reactivado el debate sobre la extensión de la falencia social, que antes comprendía a los socios con responsabilidad ilimitada —originaria, derivada o sancionatoria— quienes además también eran solidarios como regla, importando ello la posibilidad de exigírseles el pago total de la deuda de la sociedad (art. 827, Cód. Civ. y Com.).

Lo cierto es que, si en su momento las discrepancias existentes en la doctrina en torno a los

(27) Cód. Civil (derogado), art. 690: "La obligación que tiene más de un acreedor o más de un deudor, y cuyo objeto es una sola prestación, es obligación mancomunada, que puede ser o no solidaria".

(28) MARCOS, Fernando J., ponencia presentada en el LVI Encuentro de Institutos de Derecho Comercial de Colegios de Abogados de la Provincia de Buenos Aires, Partido de la Costa, 29 y 30/11/2012, *Libro de ponencias*, ps. 275-283.

efectos concretos del art. 160 de la ley 24.522 había dado lugar a tres posturas principales conocidas que se podrían catalogar como *restrictiva, intermedia y amplia*, todo se complicó aún más cuando de la mano de la ley 26.994 la responsabilidad de estos socios de la sección IV dejó de ser sustancialmente solidaria para transformarse en simplemente mancomunada, asimilando este deber de responder por las obligaciones sociales a la que ostentaban los socios de la sociedad civil a la que hice mención con anterioridad, sujetos que no estaban obligados solidariamente por las deudas del ente, porque salvo pacto en contrario, solo respondían personal e ilimitadamente solo por una "porción viril" (art. 1747, Cód. Civil).

A modo de referencia, de acuerdo con las mencionadas tesis vinculadas con la extensión de los efectos del art. 160 de la Ley de Concursos, solo quedarían comprendidos los socios con responsabilidad limitada contractual u originaria como el socio de la sociedad colectiva —tesis *restrictiva*—.

Otros entienden que también estarían alcanzados los socios con responsabilidad ilimitada originaria o derivada, en la medida que estos respondan por la totalidad de las deudas sociales, es decir, que sea solidaria —tesis *intermedia*—.

Finalmente, en el otro extremo se sitúan aquellos que sostienen que quedan abarcados por la extensión todos los socios con responsabilidad ilimitada, sea esta originaria o derivativa/sancionatoria —tesis *amplia*— **(29)**. Como lo sostenían Quintana Ferreyra y Alberti, "la extensión de la quiebra alcanzaría al socio que fuera originariamente un responsable ilimitado según su voluntad jurídica expuesta al asociarse y también a quien fuere socio y por alguna prescripción del sistema societario deviniera responsable ilimitado" **(30)**.

(29) ROUILLON, Adolfo A. N., "Régimen de concursos y quiebras. Ley 24.522", Ed. Astrea, Buenos Aires, 2017, p. 290; JUNYENT BAS, Francisco – MOLINA SANDOVAL, Carlos A., "Ley de Concursos y Quiebras comentada", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009, t. II, p. 278; GRAZIÁBILE, Darío J., ob. cit., ps. 223-235.

(30) QUINTANA FERREYRA, F. – ALBERTI, E. M., ob. cit., t. 3, p. 37.

Pese a todo, si bien entiendo que el art. 160 de la Ley de Concursos no hace distinción alguna sobre el origen de responsabilidad ilimitada de los socios de la fallida —lo que daría razón a la tesis amplia que no distingue entre la *ilimitación* originaria o derivada, incluida la sancionatoria—, de mantenerse este instituto en el futuro, debería ser modificado para abarcar solo los casos de responsabilidad *ilimitada* antes citados, pero en la medida en que el socio también posea responsabilidad *solidaria*, o sea, los que deben "responder con todo su patrimonio por todo el pasivo social" **(31)**, alcance que propone la tesis *intermedia* que, en alguna medida, responde a los orígenes de la quiebra refleja o derivada.

En el fondo, el problema que enfrentan los socios de la sección IV luego de la sanción de la ley 26.994 frente a la quiebra de la sociedad que conforman es que, aun cuando ya no deben responder con todo su patrimonio sino por una parte o fracción del pasivo social, como la ley 24.522 no se modificó —lo que razonablemente debería haber sucedido, al menos en este tema— para ajustarse a la reforma citada, tal como está redactado el art. 160 de la Ley de Concursos —*de lege lata*— igualmente se les debe extender automáticamente la falencia de la sociedad a todos estos socios sin excepción, porque su responsabilidad sigue siendo *ilimitada*, siendo este último uno de los presupuestos que prevé la ley argentina para extenderles la quiebra desde la sanción de la ley 19.551 a la fecha, sin solución de continuidad, además de su estatus de socio.

Tal panorama muestra parte de las dificultades que vienen con la quiebra refleja, en espe-

(31) BARRIERO, Marcelo G., "Extensión automática de la quiebra (art. 160 LCQ) y sociedades de la sección IV", *DECONOMI (Revista del Departamento de Derecho Económico y Empresarial de la Fac. de Derecho de UBA)*, 2019, año II, nro. 2, *http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/revista-deconomi/revistas/rev-deconomi-Ed-0004.pdf* (fecha de captura 18/08/2021). Solo me diferencio de la posición del autor citado en cuanto a que él entiende aplicable la "teoría intermedia" al texto legal vigente, mientras que, en mi opinión, ello no sería posible a tenor de la letra expresa de la ley. Pero se comparten los argumentos presentados en el trabajo citado en lo que hace a los alcances que debería tener la quiera refleja cuando hace referencia al socio con responsabilidad ilimitada y a que la dirección a seguir debería ser la de la citada "teoría intermedia".

cial, en el caso que motiva estas reflexiones —socios de la sección IV—.

**VI. Otras consideraciones sobre la aplicación del instituto**

1. Para la aplicación de este supuesto de extensión ley prevé una *automaticidad* para declarar la quiebra de los socios que en muchos casos no es posible que se materialice, simplemente porque no se está en condiciones de establecer simultánea o inmediatamente a la declaración de la quiebra del ente, la existencia de socios con responsabilidad ilimitada, salvo que se trate de sociedades regulares o que los socios acepten su condición de tales.

Menos todavía, si se intenta extender esta quiebra a un *socio oculto* y a su contracara, el *socio aparente* **(32)**, estado de cosas que, para su dilucidación, requiere de un proceso de conocimiento previo para establecer la existencia de estos.

Lo mismo se da cuando la falencia se pretende extender a "los socios con igual responsabilidad que se hubiesen retirado o hubieren sido excluidos después de producida la cesación de pagos, por las deudas existentes a la fecha en la que el retiro fuera inscrito en el registro público de comercio, justificadas en el concurso" (art. 160, ley 24.522). Estos responden ilimitadamente con su patrimonio, pero en forma *parcial* **(33)**, situación que, de hecho, exige la prueba previa de diversos elementos determinantes para hacer viable la extensión, todo lo cual hace que sea imposible disponer la inmediata extensión de la quiebra de la sociedad.

Otro tanto puede suceder con la sociedad de hecho si esta no se encuentra inscripta con fines tributarios ante la autoridad fiscal o si la existencia de la sociedad es negada.

Como lo explicaba Otaegui, para la viabilidad de estos —y otros— supuestos se hace necesario el trámite de proceso previo —agrego, de conocimiento— y su correspondiente resolución judicial firme que, como "sustento indispensable", deberán promover el acreedor o la sindicatura para demostrar tales extremos, para luego recién —si demuestra la existencia de la sociedad y sus socios— poder peticionar la extensión de quiebra **(34)**.

2. A su vez, insisto, parece un tanto cuestionable, más allá del argumento que sostiene que la insolvencia de la sociedad deja a la luz la del socio con responsabilidad ilimitada —argumento que, en principio, no deja de ser razonable—, que se declare la quiebra de un socio sin que se disponga una previa citación de este último, dado que, eventualmente, este podría cancelar las obligaciones a su cargo, algo que adquiere una particular trascendencia ante la responsabilidad simplemente mancomunada de la que habla el art. 24 de la ley 19.550 (ley 26.994), posición en la que también se encuentran aquellos socios retirados o excluidos desde que su retiro es inscripto, quienes solo responden parcialmente por el pasivo.

Nótese que la sociedad tiene la ventaja del traslado del art. 84 de la ley 24.522 en la quiebra directa, oportunidad en la que puede desvirtuar el estado de cesación de pagos, entre otras limitadas defensas que puede plantear, pero no así el socio.

(32) VANEY, Carlos E., "La extensión de la quiebra al socio aparente", ponencia presentada en el X Congreso Argentino de Derecho Concursal y VIII Congreso Iberoamericano de la Insolvencia, Santa Fe, 17, 18 y 19/10/2018, *Libro de ponencias*, t. 3, p. 111 y ss. El autor considera que, luego de la reforma de la ley 27.444, al socio aparente (testaferro) no se le puede extender la quiebra de la sociedad —a diferencia del socio oculto, ahora con responsabilidad solidaria e ilimitada—, por no ser socio. Por mi parte, no comparto este punto de vista, pues aun cuando la reforma al modificar el art. 34 de la ley 19.550 eliminó la frase "pero con relación a terceros, será considerado con las responsabilidades de un socio", es evidente que el legislador quiso ser aún más contundente al prohibir la actuación del socio aparente o prestanombre y la del socio oculto, lo que no significa que frente a terceros aquel que fue registrado como tal —el aparente— pueda ser considerado como un no socio a los fines del art. 160 de la ley 24.522. Sin embargo, coincido con el autor de la ponencia en que la redacción que se ha dado a los arts. 34 y 35 podría haber sido mejor para evitar estas dudas. Pero lo cierto es que, inicialmente y frente a terceros, es precisamente el socio aparente, porque es el conocido, el inscripto —en sociedades regulares—, en definitiva, el que aparece como tal en forma pública. El resto hace a la relación interna de la sociedad que no puede afectar a tales terceros.

(33) JUNYENT BAS, F. – MOLINA SANDOVAL, C. A., ob. cit., t. II, p. 281.

(34) OTAEGUI, J. C., ob. cit., ps. 50-53.

Además, me pregunto, ¿no es prudente escuchar a todos estos socios con responsabilidad ilimitada antes de quebrarlos? ¿Qué se pierde con hacerlo?

Y si un socio ignoraba el estado de cesación de pagos de la sociedad porque, por ejemplo, no se ocupaba de administrar el negocio y solo participaba en los hechos como "un socio capitalista", ¿por qué declararlo en quiebra si, de pronto, frente a una intimación formal él podría haber pagado la obligación social cuyo incumplimiento dio origen al pedido de quiebra?

Y si se trata de los socios de la sección IV, con mayor razón deberían ser escuchados antes de declararlos en quiebra, dado que en la actualidad solo responde parcialmente por el pasivo social.

Incluso, también previo a disponer la quiebra indirecta, habitualmente los jueces ordenan correr traslado e intimar a la deudora —sociedad concursada en ese momento— con carácter previo.

Pareciera que el legislador quiso atemperar los dañinos efectos de la extensión automática de la quiebra, permitiendo a estos socios mencionados en el art. 160 de la ley 24.522 la alternativa de pedir la conversión de su quiebra en concurso preventivo, camino vedado a los demás supuestos de extensión regulados por el art. 161 de la ley 24.522, por ser estos últimos de exclusivo tinte sancionatorio **(35)**.

En rigor de verdad, considero que las características de esta figura no solo no impiden sino que imponen dar al socio el derecho a pagar antes de extenderle la quiebra (art. 18, CN), con mayor razón aun porque se trata de "una excepción al principio general concursal de que no hay quiebra sin insolvencia" **(36)**.

**3.** Pero en el fondo, el tema también tiene otra arista. Me refiero a que no tienen sentido generar más fallidos a fin de sumar procesos de quiebra que todo lo complican y dilatan, lo que no se debe confundir con facilitar las cosas a los socios responsables.

Todo lo contrario, se trata de encauzar las cosas por otra vía más adecuada y eficiente que permita mejorar la *performance* de cobro de los acreedores, como es el de las acciones dirigidas a hacer efectiva la responsabilidad —deber de responder— de todos los socios con responsabilidad ilimitada de acuerdo con el tipo o clase/grupo/sector —la sección IV no crea un tipo social— de sociedad a la que reporte. Más adelante volveré sobre esto.

Luego, cabe preguntarse cuál es la razón de agravar las cosas si, por ejemplo, el activo de la quiebra de la principal —sociedad— fuera suficiente para cubrir su pasivo.

No se debe olvidar que el socio con responsabilidad ilimitada, especialmente el solidario, más allá de ser un codeudor de las obligaciones sociales, cumple en los hechos ante los acreedores de la sociedad un rol de *garante* —las deudas son de la sociedad, persona distinta de los socios que la integran que posee un patrimonio diferenciado del de estos—. Por esta razón, debería ser convocado y oído (art. 1588, Cód. Civ. y Com. y su antecedente, art. 202, inc. 31, Cód. Civil) antes de declararlo insolvente, por más que parezca lógico —no digo que no tenga cierta lógica— presumir su cesación de pagos.

## VII. Sobre el objetivo de la declaración de la quiebra del socio con responsabilidad ilimitada

1. Un aspecto que es motivo de análisis es el fin u objetivo que se persigue con la extensión

(35) CNCom., sala F, 21/05/2021, "Basile, Antonio s/ quiebra", RDCO, 309-1971, AR/JUR/43358/2021: 1. La conversión postulada respecto de quebrados por extensión en virtud de lo previsto por el art. 161 inc. 3°, LCQ no resulta procedente. Ello así, pues la extensión de quiebra es una sanción destinada a atribuir responsabilidad por el pasivo de otro (el sujeto quebrado a partir del cual se produce la extensión); tanto que el quebrado por extensión puede no estar en cesación de pagos. 2. Sería contradictorio que el demandado por extensión pudiera impedir el efecto de la extensión solicitando su concurso preventivo y además afectaría la finalidad legal de que el patrimonio extendido responde, aunque más no sea subsidiariamente por las deudas de los otros sujetos concernidos por la misma quiebra.

(36) ROUILLON, A. A. N., ob. cit., p. 289. El autor agrega, que la extensión de la quiebra en general, además de ser un instituto de "interpretación restrictiva", sería inaplicable "si no hay daño para los acreedores de la quebrada principal (cuando el activo de esta alcanza para cubrir todo su pasivo)". No obstante, debo señalar, que no es esa una opción que dé la ley, especialmente en el caso del art. 160.

de la quiebra al socio con responsabilidad ilimitada. ¿Es sancionatorio, resarcitorio o de recomposición patrimonial?

Es una realidad que el principal efecto que produce y caracteriza a esta quiebra derivada es netamente *sancionatorio*, aunque parezca en alguna medida contradictorio con el origen de la extensión que solo exige el cumplimiento de requisitos formales, porque aquella se declara en virtud de la insolvencia de la *sociedad fallida* —sujeto distinto del socio— y ante la existencia de socios con responsabilidad ilimitada, y no porque estos hubieran incurrido en un obrar distinto e imputable directamente a ellos que justifique una sanción.

Téngase en cuenta que el art. 160 termina reprochando al socio por el incumplimiento de pago de la sociedad, como si ello de por sí fuera justificativo de una sanción, cuando la falta de cumplimiento de las obligaciones acarrea, en principio y salvo situaciones especiales —mala fe, dolo, fraude— solo la exigibilidad del pago y eventuales daños mediante las vías legales que prevé el art. 730 del Cód. Civ. y Com. (antes art. 505, Cód. Civil) si el deudor se encuentra *in bonis*, o a través del pedido de su propia quiebra si se trata de un sujeto insolvente.

Concretamente, se trata de una suerte de "sanción por deudas", mediante la cual se intenta hacer efectiva la responsabilidad de los socios con responsabilidad limitada —originaria o derivada—, aunque dicho sujeto se encuentre inicialmente *in bonis* **(37)**.

Reitero, se sanciona automáticamente al socio para que responda patrimonialmente, en lugar de reclamarle que cumpla, primero.

Se suele justificar en ocasiones la extensión como una especie de alerta en el horizonte que se pone a estos socios, "algo así como una amenaza para ellos, para incitarlos a acudir con sus propios bienes en ayuda del ente, porque saben que, si este es declarado en quiebra, ellos serán arrastrados a la misma situación" **(38)**, dada la presunción de su insolvencia por no haber atendido las obligaciones sociales con sus propios patrimonios.

Otros, destacando el carácter restrictivo del art. 160, entienden que el supuesto bajo análisis no tiene un fundamento marcadamente sancionatorio, sino que responde a la necesidad de efectivizar la natural responsabilidad de estos socios y a una realidad económica derivada del esquema societario" **(39)**.

Si se sostiene la idea de perseguir mediante la extensión de la quiebra un objetivo resarcitorio, esta debe ser descartada, porque ello es materia de otros institutos, *las acciones de responsabilidad*, concursal, societarias e, incluso, las del derecho común (arts. 1716 y ss., Cód. Civ. y Com.).

También se atribuye al art. 160 de la Ley de Concursos el objetivo de ampliar la base patrimonial para atender el pasivo falencial de la sociedad, porque anexa al de la sociedad el de sus propios socios con responsabilidad ilimitada. Pero ¿es así?

Al menos formalmente, la garantía patrimonial, objetiva y cuantitativamente se incrementa —o se debería incrementar— si al patrimonio social se adicionan los bienes que conforman el patrimonio del o los socios con responsabilidad ilimitada, en tanto estos posean bienes ejecutables (art. 242, Cód. Civ. y Com.).

Aun así, la realidad de las cosas es totalmente distinta, pues en la práctica solo se agrava la insolvencia.

En primer lugar, porque, salvo el supuesto de confusión patrimonial inescindible, se van a tramitar diversos procesos de quiebra por separado, a saber, el de la sociedad, por un lado, y el de los distintos socios, conformándose *masas separadas* a las que van a concurrir no solo los acreedores de la sociedad sino también, ahora y por efecto la quiebra derivada, los acreedores de los distintos socios.

Ello, salvo que se diera un supuesto de confusión patrimonial inescindible donde procede la masa única.

(37) RIVERA, Julio C., "Instituciones de derecho concursal", Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1997, t. II, ps. 279-280.

(38) LOZA, E., ob. cit., 25.

(39) JUNYENT BAS, F. – MOLINA SANDOVAL, C. A., ob. cit., t. II, p. 282.

Síntesis de esto: salvo excepciones, el concepto de la quiebra refleja solo da resultados positivos en el "laboratorio jurídico", porque a los fines prácticos, del incremento de falencias y de masas pasivas no puede resultar nada productivo, especialmente porque saca de juego a los socios, cuya responsabilidad podría ser exigida por otra vía y sin declararlos en quiebra, o sea, manteniéndolos activos, productivos y, por lo tanto, con mayores posibilidades de responder y preocupados por hacerlo para evitar caer en quiebra.

Y, si no es así, si deben quebrar, debe ser su propia quiebra y no una quiebra formal que fue pensada para otra realidad jurídica, es decir, la de socios solidarios, con sociedades entendidas como un contrato —colectivas y en comandita simple, como se vio al analizar los orígenes del instituto— y no como un sujeto, donde el socio negociaba personalmente obligándose frente a terceros y ante los socios **(40)**.

Tampoco creo que la función disuasiva que se le atribuye a la quiebra refleja sea tal, como para justificar llevar a la quiebra a todos los socios sin más, en particular cuando, como en el caso de los socios de la sección IV, estos responden parcialmente por el pasivo de la sociedad. No obstante, el art. 160 de la ley 24.522 dice otra cosa, tal como fue expresado.

2. Como lo ha destacado Raspall, la declaración de la quiebra por extensión "es un instituto disvalioso que está siendo abandonado en el moderno derecho comparado del siglo XXI, incluso en los supuestos del socio ilimitado. La indiferencia de que exista cesación de pagos, los efectos personales y patrimoniales que produce al fallido, la solidarización por todo el pasivo y las consecuencias ruinosas que produce el cese de la actividad o su disrupción para la vida de una empresa, hacen que este instituto sea mal mirado, tenga 'mala prensa', razón por la cual es de aplicación 'excepcional', de modo tal que los jueces tratan al mismo aplicando criterios de 'interpretación restrictiva', prefiriéndose siempre que la reparación patrimonial se alcance por vías de las acciones de responsabilidad y no de extensión de la quiebra" **(41)**.

La quiebra refleja, a diferencia de los demás supuestos tratados por el art. 161 de la ley 24.522, contiene un presupuesto que puede calificarse de meramente formal, pues da lugar a la falencia derivada del socio con responsabilidad ilimitada, sin excepción —reitero, el texto legal no admite otra interpretación, aunque nos parezca inadecuado—, es decir, sin que este último hubiese incurrido en conducta ilícita de ninguna clase o que merezca algún tipo de reproche desde el plano de la gestión societaria o el interés social.

3. La posibilidad de quebrar como mecanismo disuasivo para el socio va contra toda corriente de pensamiento actual en la materia concursal donde se prioriza la actividad empresarial, en particular, de la persona humana, brindando al deudor que es de buena fe una segunda oportunidad para reinsertarlo en el mercado lo antes posible. La quiebra refleja toma el camino opuesto a la tendencia vigente.

Además, poco tiene de conminatoria tal amenaza de quiebra, siendo prueba de ello que, o el socio al que se le extiende la quiebra es un sujeto que como única fortuna cuenta con vivienda sujeta a la protección legal y no posee otros bienes liquidables, o sea, la quiebra no ha servido de nada o, cuando sí tiene tales bienes, afronta las obligaciones sociales o toma el camino de concursar a la sociedad y por concursarse también personalmente —si advierte que se le pueden complicar las cosas también a él— o, directamente, por pedir la quiebra de la compañía y la suya propia, para beneficiarse con el descargo de sus pasivos y obtener el *fresh start* que le confiere la ley concursal una vez que cesa la inhabilitación, dado que los saldos insolutos no podrán afectar los bienes que en el futuro ingresen a su patrimonio como deudor rehabilitado (arts. 107 y 236, ley 24.522).

En resumidas cuentas, se sanciona a los socios por el incumplimiento de la sociedad y se presume su insolvencia, pues no se les da la posibilidad de expedirse a tiempo, a pesar de que se diga que la quiebra es declarada en virtud de la "función de garantía" asumida por el socio **(42)**.

(40) OTAEGUI, J. C., ob. cit., p. 34.

(41) RASPALL, Miguel Á., "Grupos de empresas: concursos con consolidación procesal o consolidación sustantiva. Limitaciones a la actuación de los grupos en los procesos de insolvencia", ED del 02/03/2021, p. 6.

(42) RIVERA, Julio C. – ROITMAN, Horacio – VÍTOLO, Daniel R., "Concursos y quiebras. Ley 24.522", Santa Fe, 1995, p. 258.

Y, cuando digo "a tiempo", quiero significar que debería ser —por lo menos con los socios con responsabilidad ilimitada cuya calidad se pueda conocer y acreditar— en la misma oportunidad en que se le corre el traslado del art. 84 de la ley 24.522 a la sociedad o previo a declarar la quiebra indirecta del ente.

Solo de esta manera se estaría, en principio, garantizando el libre, útil y oportuno derecho de defensa del socio (arts. 18 y 75, inc. 22, CN).

Lo contrario implica sancionar con la quiebra de "pleno derecho" a un socio con responsabilidad ilimitada, solidario o no —en el fondo la cuestión es la misma, aunque si el socio responde de manera simplemente mancomunada, las consecuencias negativas son peores todavía—, quien, reitero, es un sujeto distinto de la sociedad —arts. 148, inc. b), Cód. Civ. y Com., y 2º, ley 19.550—, relación jurídica que determina la existencia de patrimonios diferenciados —el de la sociedad y el del socio—, con acreedores distintos.

Todo esto, sin olvidar el carácter *subsidiario* de dicha responsabilidad según corresponda, de acuerdo con el tipo social de que se trate (art. 56, ley 19.550), lo que debería obligar al acreedor a demostrar la inexistencia o insuficiencia de los bienes de la sociedad para atender las obligaciones a cargo del ente societario, para recién luego agredir el patrimonio del socio con responsabilidad ilimitada.

Sin embargo, como el *beneficio de exclusión* no puede ser invocado a tenor del texto legal que prevé la quiebra refleja **(43)**, contemplando la *función de garantía* que asume el socio con responsabilidad ilimitada a la que se hizo referencia antes, el camino no debería ser su propia quiebra —la del socio— sino recibir el tratamiento que se dispensa al fiador en estos casos, aunque no lo sea literalmente, quien a aun poseyendo responsabilidad ilimitada y solidaria, por ejemplo, debe ser previamente requerido o citado.

**VIII. Los socios de la sección IV frente a la extensión de la quiebra**

Como lo he resaltado desde el inicio —de ahí la breve relación a los antecedentes del instituto que se describió—, si bien en el Código de Comercio de 1862 y ley 11.719, inclusive, la condición de socio *solidario* era la que definía la extensión de la quiebra en los casos de la sociedad colectiva y en comandita, no puede decirse lo mismo desde que la ley 19.551 tomó el camino, principalmente de la ley italiana de 1942 y optó por la *ilimitación* "clave de bóveda" de la quiebra refleja.

Sin duda es cierto que el cambio sustantivo que operó su responsabilidad de los socios de la sección IV avivó la discusión sobre la relación entre ilimitación y solidaridad, aspectos distintos de la responsabilidad que suelen transitar juntos, aunque no necesariamente.

Como en su origen, el instituto bajo análisis, particularmente en el derecho nacional, tenía claramente en cuenta la calidad *solidario* del socio —que responde por todo el pasivo social— y la responsabilidad *ilimitada* de este, característica esta que se derivaba de la expresa referencia que se hacía a los socios de las sociedades colectiva y en comandita (arts. 1530, Cód. Com. —1862—, 4º, ley 4156, y 6º, ley 11.719), resulta indiscutible que desde la ley 19.551 se optó por la *ilimitación* como elemento definitorio para que se pudiera extender la quiebra, criterio que sin modificación alguna siguió el art. 160 de la Ley de Concursos y Quiebras.

Frente a esto, ¿es un argumento dirimente —*de lege lata*— la inexistencia de solidaridad en los socios de la sección IV para excluirlos de la quiebra refleja? Definitivamente creo que no.

No solo porque, insisto, la nítida reacción del mentado art. 160 así lo indica (art. 2º, Cód. Civ. y Com.; CS, Fallos 318:198 y 318:441), sino también, porque la norma antes citada contiene un ejemplo de extensión a quien, a un socio que, si bien posee responsabilidad ilimitada que no es simplemente mancomunada, igualmente no responde por todo el pasivo social.

Me refiero a "los socios con igual responsabilidad que se hubiesen reiterado o hubieren sido excluidos después de producida la cesación de pagos, por las deudas existentes a la fecha en la que el retiro fuera inscripto en el Registro Público de Comercio".

Se puede advertir de dicho texto que integra el art. 160 —también en el art. 164, ley 19.551—

(43) NISSEN, R. A., ob. cit., t. I, p. 606; JUNYENT BAS, F. – MOLINA SANDOVAL, C.A., ob. cit., t. II, p. 283; RIVERA, J. C. – ROITMAN, H. – VÍTOLO, R. D., ob. cit., p. 260.

que siempre pudieron aparecer socios con responsabilidad ilimitada que, si bien no respondían por una porción viril, de todas maneras debían asumir las deudas sociales también en forma parcial.

Ello es así, porque estos —socios retirados o excluidos— únicamente van a responder por aquellas deudas existentes hasta el momento en que su retiro fuera inscripto en el Registro Público, salvo que tal inscripción nunca hubiera sucedido, en cuyo caso sí responderían por la totalidad del pasivo de la sociedad **(44)**.

Resumiendo, para el texto legal que rige hoy, la quiebra refleja, aunque no lo comparta, también alcanza a los socios de la sección IV, pues lo son con responsabilidad ilimitada **(45)** y porque la condición de socio simplemente mancomunado no cambia las cosas, dado que la discusión sobre si debe o no ser solidario el socio para extenderle la quiebra de la sociedad forma parte de un debate doctrinario al que la ley no da lugar de manera alguna.

Una definición distinta, insisto en ello, se apartaría del texto expreso de la norma que se viene tratando.

**IX. La solidaridad como pauta definitoria a futuro y las acciones de recomposición y de responsabilidad el camino**

1. Todo lo expresado en estos pocos párrafos donde he tratado de sintetizar un tema complejo y de larga data que parece no encontrar un cauce definitivo exhibe la conflictividad que genera la figura de la quiebra refleja y la necesidad de definir si es útil o no al sistema falencial y, de persistirse en su regulación, cuál debería ser esta.

Cierto es que, como mecanismo que beneficie a los acreedores de la quiebra de la sociedad, salvo alguna puntual excepción, repito, solo ha servido para complicarlo todo, para causar más perjuicios y agravar la situación patrimonial de quienes pueden resultar más útiles activos y generando recursos para pagar, que quebrados automáticamente. Se puede decir que, la suma de *fallidos* nunca dio un buen resultado.

Considero que si se trata de lograr que la masa pasiva, es decir, los acreedores sociales, recuperen la mayor parte de sus acreencias, la vía más idónea es la que proponen las acciones de responsabilidad concursal y societaria, en su caso, pues no solo aplican a los socios y a los administradores, según el caso, sino también, tal como lo habilita el art. 173 de la ley 24.522, a mandatarios, gestores de negocios y terceros —los denominados *cómplices* por la ley 19.551 (sus arts. 240 y 246), acción favorecida por el nuevo campo de actuación que ha abierto al *dolo* como factor de atribución de responsabilidad el Código Civil y Comercial en su art. 1724.

Se agregan estas al amplio menú de acciones de recomposición patrimonial, concursales y las que contiene el Código Civil y Comercial.

Esta es la dirección que debería seguirse en el marco de una liquidación falencial, porque el objetivo o fin que se persigue en estos casos es liquidar el patrimonio de la sociedad deudora para afrontar el pasivo y, si corresponde, integrar a ese patrimonio las sumas que correspondan en concepto de resarcimiento por daños y perjuicios causados a la fallida, como así también, recomponer ese patrimonio si han existido actos dirigidos a sustraer bienes del desapoderamiento.

Paralelamente a todo esto, naturalmente accionar contra aquellos que, por haberlo asumido desde su origen o por disposición de la ley, deben responder ilimitadamente por las deudas de la sociedad quebrada, se trate de socios solidarios o simplemente mancomunados.

Y, por cierto, mejorando y agilizando los procesos judiciales, dando un lugar más preponderante a la oralidad y a la inmediación judicial, para evitar dilaciones innecesarias para que las acciones de responsabilidad, de recomposición patrimonial y, en general, la quiebra misma no se eternicen y cumplan un rol eficiente en el campo del derecho patrimonial.

2. Es evidente que la extensión de la quiebra al socio con responsabilidad ilimitada no puede ser la regla.

(44) RIVERA, J. C., ob. cit., t. II, p. 284; ROUILLON, A. N., ob. cit., p. 291.

(45) BOQUÍN, Gabriela, "La extensión de la quiebra de las sociedades de la sección IV", ponencia presentada en el IX Congreso Argentino de Derecho Concursal y VII Congreso Iberoamericano de la Insolvencia, *Libro de ponencias*, t. IV, ps. 343 y ss.

Si se sostiene el instituto, este solo debe comprender, conforme lo plantea la denominada *tesis intermedia*, a los socios con responsabilidad ilimitada, en la medida que esta sea a su vez *solidaria*, o sea, que responda por todo el pasivo social, sea esa ilimitación contractual y originaria, derivada o por disposición legal sancionatoria que agrave la responsabilidad del socio, y siempre con excepción de los bienes inembargables e inejecutables (art. 242, Cód. Civ. y Com.).

Tampoco puede ser la extensión automática, ni debe prosperar sin que la sindicatura previamente se expida sobre la existencia o no de bienes suficientes de la sociedad fallida, pues de otra manera se estaría causando un innecesario perjuicio de tinte netamente sancionatorio, lo que excede el fin natural del proceso falencial que es liquidar los bienes desapoderados para distribuir su producido entre los acreedores.

Citando a Rouillon, es inaplicable la quiebra refleja "si no hay daño para los acreedores de la quebrada principal (cuando el activo de esta alcanza para cubrir todo su pasivo)" **(46)**.

La interpretación de esta figura, como ya fue expuesto, debe ser restrictiva, dada sus graves consecuencias, porque se trata de extender la falencia a un sujeto y patrimonio distintos de la sociedad fallida que es la deudora directa de tales obligaciones.

Un tema poco considerado es la situación de los acreedores del socio, quienes se van a ver afectados por la declaración de quiebra de su deudor sobre la base de una presunción *iuris et de iure*, pues la quiebra refleja no admite defensa alguna al socio afectado, a quien se termina obligando a concursarse (art. 90, ley 24.522) para salir de esa quiebra derivada, afectando su actividad comercial o profesional, porque todo estado de concursamiento siempre coloca al deudor en una situación de vulnerabilidad económica.

3. Conspira también la quiebra que regula el art. 160 de la ley 24.522 con el *principio de conservación de la empresa*, en este caso, en relación con la actividad que alguno de los socios con responsabilidad ilimitada pudiera desarrollar por su cuenta, que se vería afectada por la quiebra de su propietario —el socio ahora fallido derivado—, lo que contradice la corriente de pensamiento actual que busca la protección y la rápida inserción en el mercado del deudor de buena fe —persona humana— en lugar de agravar las cosas con más quiebras **(47)**.

Una discusión aparte es si le corresponde al derecho concursal algún margen en materia sancionatoria.

Sobre esto, que representa en sí todo un tema merecedor de un tratamiento particular y profundo, solo decir que como no todo el campo sancionatorio es resorte del derecho penal, la materia sancionatoria no es ajena al derecho patrimonial al que reporta el *derecho de crisis*.

La cuestión es definir si las *sanciones* aportan algo positivo para lograr un mejor derecho concursal, en el particular, un procedimiento de quiebras más eficaz y eficiente —planteo este también incluye a los demás procesos concursales no liquidatorios—, especialmente en el caso que se viene analizando.

Estoy convencido de que la quiebra refleja como sanción, aun indirecta, para el socio con responsabilidad ilimitada se aparta de la idea de favorecer mecanismos de recomposición y reestructuración que permitan un sano equilibrio entre la conservación de la empresa y el legítimo

(46) ROUILLON, A. A. N., ob. cit., p. 289.

(47) UNIÓN EUROPEA, Recomendación de la Comisión 2014/135/UE, 12/03/2014, sobre un nuevo enfoque frente a la insolvencia y el fracaso empresarial: "Segunda oportunidad Las convincentes pruebas de que los empresarios honrados a los que se da una segunda oportunidad tras declararse insolventes tienen más éxito en su siguiente empresa ha convencido a la Comisión para recomendar que se permita a los empresarios empezar de nuevo tras la situación de insolvencia. A los empresarios se les condonarían totalmente sus deudas en un plazo de tres años a partir de la decisión de un tribunal de iniciar procedimientos de insolvencia o de la fecha de inicio de cualquier plan de devolución. Sin embargo, la recomendación reconoce que la condonación total no siempre es adecuada y los países de la UE pueden introducir leyes más estrictas para disuadir a los empresarios poco honrados o aquellos que no cumplan sus obligaciones legales para con sus acreedores. También deberían adoptarse leyes nacionales para proteger el medio de vida del empresario y de su familia, lo que permitiría al empresario conservar algunos activos", disponible en *https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/LSU/?uri=CELEX%3A32014H0135* (fecha de captura 22/08/2021).

derecho de los acreedores a percibir sus créditos, algo que difícilmente se va a lograr con una adición de quiebras.

Y si se piensa en sanciones patrimoniales, llevar a la quiebra al socio en estos casos no parece muy razonable, especialmente en supuestos como los socios de la sección IV que ya no responden, en principio, por todo el pasivo social.

Menos aún, cuando se terminan gestando procesos y liquidaciones interminables que muy lejos han quedado de las aspiraciones del legislador de 1995, quien había previsto no más de cuatro meses desde que la sentencia de quiebra quedara firme para realizar los bienes desapoderados (art. 217, ley 24.522).

4. Nuestro ordenamiento legal brinda múltiples herramientas para exigir el cumplimiento de las obligaciones, la reparación de los daños y la recomposición del patrimonio del deudor cuando este escición del patrimonio.

Frente a todo esto, la extensión de la quiebra a los socios con responsabilidad ilimitada, de persistir, debe ser el último recurso, porque actualmente no se dan aquellos presupuestos jurídicos sustanciales que orientaron la instalación de este controversial instituto en sus orígenes.

Parafraseando a Rubín, prefiero *más responsables* en lugar de *más quebrados* **(48)**, porque difícilmente con aquellos que son eliminados del mercado se pueda obtener mejores condiciones de recupero para los acreedores, en definitiva, los principales afectados por la quiebra.

(48) RUBÍN, Miguel A., "¿Más quebrados o más responsables? Apuntes para un cambio de rumbo del Derecho Concursal argentino", ED del 5, 12, 19 y 26/04/2018 y del 05/05/2018.

# Concurso en caso de agrupamiento y extensión de la quiebra. La necesidad de reformar la LCQ (*) (**)

Miguel Á. Raspall

**Sumario:** I. Introducción. — II. Breve evolución de ambos institutos en nuestro sistema concursal. — III. Principios, objetivos, tutelas y paradigmas. — IV. El concurso en caso de agrupamiento. — V. La quiebra por extensión. — VI. Conclusiones. Necesidad de Reformar la LCQ 24.522.

## I. Introducción

Nuestra ley concursal ha incorporado dos institutos, que tienen entre sí un punto de encuentro en relación con la comunicación de la responsabilidad entre sujetos que han entrado en zona de insolvencia e incluso con sujetos que podrían no estarlo. La LCQ aborda el tema de la responsabilización a terceras personas en dos procesos diferentes (concurso reorganizativo y concurso liquidativo), y en ambos casos se presentan aspectos relacionados con los alcances, efectos y consecuencias que se produce entre los distintos patrimonios afectados.

Cuando hablamos de "responsabilización" —usando la expresión como un término genérico—, nos estamos refiriendo a la situación mediante la cual uno más sujetos pueden tener que responder o contribuir a atender el pago total o parcial de las deudas de otro sujeto. Sabemos que la transmisión de la responsabilidad por deudas puede darse en el marco de sujetos *in bonis* (p. ej., fianza, garantías, avales, endosos, etc.) e igualmente en torno a sujetos *in malis,* con la diferencia de que en los casos de concurso por agrupamiento y de quiebra por extensión no existe una previa obligación de responder por las deudas de otros (excepto la del art. 160).

El cometido de este trabajo es analizar y proponer conclusiones frente a ambos institutos concursales, en relación con la comunicación de la responsabilidad de algunos sujetos frente a la insolvencia de otros, revisando sus efectos, sus alcances, la eficiencia de estos.

## II. Breve evolución de ambos institutos en nuestro sistema concursal

Para introducir al lector en el tema, procedemos a desarrollar una resumida historia de la evolución de ambos institutos concursales, recordemos:

*II.1. Quiebra por extensión*

- Código Nacional de Comercio de 1862: En el origen de nuestro derecho comercial codificado y autónomo, fue el Código del Estado de Buenos Aires (redactado por Vélez Sarsfield y Acevedo) al cual adhirió la Nación mediante la sanción de la ley 15 en el mismo año 1862, declarándolo Código Nacional de Comercio, el cual en su art. 1530 establece que "la declaración de la quiebra de una sociedad colectiva o en comandita, constituye en estado de quiebra a todos los socios "solidarios" que la componen.

(*) Conf. RASPALL, Miguel Á., "Grupos de empresas: concursos con consolidación procesal o consolidación sustantiva. Limitaciones a la actuación de los grupos en los procesos de insolvencia", ED de 1 y 2/03/2021.

(**) En este trabajo utilizamos múltiples normas del derecho comparado con la finalidad de poder realizar análisis comparativos, con lo cual —no siendo un especialista de cada uno de dichos países— asumimos que podemos cometer errores interpretativos o análisis incompletos dentro del contexto total de una norma.

- El Código de Comercio de 1889 recepta al instituto en el art. 1384, de allí pasó al art. 4º de la ley 4156 (año 1902) y posteriormente al art. 6º de la ley 11.719 (año 1933), los cuales no transcribimos porque se alinean conceptualmente con el de 1862, disponiendo la extensión de la quiebra al socio "solidario".

- La ley 19.551 (año 1972) produjo modificaciones al instituto de la quiebra por extensión, dado que, si bien sostiene la quiebra de los socios *solidarios*, ahora sustituye esta palabra por socios "ilimitados", estableciendo que la quiebra de la sociedad "importa" la quiebra de los socios *ilimitados* **(1)**. Por otro lado, inspirado en la ley francesa **(2)**, el art. 165 introduce la extensión de la quiebra al socio que ha actuado en interés personal (como si fuera el titular de un único interés), redacción que se mantiene a la fecha en el art. 161, inc. 1º, de la LCQ.

- La ley 22.917 (año 1983) en su art. 161 incorpora dos nuevos supuestos de extensión de quiebra. Cuya redacción ha pasado al actual art. 161, incs. 2º y 3º, de la ley 24.522, control abusivo y confusión patrimonial inescindible.

De modo tal, que el instituto de la extensión de la quiebra, en lo que respecta al socio solidario —ilimitado— viene desde la época de nuestra organización nacional (1862) y con relación a las quiebras por extensión sancionatorias, estamos a 40 años de su regulación.

*II.2. Concurso en caso de agrupamiento*

Respecto de este instituto, es poco lo que tenemos para comentar en relación con sus antecedentes. Fue introducido por la ley 24.522 de 1995, sin que existieran —en nuestro conocimiento— precedentes en Latinoamérica y en los países centrales de Europa. Es más, muchos países de Europa no lo habían regulado hasta hace muy pocos años atrás **(3)**, hecho que sobrevino ante la presencia y la extensión de la crisis europea de 2009-2014, que produjo un fuerte reclamo social en orden a la protección de la actividad y de las empresas, advirtiéndose en dicha oportunidad la necesidad de atender los conflictos que se generaban en las insolvencias grupales y también sus efectos transnacionales dentro del mercado común. No se trataba de un desconocimiento del fenómeno grupal o de la posibilidad de que existan insolvencias grupales que afectaran a varias empresas del conjunto, sino que la resistencia del legislador a regular estos procesos de agrupamientos empresariales estuvo vinculada con el respeto que merece en dichas legislaciones la personalidad jurídica diferenciada y, con ello, las dudas que se generan en cuanto a responsabilizar o confundir patrimonios independientes dentro de este tipo de procesos concursales.

El lector queda advertido entonces de que uno de los aspectos de gran dificultad para regular los concursos grupales es la proyección que emana de la personalidad diferenciada de los integrantes del grupo, del patrimonio como garantía de sus acreedores propios y del traspaso o comunicación de la responsabilidad entre los sujetos que lo integran, puntos estos que son los ejes por donde debe pasar el análisis de los efectos y consecuencias que puedan producirse en los casos de estos procesos grupales.

Es de destacar que la CNUDMI **(4)** recién trata el tema de los concursos grupales en la "Guía legislativa. Segunda parte", del año 2006 **(5)** o sea 11 años después que la ley 24.552. Nuevamente y con mayores precisiones, la "Guía legislativa. Tercera parte: Trato otorgable a los grupos de empresa en situación de insolvencia", del año 2012 (publicada en 2013), ampliando el concepto de grupos al cual se había circunscripto en la segunda parte, que atendía solo a los grupos de sociedades, en la tercera parte avanza sobre "grupos de empresas".

(1) No hace a los contenidos de este trabajo extendernos sobre los debates en doctrina relacionados si los conceptos de socio solidario o socio ilimitado son idénticos o se refieren a los mismos supuestos, dejando aclarado que el debate existe y que ello ha dado pie al desarrollo de distintos alcances en relación con los sujetos comprendidos.

(2) Exposición de motivos, pto. 93. b), últ. párr.

(3) En Alemania, la INSO hasta el año 2017, no admitió las presentaciones conjuntas y recién la reforma de esta norma concursal que entró en vigencia en 2018 trata el concurso grupal.

(4) Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.

(5) "Guía legislativa, Segunda parte: Tratamiento de los grupos de sociedades en un procedimiento de insolvencia", 2006, ps. 325 y ss.

Hemos destacado en trabajos anteriores que el legislador de 1995 tomó una posición de avanzada y a la vez audaz al introducir la regulación de los grupos de empresas, incluyendo con amplitud a personas físicas y/o jurídicas, momento en el cual estos concursos reorganizativos de varios sujetos conjuntamente no tenían —prácticamente— precedentes legislativos en el derecho comparado.

Desde el dictado de la ley 24.522 (1995) han pasado 26 años y en este lapso de tiempo se produjeron muchos cambios de importancia que afectan a los procesos concursales, sin que nuestro legislador se dispusiera a reformar en forma integral la LCQ.

Ahora bien, durante estos 26 años —de la mano de la Guía Legislativa y de las directivas de la UE—, muchos países comenzaron a incorporar progresivamente este instituto en sus leyes concursales, pero dándole un tratamiento distinto al de la nuestra, buscando un camino que permita la reorganización de dos o más, pero preservando la separación de patrimonios **(6)** de las empresas que se concursan en forma conjunta.

## III. Principios, objetivos, tutelas y paradigmas

Muchos cambios trascendentes se han producido en la realidad socioeconómica de los países en los últimos 40 años, los que también alcanzaron al derecho concursal, pudiendo decir que hoy existe un "derecho concursal del siglo XXI", que ha absorbido principios y objetivos novedosos, producto de las modificaciones filosóficas-políticas-económicas que se han ido sucediendo y que ha tenido ya una amplia recepción en el derecho comparado.

En este tiempo, nuestra ley concursal ha incorporado reformas parciales, asistemáticas, inarmónicas, verdaderos parches impuestos por emergencias, necesidades del momento o de la política, que no respetan su estructura filosófica original, generando muchos conflictos interpretativos en relación con sus principios, fines, tutelas y prioridades.

(6) Excepto en los casos en los que existiera confusión patrimonial

### *III.1. Principios y objetivos*

A los fines del desarrollo de este punto, me permito tomar párrafos de otros trabajos de mi autoría. Como sabemos, esta rama del derecho se encuentra directamente influenciada por la sociología, la filosofía, la política y la economía, lo que la hace muy sensible a los cambios, y por ello es objeto de constantes actualizaciones y reformas. Los principios de la ley —como dice Iglesias **(7)**— son los contenidos axiológicos que la rigen y sustentan, y que definen las pautas de valor que el legislador ha tomado en cuenta para su redacción **(8)**. Los cambios socioeconómicos o ideológicos inciden —también— sobre las leyes concursales, dando lugar al nacimiento reformas que implican el desplazamiento de algunos principios, objetivos y prioridades.

Los "objetivos" de la ley son los "fines" que se persiguen con ella, como resultado de lo cual puede ser necesario establecer un orden de prioridades. Los principios y objetivos son voces que se dirigen a expresar cuales son los valores máximos que el legislador pretende tutelar en un proceso concursal en cada época y como alcanzarlos, indicando la prelación en que ellos quedan establecidos.

### *III.2. Tutelas diferenciadas*

La tutela jurídica es la protección que el legislador va a conferir a personas **(9)**, hechos o actos, los que pueden coexistir en paridad o en un orden de prioridades y allí ingresamos en el terreno de las tutelas diferenciadas. Si se modifican los principios y los objetivos es factible que también se modifiquen las tutelas.

El juez como intérprete de la ley, al momento de tener que resolver un conflicto (aplicación de la norma), hace un análisis de los principios y fines y determina el orden de las prioridades aplicables.

(7) IGLESIAS, José A., "La filosofía de la Ley de Concursos y Quiebras", LA LEY, 1995-E, 1188.

(8) El diccionario lo define, entre otras acepciones, como "norma o idea fundamental que rige el pensamiento o la conducta".

(9) Por ejemplo, el acceso a la jurisdicción es una tutela genérica de rango constitucional, a la cual acceden todos los habitantes.

*III.3. Paradigmas*

Designamos con la palabra "paradigma", a los moldes o modelos —en este caso jurídicos— que sigue una sociedad por considerarlos de "valor" **(10)**, los que pueden permanecer inalterados durante un lapso mayor o menor de acuerdo con la estabilidad que la sociedad atribuye a esos valores **(11)**. En momento dado, un determinado modelo deja de ser funcional con las necesidades de la sociedad de ese momento, lo que puede llevar a la modificación de un paradigma.

*III.4. Consolidación de un paradigma: la conservación de la empresa*

La conservación de la empresa es uno de los principios trascendentes del derecho concursal de las empresas y tiene con fin la tutela de la actividad, la protección de las fuentes de trabajo y de la actividad, siendo este un principio hoy receptado universalmente, comenzó a hacerse presente en las leyes concursales de nuestro país desde hace más de 50 años **(12)**. En las sucesivas e ininterrumpidas crisis económicas, este principio se ha consolidado como un verdadero *paradigma,* ubicándose con prioridad de rango —no excluyente— respecto de otros intereses tutelados. Diversas son las vertientes a través de las cuales se instala este principio protectorio de la empresa y del trabajo **(13)**, el que ha sido reafirmado plenamente en el derecho concursal del siglo XXI luego de la crisis 2008/2013 (EE. UU. y UE). La nueva crisis económica producida por la pandemia sanitaria mundial vuelve a refirmar y profundiza el modelo protectorio de la empresa (consolidación del paradigma).

La UE ha trabajado desde 2009 en adelante en la preparación de recomendaciones y directivas que apuntan —muy especialmente— a la conservación de las empresas y también a la reinserción de los deudores de buena fe fallidos (segunda oportunidad), siendo su más reciente exponente la directiva 1023/2019, cuyos contenidos están comenzando a incorporarse a las leyes de los países miembros.

**IV. El concurso en caso de agrupamiento**

Vamos a hacer una sumaria exposición sobre el tratamiento concursal de los grupos económicos, su problemática y el diseño de las soluciones, analizando nuestra normativa y mostrando los nuevos criterios que se aplican mayoritariamente en el derecho comparado, de cuya lectura podemos extraer claramente la incidencia determinante del paradigma antes referido;

Los temas sobre los cuales consideramos necesario expedirnos son los siguientes: a) el presupuesto objetivo; b) el presupuesto subjetivo; c) acumulación procesal, consolidación procesal y consolidación sustantiva; d) la indefinición sobre los efectos de la propuesta única; y e) conclusiones.

*IV.1. El presupuesto objetivo*

Aun cuando el presupuesto objetivo se ha flexibilizado, sostenemos que para la apertura de un proceso concursal, sea extrajudicial o judi-

(10) Ejemplo: paradigmas políticos (valores republicanos), filosóficos, religiosos, económicos, educativos, de salud poblacional, etc.

(11) Una clara presencia del cambio de paradigmas se ha producido con la "humanización del derecho privado patrimonial" y de su mano, la humanización del derecho concursal, hecho que se revela en nuevas y distintas tutelas diferenciadas, tutelas que pueden resultar de la ley misma o del "derecho jurisdiccional", llegado el caso.

(12) La exposición de motivos de la ley 19.551, en el pto. 96 (Continuación de la explotación) expresa: "se ha incluido en serie de disposiciones dirigidas a instrumentar el principio de conservación de la empresa, lo que implica su importante incidencia en beneficio de la economía en general y de la protección del crédito, que presiden la redacción de esta ley".

(13) Este nuevo paradigma se inserta en las leyes a través de múltiples regulaciones, p. ej., el cambio del presupuesto objetivo de modo tal que se permita una concursalidad reorganizativa anterior a la cesación de pagos, los acuerdos privados y/o prejudiciales, el financiamiento del deudor en posesión, el salvataje (propuestas de terceros), la continuación de la explotación de la empresa en la quiebra, el acceso a la cooperativa de acreedores de continuar con la explotación y a la vez, poder comprar la empresa con compensación de sus créditos privilegiados, la postergación de la oportunidad de ejecución de garantías reales cuando la actividad empresaria continúa a través de una cooperativa de trabajo, la renegociación de los acuerdos, el cambio de la propuesta, entre otros muchos.

cial (reorganizativo o liquidativo) el presupuestos objetivo o material debe necesariamente existir, ya sea, actual o inminente **(14)**, pero la imposibilidad de cumplir regularmente con las obligaciones exigibles tiene que ser un hecho irreversible, siendo el proceso concursal reorganizativo, tanto singular como grupal **(15)** una vía que pudiera permitir superar la crisis. El presupuesto objetivo tiene que estar presente debido a que los procesos concursales producen consecuencias trascedentes en las relaciones patrimoniales.

IV.1.a. El presupuesto objetivo en la LCQ

En el procedimiento especial denominado concurso en caso de agrupamiento (arts. 65 a 67, LCQ), la ley admite la presentación de empresas que aún no están en insolvencia, debiendo acreditar ellas que por el estado de cesación de pagos de una de ellas puedan verse afectadas las demás.

Consideramos que esta expresión no es exactamente equiparable a "insolvencia inminente", sino una disposición un tanto laxa para algo de tanta importancia, como es la acreditación de la existencia del "presupuesto objetivo". La expresión "pueda afectar" con la que se permite la acreditación del presupuesto objetivo en los concursos grupales es una expresión demasiado amplia, genérica e imprecisa. En realidad, lo que la ley debe decir y el juez debe exigir es la acreditación incuestionable del efecto contagio y, con ello, que esa *afectación,* va a desembocar en forma *inminente e inevitable* en la cesación de pagos de *todas* las otras que integran el grupo.

IV.1.b. En el derecho comparado

Dentro del marco tuitivo del concurso de empresas, se ha ido flexibilizando el presupuesto objetivo para la apertura de los procesos con la finalidad de poder realizar "prevención" de la insolvencia o anticipación del estado de cesación de pago. En el derecho concursal contemporáneo se ha aceptado no solo la insolvencia o cesación de pagos, sino también la "inminencia de insolvencia" **(16)** que en nuestro país identificamos como "preinsolvencia" y se encuentra incorporada en el art. 69 de la LCQ a través de la expresión "dificultades económico-financieras de carácter general", aplicable a los APE y no a los concursos preventivos.

La directiva UE 1023/2019, consid. 24 que incluye entre los sujetos los grupos de empresas, y el arts. 4º **(17)**, que se expiden sobre los concursos reestructurativos y la necesidad de flexibilizar el presupuesto objetivo, pero destacando que tiene que estar presente estableciendo que "los Estados miembros se cerciorarán, de que, cuando se hallen en un estado de insolvencia inminente, los deudores tengan acceso a un marco de reestructuración preventiva". Esta fórmula de doble acceso, insolvencia y/o insolvencia "inminente" ya ha sido incorporada por innumerables leyes del derecho comparado **(18)**.

Se puede advertir en las normativas de los organismos internacionales y de las nuevas leyes concursales del derecho comprado, la flexibilización del presupuesto objetivo en manera alguna puede dejar lugar a dudas de que la insolvencia sobrevendría inexorablemente, siendo entonces esta flexibilización un paso hacia adelante para aplicar prevención y facilitar la recuperación de las empresas afectadas, que es el paradigma de estos años.

(14) Cuando se trata de un pedido de apertura de concurso necesario (por acreedor u otro legitimado), en las legislaciones que hemos consultado se requiere normalmente que la insolvencia ya exista a ese momento, o sea, normalmente no se admite insolvencia inminente o próxima.

(15) Colombia ley 1116 y dec.-ley 1749/2011 (grupos insolvencia actual o inminente); Costa Rica, ley año 2021, arts. 8º y 14 (grupos e insolvencia actual o inminente); España (texto refundido año 2020), concursos conexos, arts. 38 y ss., insolvencia actual o inminente, entre otras legislaciones.

(16) Ley Concursal de Panamá, art. 29: "Presupuesto objetivo: cesación de pagos, insolvencia inminente o falta previsible de liquidez". Como vemos, pareciera insinuarse una nueva subcategoría, que sería la falta "previsible" de liquidez (impotencia o déficit financiero).

(17) No hace a los contenidos de este trabajo extendernos sobre los debates en doctrina relacionados si el concepto de socio solidario o socio ilimitado son idénticos, o se refieren a los mismos supuestos, dejando aclarado que el debate existe y que ello ha dado pie al desarrollo de distintos alcances en relación los sujetos comprendidos.

(18) Entre otras; Colombia, ley 1106 art. 9º, España, art. 21 inc. 31; Italia, estado de crisis; Costa Rica, art. 5.1, insuficiencia patrimonial inminente; UE directiva 1023/2019, consid. 2º y art. 1 a), insolvencia inminente.

*IV.2. Presupuesto subjetivo*

Analizamos seguidamente lo relacionado con los sujetos integrantes del grupo, si deben presentarse todos los que la integran, conjuntamente, o si puede existir la presentación de dos o más de las integrantes sin que ello obligue a presentarse al resto de las empresas.

IV.2.a. Todas las empresas del grupo simultáneamente (LQC)

Nuestro país exige para la apertura de un concurso por agrupamiento, la presentación en forma simultáneamente de todas las empresas del grupo *sin exclusiones* (art. 65, LCQ).

Este diseño concursal permite una doble opción para la estrategia reorganizativa del grupo: a) cada una de las empresas en cesación de pagos desarrolla su propio proceso individual, sin tramitación conjunta ni conexa (procesos singulares e independientes); b) El concurso por agrupamiento, que es un proceso reorganizativo especial que exige la presentación conjunta y simultánea de todas las empresas del agrupamiento, *sin exclusiones*. En síntesis, o todas separadas (tratamiento singular) o todas juntas. Por ende, no es factible la tramitación de dos o más que estén efectivamente en cesación de pagos y que el grupo considere necesario que accedan a una reestructuración. Si no son todas en forma conjunta, nuestra ley no admite la acumulación de procesos, ni conexidad y coordinación de estos.

En nuestra búsqueda de antecedentes en la legislación comparada, hemos encontrado otra norma de muy reciente sanción (2021) que es la de Costa Rica, la cual dispone en su art. 63.1.: "Solicitud conjunta; Cuando dos o más personas físicas o jurídicas constituyan en forma permanente un grupo económico, *deberán* formular de manera conjunta la solicitud de apertura del proceso concursal, *incluyendo a todos los integrantes*. Se expondrán los hechos en los cuales fundan la existencia del agrupamiento y su exteriorización, además de cumplir los requisitos establecidos por esta ley para la solicitud de inicio" (consideramos que el texto ha tiene una manifiesta influencia de nuestra LCQ). En su art. 63.5: "Efectos de la determinación del grupo. La sentencia que declare la existencia de un grupo de interés conforme a esta ley determinará la extensión del concurso a sus integrantes". Anticipamos que la solución final, es la conformación de masas separadas, excepto situaciones excepcionales, como veremos seguidamente.

IV.2.b. Dos o más

La fórmula que internacionalmente se va consolidando, s la que permite que, tratándose de un grupo de empresas, puedan presentarse dos o más de ellas, en tanto y en cuanto las que se presenten se encuentren alcanzadas por los efectos del presupuesto objetivo, o sea, insolvencia o insolvencia inminente **(19)**. Esta posición es la sugerida por la Guía Legislativa, por la UE y receptada por muchos países que siguen dichas recomendaciones.

*IV.3. Acumulación procesal, consolidación procesal y consolidación sustancial*

Con relación a cómo tramitar los procedimientos concursales de los grupos, existen cuatro posibilidades: i) procesos individuales e independientes; ii) acumulación procesal; iii) consolidación procesal. Conexidad con coordinación de procesos y; iv) consolidación sustantiva. Veamos:IV.3.a. Procesos individuales o singulares

Sobre este tema ya nos hemos expedido *supra;* no hay en realidad un concurso grupal, sino concursos independientes de cada una y sin conexidad. En estos casos, aun cuando las empresas pertenezcan a un grupo económico, cada una tramita por ante la jurisdicción que corresponda a su domicilio y los procesos no se conectan ni se acumulan **(20)**.

IV.3.a. Acumulación procesal

La "acumulación de procedimientos" en los concursos grupales implica que dos o más empresas tramitarán sus concursos por ante un mismo juez y eventualmente con una misma sindicatura, pero sin la posibilidad de generar

(19) Entre otros, Uruguay, art. 9º; España, art. 38; Colombia, art. 12.

(20) Chile, ley 20.720: no trata el concurso grupal. Cada empresa de un grupo económico tramitará su insolvencia singularmente. Nos comenta el Dr. Juan Luis Goldenberg, que en la actual y reciente reforma de la ley el tema fue propuesto, pero no terminó siendo receptado. *Id*., Alemania, en la INSO, hasta la reforma vigente desde 2018.

estrategias o propuestas que las vinculen entre sí. Tramitan de esa manera para facilitar al tribunal y al síndico el acceso a datos comunes, interconexiones, relaciones de créditos y débitos, transacciones y operaciones financieras en el orden interno y, a la vez, acreedores comunes, deudores conectados o deudas que pueden estar repetidas o relacionadas y similares conflictos en el orden externo **(21)**.

IV.3.b. Consolidación procesal. Conexidad con coordinación de procesos

Podemos hablar de "consolidación procesal" cuando se produce una diferencia de "intensidad" en la conexidad de los procesos que tramitan acumulados, lo que ocurre cuando se *propicia* la posibilidad de que el juez del proceso, a pedido de parte legitimada o de oficio, dicte una orden de "coordinación de procesos", abriéndose entonces la oportunidad para generar una estrategia común para las empresas concursadas o para el grupo a fin de procurar la reorganización y rehabilitación mediante propuestas condicionadas o únicas, que sean aprobadas por sus acreedores dentro de cada proceso. En definitiva, implica tramitar los procesos de varias o todas las empresas que integran el agrupamiento, en forma conjunta, acumulada, interconectada y coordinada, *sin confundir los patrimonios ni unificar activos y pasivos*.

Hemos anticipado que muchas leyes del derecho comparado han receptado el régimen de acumulación, conexidad y coordinación de procesos (consolidación procesal) **(22)** que es sugerido tanto por las directivas de la UE **(23)**, como por la Guía Legislativa de CNUDMI **(24)**.

- CNUDMI, "Guía legislativa. Tercera parte": La adopción de un único plan o de planes coordinados requeriría, en la práctica, que se preparará y aprobará, en el marco de cada procedimiento abierto contra una empresa del grupo que vaya a ser incluida en el plan, un plan idéntico o similar al de las demás. La aprobación de cada plan habría de efectuarse, respecto de cada empresa incluida en el plan, por sus propios acreedores, que ejercitarían su voto conforme a lo previsto para la aprobación de un plan respecto de una única empresa; no sería conveniente que se procediera a la aprobación de un plan en el marco global del grupo en su conjunto, *dado que ello permitiría que una mayoría global de acreedores de distintas empresas del grupo imponga el plan así aprobado a empresas cuyos acreedores no lo deseen.*

La reciente reforma a la Ley de Brasil (11101/14112) en su art. 69.I.2 establece con

(21) México, Ley de Concursos Mercantiles, art. 15: se acumulan, pero tramitan separadamente.

(22) Colombia, ley 1116/2006 arts. 12 y 15, y 1749/2011 (reglamentario de varias disposiciones de la ley 1116/2006). España, texto refundido (2020), arts. 38 y ss., admite la consolidación procesal y la coordinación. En el art. 319 admite condicionar las propuestas entre las empresas presentadas. En síntesis; el régimen español admite que tramiten en forma conjunta y acumulada los procesos de sociedades de un grupo, en forma coordinada, pero sin atentar contra la autonomía y la personalidad diferenciada de ellas, respetando la independencia de sus patrimonios, estableciendo claramente la ley que la coordinación se realiza sin consolidación de masas. Brasil, ley 11.101 y reforma ley 14.112 (año 2021): Incorpora una sección IV-B art. 69 G, para el tratamiento de los concursos grupales y la consolidación procesal y consolidación sustantiva. Deja muy clara su posición en el art. 69-I, "La acumulación procesal", prevista en el art. 69-G de esta ley; conduce a la coordinación de los actos procesales, garantizando la independencia de los deudores, sus activos y pasivos. Uruguay admite también la consolidación procesal (ley 18.387, arts. 9º, 13, 19 y 140, propuestas condicionadas).

(23) El hecho de estar establecido en las directivas de la UE implica que los países integrantes deben ajustar sus normas procesales a tal previsión, lo que suma una gran cantidad de países. En Alemania, la Ley KonzlnsoAndG, "Para facilitar el manejo de insolvencias corporativas", introduce reformas al art. 3º, INSO, agregándole diversos apartados, y luego modifica otros artículos de esta misma normativa para poder correlacionar el tratamiento de la "consolidación procesal".

(24) Lo relativo a la "consolidación procesal" es tratado extensamente en la "Guía legislativa. Tercera parte", 2010, de CNUDMI, la que respecto de la estructura de los grupos y el tratamiento de los procesos de insolvencia, nos informa en sus recomendaciones 199 a 201 p. 29: "Trato otorgable a los grupos en situación de insolvencia, recepta y propicia abiertamente la "consolidación procesal", o sea, presentación conjunta de dos o más empresas de un grupo por ante un mismo tribunal, siempre y cuando ellas se encuentren en estado de insolvencia, tramiten cada proceso en forma independiente, se respete la personalidad jurídica diferenciada. En tal orden, postula que las leyes permitan que estos procesos conexos tramiten en forma "coordinada", que los planes sean aprobados por los acreedores en cada empresa y desaconseja que se proceda a la aprobación de un plan en el marco global del grupo en su conjunto.

claridad, el tratamiento independiente de cada propuesta en los concursos con acumulación y coordinación procesal diciendo: "Los acreedores de cada deudor deliberarán en las juntas generales de acreedores independientes".

Por su parte el Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea dictaron el reglamento (UE) 2015/848 de 20/05/2015 sobre Procedimientos de Insolvencia **(25)**, el cual respecto de los "concursos de grupos transfronterizos" desarrolla el manejo de más de un proceso —principal y secundarios— en las consideraciones 51 a 62. El reglamento europeo tiene una aproximación conceptual con lo que sugiere o aconseja la "Guía legislativa" CNUDMI para los procedimientos de insolvencia de los grupos. No trata lo relacionado con la participación que pueda caber a las empresas de los grupos solventes, ni tampoco lo que refiere a la consolidación patrimonial o sustantiva **(26)**. La coordinación también se da en los procesos de "insolvencias transfronterizas" de empresas integrantes del grupo que están radicadas y con operatoria en distintas jurisdicciones.

IV.3.c. Consolidación patrimonial o sustancial

Es el grado más severo de tramitar procesalmente un concurso grupal. Todos los patrimonios se unifican de modo tal que, tanto los activos como los pasivos de cada empresa del grupo, pasan a conformar un único patrimonio, es lo que se conoce como "masa única". Ya no existen procesos separados, sino un solo y único proceso que recoge o recepta a todas las empresas en forma conjunta y unitaria.

Hemos dicho en la primera parte, que las empresas que integran un grupo —habitualmente, sociedades con limitación de la responsabilidad— conservan su personalidad jurídica diferenciada, que tienen autonomía jurídica y patrimonial y sus propios activos y pasivos. Sin embargo, los abusos que el grupo puede generar en la gestión y dirección de las empresas y los perjuicios que puedan resultar de esta forma de administrarlas para los acreedores **(27)**, los lleva a procurar la responsabilización solidaria de todas las empresas del grupo, o sea, a procurar extender la responsabilidad a todas con unificación de todos los activos y pasivos, situación que se la conoce como "consolidación patrimonial o consolidación sustantiva" y que importa realizar —de hecho— una verdadera "fusión patrimonial de las empresas", produciéndose la extinción de la personalidad diferenciada.

En este procedimiento de generar una "masa única" se pueden producir indeseables perjuicios, tal cuando se transfieren recursos de empresas solventes o en mejor estado patrimonial, a empresas más endeudadas, repercutiendo de este modo en las posibilidades de recuperación de sus créditos por los acreedores de cada empresa, modelo en el cual puede resultar que algunos se beneficien con el patrimonio de la solvente y otros se perjudiquen con la detracción y distribución de los activos de la solvente, lo que da lugar a enfrentamientos y conflictos entre acreedores de distintas empresas, de muy difícil, lenta y costosa resolución, conspirando contra la pretendida eficiencia de los procesos concursales **(28)**.

Los organismos internacionales y las leyes del derecho comparado, —muy mayoritariamente— recomiendan y receptan la *consolidación procesal* respetando la personería jurídica de cada sujeto y su independencia patrimonial y, salvo situaciones excepcionales, no admiten tratar la situación concursal del grupo recurriendo a la "consolidación patrimonial". Con relación a las situaciones excepcionales que pudieran permitir la aplicación de la consolidación sustantiva, deberán darse determinados supuestos expresamente identificados en la ley y que el

(25) El 26/06/2017 comenzó a aplicarse el reglamento UE 2015/848 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20/05/2015, sobre procedimientos de insolvencia (texto refundido, el que a su vez ha sufrido una modificación por el reglamento (UE) 2018/946, que extiende la aplicación del reglamento a los acuerdos extrajudiciales privados y acuerdos de refinanciación y otros similares conforme cada país a los cuales se los incluye dentro del concepto de "procedimientos de insolvencia".

(26) En estos casos, es prácticamente inviable que los procesos tramiten ante el mismo tribunal y con una misma sindicatura, adoptándose el sistema de un "proceso principal" y "procesos secundarios", aplicándose criterios de cooperación, comunicación, información, diligencias cautelares y procesales, acciones reivindicatorias, rescisorias y de responsabilidad, etc., todo en forma "coordenada" para hacerlo más eficiente.

(27) El daño en la gestión también puede arrastrar a los socios extragrupos, normalmente socios minoritarios que no tienen poder de decisión frente a los controlantes.

(28) Así es explicado en las guías legislativas de CNUDMI.

órgano jurisdiccional se disponga a aplicarlos frente a cada caso, analizando las particulares circunstancias que lo circundan. Las posibilidades para que el juez analice la aplicación serían; estado de confusión de los patrimonios, infracapitalización sustancial o conductas dolosas y fraudulentas habidas intragrupos que impidan solucionar la situación sin proceder a la consolidación o que fuera más costos material y procesalmente no hacerlo. Siempre la posibilidad deberá resultar en forma expresa del texto legal, adecuarse a los tipos descriptos y será el juez y no las partes (menos los deudores), quienes tendrán la posibilidad de dictar una orden de consolidación patrimonial **(29)**.

Las recomendaciones de los organismos internacionales y la recepción por las leyes de cada país son refractarias a la consolidación patrimonial y es desaconsejado que la posibilidad de consolidación pueda resultar de una propuesta del propio grupo deudor, o sea, estos no tienen facultades para cambiar el régimen patrimonial o la responsabilidad patrimonial asumida por cada una de ellas frente a sus acreedores.

Por último, esta posibilidad que es contemplada en algunas leyes, la admiten casi exclusivamente para los procesos liquidativos y no en los reorganizativos.

(29) Algunos ejemplos: Brasil, ley 11.101 con la reforma de la ley 14.112 (2020), que sigue el diseño de la Guía Legislativa CNUDMI, en su art. 69 J, "Consolidación sustantiva". El juez podrá, excepcionalmente, con independencia de la celebración de junta general, autorizar la consolidación sustancial de activos y pasivos de los deudores pertenecientes a un mismo grupo económico que se encuentren en proceso de recuperación judicial en consolidación procesal, solo cuando encuentren la interconexión y confusión entre activos o pasivos. de los deudores, de manera que no sea posible identificar su propiedad sin excesivo gasto de tiempo o recursos, acumulativamente con la ocurrencia de al menos 2 (dos) de las siguientes hipótesis (siguen los supuestos excepcionales en los cuales se admite este proceso). Colombia, dec. ley 1749/2011 (reglamentario de la ley 1116/2006), art. 25, "Consolidación patrimonial": Los procesos de insolvencia de los partícipes de un grupo de empresas deberán respetar la identidad jurídica propia de cada partícipe, salvo en el caso de una liquidación judicial en donde en relación con los deudores vinculados, el juez del concurso en ejercicio de la facultad atribuida por el art. 5º, numeral 11, de la ley 1116 de 2006 y para el logro de la finalidad del proceso, ordene una consolidación patrimonial, siempre y cuando el solicitante acredite al menos una de las siguientes situaciones. España, texto refundido (2020), art. 43.

IV.3.d. Argentina: la consolidación procesal en la LCQ (24.522)

Cuando la estrategia del grupo sea acogerse al *instituto especial* del "Concurso en caso de Agrupamiento" (arts. 65 a 67) se exige la presentación conjunta y simultánea de *todas* las empresas del grupo sin excepciones, tramitando luego cada proceso en forma independiente o sea, tantos procesos como empresas hubiera, todos por ante un mismo juez y con una sola sindicatura (que puede ser plural).

Una vez abierto el concurso por agrupamiento, la ley permite que los deudores —el grupo— puedan realizar "propuestas individuales o propuestas unificadas" (art. 67, LQC), las que tienen un régimen y consecuencias distintas.

IV.3.d.i. Propuestas individuales

Se deben presentar obligatoriamente todas las empresas y luego, si deciden hacer propuestas individuales, regresan a un proceso singular. Cada empresa debe presentar sus propuestas, obtener las conformidades y si fracasan o incumplen se declara sus quiebras en forma independiente. No existe responsabilización intragrupo.

Esta alternativa la consideramos contraproducente en varios órdenes: 1) empresas que deberían tramitar en distintas jurisdicciones, son llevadas ante un único juez con todo lo que ello implica para los acreedores (acumulación); 2) se han presentado empresas que podrían no estar en insolvencia, con las nefastas consecuencias que ello implica para acreedores, socios extragrupo y para la actividad empresaria, y posteriormente, se vuelve al modelo de concursos individuales; 3) este diseño legal no permite la consolidación procesal de dos o más, con coordinación de procesos (todas o separadas); 4) si bien existe una acumulación procesal originaria total (todas ante el mismo juez y tramitando separadamente), luego cada una puede optar por formular propuestas separadas, con lo cual no existe un verdadero concurso grupal, dejando a los acreedores librados a la decisión del grupo lo cual no parece apropiado.

IV.3.d.ii. Propuesta con unificación del pasivo

*- Consolidación sustantiva o responsabilización por el pasivo*

El art. 67 prevé que los "deudores" pueden decidir tratar "unificadamente el pasivo". Esta

modalidad regula un régimen diferenciado de conformación de las mayorías para aprobar la propuesta, aceptando, además de las mayorías del art. 45 (doble mayoría), una mayoría especial y calificada, conformada por el 75% del total del capital con derecho a voto (mayoría de capitales). Como hemos visto *supra*, esta solución es cuestionada por los organismos internacionales, porque acreedores de algunas empresas, pueden imponerles propuestas a acreedores de otras que no las aceptaron, lo que ya ha sido receptado expresamente en la nueva norma brasilera (art. 69 I.2).

Se ha argumentado que la intención del legislador fue que el grupo pudiera neutralizar la insolvencia de unos o sus menores posibilidades, con la mayor solvencia o potencialidad de otras, de allí que admite que los sujetos responden por todo el pasivo del agrupamiento al tratarlo unificadamente, o sea, se comuniquen la responsabilidad entre los integrantes del grupo como forma de auto-reorganización, lo que —en nuestra opinión— no implica una consolidación patrimonial, sino responder eventualmente por el pasivo de otras empresas del agrupamiento.

Nuestro proceso concursal del agrupamiento es "voluntario", ya que únicamente los *deudores* son quienes definen la estrategia "reorganizativa" **(30)** pudiendo hacer uso de la "propuesta unificada", que les permite tratar unitariamente al pasivo de todas las empresas del grupo en forma inconsulta respecto de los acreedores de cada empresa, situación esta que no hemos visto receptada en el derecho comparado, dado que ello implica una modalidad de atenuar la personalidad diferenciada y la separación patrimonial.

Veamos como la doctrina concursalista analiza el agrupamiento con unificación de pasivos y los conflictos que se generan en su aplicación a partir de las disímiles interpretaciones;

*- Con consolidación sustantiva o patrimonial*

A partir de esta forma de presentar las propuestas (tratar unificadamente el pasivo), una parte importante y representativa de la doctrina concursal sostiene que dicha fórmula implica la aceptación por parte de los deudores de la conformación de una consolidación patrimonial, de modo tal que, si se usa como estrategia la propuesta unificada, juntamente con el pasivo se estaría unificando el activo. De esta interpretación del texto legal se derivaría como consecuencia necesaria, que en caso de frustración del acuerdo o de incumplimiento de la propuesta de uno cualesquiera de los integrantes del grupo, todos van a la quiebra y que en dicho proceso se forma una *masa única,* o sea, se aplican las consecuencias de haber dado nacimiento a una consolidación patrimonial con la unificación de pasivos.

*- Responsabilización sin consolidación*

Para otra parte igualmente representativa de la doctrina nacional, —en la cual nos incluimos— la propuesta unificada solo permite el tratamiento del pasivo en forma "unificada", pero de modo alguno importa una consolidación patrimonial, instituto ajeno a nuestra disciplina concursal, societaria y patrimonial que respeta la personería jurídica y los patrimonios diferenciados (art. 161, incs. 1º y 2º, LCQ) exceptuando los casos de formación de masa única por confusión patrimonial inescindible, situación que no se da en este supuesto.

Conforme a nuestra posición, las empresas del grupo continúan con su personalidad diferenciada y sus patrimonios separados, solo que han aceptado responsabilizarse todas conjuntamente por los pasivos de las demás, pero sin confusión patrimonial. De hecho, al decir la ley que la declaración de quiebra de uno de los integrantes del grupo arrastra a la quiebra de todas (una modalidad de extensión), está indicando que el legislador a proyectado que cada empresa continué con su operatoria en forma independiente, con sus propias obligaciones concursales (emergentes del acuerdo) y posconcursales (emergentes de la nueva operatoria).

En tal orden, frente a la quiebra por frustración del acuerdo **(31)**, así como la declaración

(30) Todos los procesos reorganizativos en nuestra LCQ son "voluntarios" (APE, concurso preventivo y concurso en caso de agrupamiento). El concurso "necesario" solamente se habilita para la quiebra.

(31) La quiebra por frustración del acuerdo implica que no hubo homologación y podría argumentarse entonces que, si no se aceptaron las propuestas y no se ho-

de quiebra por incumplimiento, se formarían masas separadas y con ello, que cada empresa del grupo en caso de liquidación cancelará primero sus pasivos propios y los remanentes irán a conformar el fondo residual o fondo de excedentes (art. 168, LCQ). Estamos en presencia de una responsabilización, sin consolidación patrimonial.

Nuestra posición se sustenta en los siguientes fundamentos:

- La LCQ solo establece la posibilidad de que las empresas del grupo traten unificadamente el pasivo, pero no se expide sobre que ello implique simultáneamente la consolidación de los activos de todas ellas.

- La LCQ respeta la separación patrimonial y solamente acepta la confusión sustantiva en los casos de confusión patrimonial inescindible, en los demás supuestos se forman masas separadas con el patrimonio de cada deudor.

- Si el legislador hubiera querido que se produjera la consolidación patrimonial en el este supuesto del art. 67, debió haberlo establecido expresamente, dado que no es posible legislar generando una norma que deja sin efecto la separación de patrimonios, sin que ello resulte expresamente del texto legal. O sea, no se puede sorprender a los acreedores de cada empresa con que la sola voluntad de los deudores les cambie las reglas de juego y los arrastre a la consolidación patrimonial, situación que es totalmente ajena a las normas del derecho comparado y a las recomendaciones de los organismos internacionales.

- Este camino se apartaría del principio de la LCQ de conservación de las empresas y con ello, sería contradictorio con la posibilidad que se pretende de un proceso reorganizativo. Luego de la homologación de un acuerdo con propuesta unificada, cada empresa sigue con su propia actividad para cumplir con la parte de la propuesta que le corresponde, generando nuevas relaciones comerciales y nuevos pasivos. Si estuviéramos frente a un supuesto de consolidación patrimonial, ello dificultaría grandemente su operatoria, puesto que quienes se vinculen comercialmente con la empresa estarían en una situación muy frágil, que desalentaría el crédito y el clima de negocios, puesto que el patrimonio de cada empresa no garantizaría sus transacciones en razón de que, en caso de quiebras, se formaría una masa única.

- La declaración de la quiebra de las empresas del grupo se muestra como un supuesto muy similar a los casos de quiebra por extensión sancionatoria (art. 161, incs. 1º y 2º, LCQ) razón por la cual consideramos que es coherente aplicar el mismo criterio, o sea, el art. 168 de la LCQ.

- Por último, cuando el art. 67 en la propuesta unificada, sanciona con la quiebra en caso de frustración o incumplimiento, no dice que en este supuesto se deba formar masa única, situación que no podría haber pasado desapercibida al legislador. Siendo la masa única una situación de excepción, la posición más compatible con la norma y con la conservación de las empresas en procesos reorganizativos es la formación de masas separadas.

Tal como está regulado el instituto del concurso por agrupamiento, este no es usado, y múltiples son las razones por las cuales ello ocurre: obligatoriedad de presentación de todas en forma conjunta, dudas interpretativas importantes en cuanto a cuáles son los efectos de la propuesta unificada, si se produce o no la consolidación patrimonial.

La ausencia de casos jurisprudenciales sobre concursos por agrupamiento con propuestas unificada nos evidencia sobre su poquísimo uso.

**V. La quiebra por extensión**

La ley 24.522 autoriza la extensión de la quiebra, que implica la comunicación de la falencia de un sujeto fallido a otro que no lo está o que no necesariamente se encuentra en insolvencia (una excepción a la exigencia del presupuesto objetivo). La comunicación de la responsabilidad patrimonial en el caso de la quiebra por extensión implica la forma más severa de responsabilización a terceros, ya que el sujeto extendido responde con todo su patrimonio *por todo el pasivo del otro*, debiendo además atender su propio pasivo, o sea, a los acreedores propios.

mologó, no se habría producido la unificación de pasivos y menos la de activos.

De este modo, el instituto de la extensión de la quiebra muestra una diferencia importante con otros institutos reparatorios o de integración patrimonial, tales como las acciones de responsabilidad o acciones de ineficacia, ya que en estos las consecuencias de los actos realizados con ilicitud civil se extienden o limitan a los daños y perjuicios causados por el acto reprochable, pero en cambio, en la quiebra por extensión, el patrimonio del fallido extendido responde por todo el pasivo de la quiebra principal. En todos estos procesos, principal y extendidos, interviene un único juez (atracción y concentración), actúa una única sindicatura (la que puede ser plural) y el juez dispondrá las medidas de *coordinación procesal*.

Explica Rivera —uno de los redactores de la ley 24.522— que, como la extensión de la quiebra no es un supuesto de allanamiento de la personalidad jurídica sino de atribución de responsabilidad por todo el pasivo de otro sujeto jurídicamente distinto e independiente, la regla general seguida por aquella es la de "masas separadas", siendo la masa única la excepción **(32)**.

La declaración de la quiebra por extensión, en nuestro criterio, es un instituto disvalioso que está siendo abandonado en el derecho comparado del siglo XXI, incluso en los supuestos del socio ilimitado **(33)**. La indiferencia de que exista cesación de pagos, los efectos personales y patrimoniales que produce al fallido **(34)**, la solidarización por todo el pasivo y las consecuencias ruinosas que produce el cese de la actividad o su disrupción para la vida de una empresa **(35)**, hacen que este instituto sea mal mirado, tenga mala prensa, razón por la cual es de aplicación excepcional, de modo tal que los jueces tratan al mismo aplicando criterios de interpretación restrictiva, prefiriéndose siempre que la reparación patrimonial se alcance por vías de las acciones de responsabilidad y no de extensión de la quiebra.

*V.1. La extensión de la quiebra en nuestra LCQ. Efectos patrimoniales*

Con respecto a los efectos que la quiebra declarada por extensión produce sobre el patrimonio de los fallidos extendidos, en relación con la conformación de las masas activas (bienes) y pasivas (acreedores), la ley habilita dos efectos distintos respecto de estos, que son la formación de *masa separada* y *masa única*.

V.1.a. Masa separada

Existen dos tipos de masa separada, la del art. 160 (socio ilimitado) y las quiebras sancionatorias del art. 161, incs. 1º y 2º. Al extenderse la quiebra sancionatoria del art. 161, incs. 1º (actuación en interés personal) y 2º (control abusivo) **(36)**, se forma masa separada con el patrimonio de cada fallido extendido, respetándose el principio de independencia patrimonial. Con el producido de la liquidación se cancela primero el "pasivo propio", o sea, se paga a los acreedores propios del fallido extendido y si hubiera excedente, este pasa a conformar un fondo común para atender los pasivos insatisfechos de la quiebra principal **(37)**.

Hemos sostenido en varios trabajos anteriores que este sistema de responsabilización no es razonable, porque se envía a la quiebra a una persona que podría no estar en insolvencia, y produce el vencimiento anticipado de los plazos trayendo al tiempo presente todos los pasivos propios. Además produce el cese de la actividad del sujeto, afectando el principio de conservación de las empresas y de la continuación de las actividades. Luego de tanto esfuerzo procesal-

(32) RIVERA, Julio, cit. en "Régimen concursal. Ley 24.522. Actualizada y comentada", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2014, p. 839.

(33) P. ej., ley de Portugal (Código de la Insolvencia) en la Exposición de Motivos explica las razones por las cuales ha dejado sin efecto el régimen de la extensión: no parece proporcionado sujetar sin más a la declaración de insolvencia a las entidades allí mencionadas, que bien pueden ser solventes.

(34) Entre otros, inhabilitación, inhibición, cese de la actividad y desapoderamiento.

(35) La extensión de la quiebra confronta abiertamente con el principio de conservación de las empresas, principio este que integra uno de los pilares filosóficos de la LCQ, con total consenso en el derecho concursal occidental.

(36) Art. 161, inc. 21: "La quiebra se extiende (...) 2) A toda persona controlante de la sociedad fallida, cuando ha desviado indebidamente el interés social de la controlada, sometiéndola a una dirección unificada en interés de la controlante o del grupo económico del que forma parte".

(37) Francia, Cód. Com., arts. 653.1 y 653.5. Nuestra ley se aparta de su modelo, que fue la Ley Francesa, en la cual en este tipo de extensión "sancionatoria", no se forma fondo de remanente, sino todos los acreedores concurren a la quiebra del extendido *pari passu*.

jurisdiccional y del daño material, se lleva adelante la liquidación de los bienes y "si existe remanente", este pasa a integrar un fondo común, lo que implica que la posibilidad de que existan excedentes de liquidación es baja y, por ende, lo que contribuirá esta quiebra extendida a la quiebra principal puede ser exiguo. En tal orden, nos queda claro que son preferibles y más eficientes las acciones de responsabilidad del derecho concursal **(38)** o —eventualmente— del derecho común, que la quiebra por extensión con masas separadas y fondo de remanente.

Al extenderse la quiebra del socio ilimitado (art. 160) también se forma masa separada, o sea no se unifican los patrimonios de todos los socios ilimitados, pero en este supuesto no se conforma el fondo de remanente, y el producido de la liquidación se destina a los acreedores propios y los de la sociedad, *pari passu.*

V.1.b. Masa única

Se forma masa única (consolidación patrimonial o sustancial) solamente en los casos de confusión patrimonial inescindible **(39)**, situación ante la cual es prácticamente imposible distinguir y separar los activos y pasivos del quebrado principal y de los sujetos extendidos. De tal modo, la masa activa quedará conformada por todos los bienes de todos los sujetos fallidos y la masa pasiva por todas las deudas de estas. Se trata de situaciones donde una *administración promiscua, oscura o difusa* impide poder delimitar los bienes y los pasivos de cada uno. Si bien "formal o externamente" se presentan como sujetos de derecho distintos o independientes **(40)**, la realidad patrimonial oculta en la confusión existente nos muestra que se trata todo de un mismo patrimonio o que los deudores han tratado todos los patrimonios como si fueran uno solo.

La formación de masa única implica una verdadera *fusión* de los patrimonios de todos los sujetos.

(38) Ley 24.522, "Responsabilidad de terceros", arts. 173 a 176, además de las acciones que pudieran emerger del derecho común.

(39) El art. 161, inc. 3º, refiere a la imposibilidad de delimitar claramente los activos y pasivos "o de la mayor parte de ellos".

(40) Aplicación de la teoría de la apariencia, llevada adelante mediante la interposición de personas.

*V.2. La quiebra por extensión en el derecho concursal comparado del siglo XXI*

Igualmente dividimos el análisis de lo que está ocurriendo en las nuevas leyes concursales entre la comunicación de la responsabilidad al socio ilimitado, de la responsabilización aplicable a los casos de control, abuso, actos de fraude, confusión patrimonial, y otros supuestos que serían similares a las quiebras sancionatorias del art. 161.

V.2.a. Socio ilimitado

El derecho comparado nos sigue mostrando el doble estándar de responsabilización al socio solidario, con extensión o sin extensión del concurso o de la quiebra.

Algunas leyes "nuevas" siguen aplicando el criterio de la extensión de la quiebra al socio solidario **(41)**; no obstante, vemos que les dan distintos tratamiento y efectos que los que resultan de nuestra LCQ **(42)**, veamos algunas alternativas **(43)**:

(41) Algunas leyes hablan de socios obligados contractualmente, otras de socios ilimitados, otras de socios solidarios o socios responsables; no obstante, todos refieren al mismo supuesto.

(42) Ejemplos: México, art. 14: La declaración de concurso mercantil de una sociedad determina que los socios ilimitadamente responsables sean considerados para todos los efectos en concurso mercantil. La circunstancia de que los socios demuestren individualmente que pueden hacer frente al pago de las obligaciones de la sociedad no los eximirá de la declaración de concurso, a menos que tales socios, con medios propios, paguen las obligaciones vencidas de la sociedad. El procedimiento se podrá iniciar conjuntamente en contra de la sociedad y en contra de los socios. Los procedimientos relativos a los socios se acumularán al de la sociedad, pero se llevarán por cuerda separada. Brasil (2021), art. 81: La decisión que decrete la quiebra de la empresa con socios ilimitados también es responsable de la quiebra de estos, quienes quedan sujetos a los mismos efectos legales producidos en relación con la empresa quebrada y, por tanto, deben ser convocados para presentar una defensa u oposición, si así lo desea. Panamá, art. 130 la quiebra social implica la de los socios personal y solidariamente obligados. En el art. 134 aparece el principio de subsidiariedad, se agotan primero los bienes sociales y luego se liquidan los de los socios.

(43) EE. UU., ley de bancarrotas, secc. 723, no extiende la quiebra, sino que avanza sobre el patrimonio de los socios solidarios en caso de insuficiencia, estableciendo la ley que la quiebra tiene un crédito contra estos socios en caso de insuficiencia de la masa activa social. Costa

- Aun con la extensión, varias leyes respetan el principio de subsidiariedad (excusión de bienes sociales), que nuestro sistema no lo tiene previsto.

- En otros supuestos, a los socios se les concede, previo a la declaración de extensión, el derecho de audiencia, o sea, a ser escuchados y defenderse, aspecto que tampoco prevé específicamente nuestra norma, porque en muchos casos la extensión es simultánea y automática ("la quiebra importa…", art. 160).

- En otros supuestos, los bienes no son llevados a ejecución hasta la oportunidad en que existan saldos impagos de la liquidación de la quiebra de la sociedad.

- En otros supuestos, la ley permite la realización inmediata de bienes de los socios, si se acredita con dictamen de especialista, que los bienes de la sociedad son manifiestamente insuficientes para atender el pasivo.

- En otras leyes se admite que el socio solidario pueda oponer como defensa la suficiencia de los bienes de la sociedad.

Como vemos, no obstante la presencia de la comunicación de la responsabilidad de los socios solidarios mediante la extensión del concurso, existen diversas graduaciones para materializar dicha responsabilización, que difieren de nuestro modelo. El común denominador sería que, aun con extensión, existe derecho de defensa previo, excusión de bienes (subsidiariedad), la venta solo de los bienes necesarios para alcanzar la satisfacción del pasivo social y otras razonables alternativas previas a ejecutar bienes de los socios, respetando de este modo el principio de separación de patrimonios entre los socios y la sociedad.

Otras muchas leyes ya han dejado de llevar adelante la extensión de la quiebra de los socios solidarios (responsables), prefiriendo las acciones de responsabilidad, cautelándole los bienes desde el momento mismo de inicio del proceso concursal de la sociedad y luego en su caso, ejecutar los bienes cautelados. Es interesante recordar que, en nuestro concurso preventivo, los bienes de los socios ilimitados son cautelados y que respecto de ellos opera el desapoderamiento con lo cual si dicho proceso se convirtiera en liquidativo, los bienes ya están cautelados. No puede predicarse lo mismo respecto de la quiebra social, dado que la figura legal adopta la extensión de la quiebra.

V.2.b. Socio con limitación de responsabilidad, controlantes y otros responsables

Podemos afirmar que se va consolidando lo que era una tendencia: la supresión de las quiebras por extensión "sancionatorias", que es el diseño de nuestro art. 161, incs. 1º y 2º. Esta modalidad de comunicación de la responsabilidad ha dejado de ser aplicable en el derecho comparado y en ello han tenido mucha incidencia las consideraciones y recomendaciones de los organismos internacionales que hemos citado *supra*.

Las limitaciones de extensión de este trabajo establecidas por la editorial nos impiden realizar un extenso muestreo de la responsabilización en estos supuestos, pero debe quedar en claro que la comunicación no opera a través de la sanción de quiebras de los sujetos implicados, sino mediante las acciones de responsabilidad. En definitiva, los que han obrado con ilicitud civil, responderán por daños y perjuicios, pero no asumiendo todo el pasivo (lo que podría darse) ni con declaración de quiebras con todas las consecuencias que de ello derivan **(44)**.

A los fines de mostrar el diseño de responsabilización que se está adoptando en el derecho concursal comparado, procedemos a mostrar las regulaciones de algunas leyes de suma actualidad.

Rica, art. 64: Personas ilimitadamente responsables; Las personas con responsabilidad ilimitada en sociedades mercantiles o en otras personas jurídicas, responderán solidariamente con su patrimonio, dentro del proceso, por los pasivos del concursado. Colombia, ley 1116 art. 61: La acción ejecutiva la ejerce el síndico y los socios responsables pueden oponer defensa de suficiencia de activos sociales. Uruguay, ley 18.387, art. 51.

(44) Ley de Insolvencia de Panamá, art. 139, habilita acciones de responsabilidad aun frente a actos fraudulentos; Colombia. Art. 61, de los controlantes, en misma situación que nuestro art. 161, inc. 2º, dispone la posibilidad de extensión, esta norma establece que responden en forma subsidiaria por las obligaciones de la sociedad en reorganización o liquidación.

- España (texto refundido 2020) en el tít. X, "Calificación del concurso" **(45)**, se establece lo relacionado con la acción contra terceras personas por daños y perjuicios que hubieran producido terceras personas a la sociedad, daños estos identificados con la voz "déficit concursal", a cuya cobertura total o parcial pueden ser condenadas las personas afectadas con la calificación de conductas, con o sin solidaridad **(46)** (arts. 441 a 464).

- Costa Rica (2021): Art. 64.2., refiere a la responsabilización solidaria "dentro del proceso" de las personas que hubieran obrado con ilicitud respecto del fallido, a quienes se los responsabilizará solidariamente, "dentro del mismo proceso" **(47)**.

- Brasil: se expide categóricamente en el art. 82-A, al establecer que "[s]e prohíbe la extensión de la quiebra o sus efectos, total o parcialmente, a los socios de responsabilidad limitada, a los controladores y administradores de la sociedad quebrada, sin embargo, se admite el desconocimiento de la personalidad jurídica (conocido instituto de responsabilización a terceros en el marco de la LGS —art. 54 y del CCCN— art. 144). Art. 82. La responsabilidad personal de los socios de responsabilidad limitada, los controladores y los administradores de la sociedad quebrada, establecida en las respectivas leyes, se determinará en el propio tribunal concursal, independientemente de la realización del bien y la prueba de su insuficiencia para cubrir la responsabilidad, observando el procedimiento ordinario previsto en el Código de Procedimiento Civil. Inc. 2. § 2º El juez podrá, de oficio o a instancia de los interesados, ordenar la indisponibilidad de los bienes privados de los demandados, en una cantidad compatible con el daño causado, hasta que se dicte la acción de responsabilidad".

V.2.c. Masa única

En las directivas internacionales (guías legislativas CNUDMI y directivas UE) e igualmente en diversas normas del derecho comparado, se establece que la posibilidad de que el juez disponga la consolidación patrimonial y la formación de masa única es siempre tratada como un supuesto de "excepción", debiendo la norma conceder expresas facultades al juez para que lo disponga, debiendo contar con todos los antecedentes del caso a la vista y únicamente para los supuestos que han sido establecidos en ella.Los supuestos típicos son la existencia de confusión patrimonial inescindible y/o la presencia de actos de fraude de tal entidad que haga más oneroso en tiempo y recursos la consecución de las acciones de responsabilidad o de separación de los patrimonios. La infracapitalización material está contemplada como causal en algunas normas.

Veamos las recomendaciones de las guías legislativas segunda y tercera parte (CNUDMI) y algunos textos legales establecidos en leyes concursales nuevísimas, que serán suficientemente esclarecedores:

V.2.c.i. CNUDMI

- *Guía legislativa. Segunda parte* **(48)**

La posibilidad de ordenar una consolidación sustantiva se da cuando el régimen de la insolvencia otorga a los tribunales amplios poderes discrecionales para determinar, conforme a las directrices, la responsabilidad que tienen una o más empresas del grupo por las deudas de otras empresas del grupo. Teniendo presentes esas consideraciones, un tribunal podrá dictaminar hasta qué punto un grupo ha actuado como entidad económica única y, en algunos regímenes, podrá ordenar que se consoliden o mancomunen el activo y el pasivo de las empresas, en par-

(45) España, texto refundido, entre otros, los arts. 52, incs. 7º y 8º, 455, 456 y, 461.

(46) FIDE, Law / economy/ tecnology. Texto refundido de la Ley Concursal- enero - junio 2021. Trabajo realizado por diversos autores que plasma un ciclo de reuniones para el tratamiento de dicha norma, a la cual he accedido por puesta a disposición que ha efectuado su director Dr. Jesús Quijano, para el IIDC. *Vid*. p. 93 y ss. El autor de esta parte del trabajo Dr. Javier Antón, nos refiere que este concepto (déficit concursal) expresa un nuevo "modelo de responsabilidad concursal".

(47) 64.2. Responsabilidad derivada de conductas delictivas. También serán solidariamente responsables, dentro del proceso, los representantes legales, apoderados generales o generalísimos de las personas físicas concursadas, así como los directores, administradores, gerentes, apoderados o liquidadores de las personas jurídicas declaradas en concurso, cuando hayan sido condenados por los delitos de concurso doloso o culposo.

(48) De los grupos de sociedades en un procedimiento de insolvencia... 2. Responsabilidad del grupo por las deudas externas. Párrs. 86-91.

ticular cuando esa orden pueda coadyuvar a la reorganización del grupo o cuando una de las empresas pueda contribuir financieramente a la masa de la insolvencia, siempre y cuando esas aportaciones no socaven la solvencia de la empresa contribuyente.

El principio común a todos los regímenes con disposiciones de este tipo es que, para dictar una orden de consolidación, el tribunal debe estar convencido de que, si no la dicta, los acreedores sufrirían un perjuicio mayor que el que sufrirían las empresas insolventes y los acreedores disconformes si lo hace.

Las dificultades que entraña un proceso de compensación de esta índole han hecho que raramente se dicten esas órdenes en los países cuyos regímenes las autorizan **(49)**.

- *Guía legislativa. Tercera parte*

Recomendación 220. Cabría especificar en el régimen de la insolvencia que, a instancia de una persona legitimada con arreglo a la recomendación 223 para solicitarla, el tribunal podrá ordenar la consolidación patrimonial, respecto de dos o más empresas de un mismo grupo, únicamente si se dan las circunstancias que a continuación se indican:

a) El tribunal obra en el convencimiento de que el activo y el pasivo de las empresas del grupo afectadas están de tal forma entremezclados que no cabría deslindar la titularidad de los bienes y de las obligaciones sin incurrir en un gasto o una demora injustificados (confusión patrimonial) o;

b) El tribunal obra en el convencimiento de que las empresas de un grupo practican actividades fraudulentas o negocios sin legitimidad comercial alguna y de que la consolidación patrimonial es esencial para enderezar dichas actividades o negocios.

*Síntesis*: Entendemos que en las consideraciones y en las recomendaciones, la consolidación patrimonial podría aplicarse si se dan las siguientes circunstancias:

- En primer lugar, se trataría de una situación de *excepción* porque vulnera el principio de la personalidad jurídica de cada integrante del grupo.

- La experiencia ha demostrado que en los países que la han regulado, rara vez los jueces dictan órdenes de consolidan patrimonial.

- En su caso, debería existir en la legislación una norma expresa y clara que contenga los supuestos en los cuales un tribunal pueda evaluar la aplicación de la consolidación patrimonial, todo ello, con la finalidad de que los operadores estén absolutamente anoticiados, y advertidos de los riesgos al momento de contratar.

- La consolidación patrimonial no debe darse necesariamente respecto de *todas las empresas del grupo*, sino solamente de aquellas que queden comprendidas en los supuestos que la norma ha establecido. Muestra la clara dirección de no afectar a las no contaminadas por la crisis grupal.

- La ley deberá establecer cómo serán protegidos en la consolidación patrimonial determinados créditos, por ejemplo, los con garantías reales o los laborales.- Los supuestos que contemplan las guías legislativas, se limitan a los casos de "confusión patrimonial" y a los de extensión subjetiva de la responsabilidad por obrar fraudulento, negocios ilegítimos, con una gravedad tal, que el juez evalúe que sin la consolidación patrimonial no podría superarse el problema.

V.2.c.ii. Brasil (ley 11.101 reformada por ley 14.112 vigente desde febrero 2021)

Art. 69-J. El juez podrá, excepcionalmente, con independencia de la celebración de junta general, autorizar la consolidación sustancial de activos y pasivos de los deudores pertenecientes a un mismo grupo económico que se encuentren en proceso de recuperación judicial en consolidación procesal, solo cuando encuentren la interconexión y confusión entre activos o pasivos de los deudores, de manera que no sea posible identificar su propiedad sin excesivo gasto de tiempo o recursos, acumulativamente

(49) Esta es la situación en la Argentina, con relación a la propuesta unificada que prevé el art. 67 de la LCQ. Si bien existen importantes discrepancias en doctrina en cuanto a sus efectos, lo cierto es que tampoco la posibilidad es utilizada por los deudores grupales, por lo menos en la búsqueda jurisprudencial que hemos realizado, lo que indica, que, de haber sido utilizada, sería una situación de excepción.

con la ocurrencia de al menos 2 (dos) de las siguientes hipótesis (...) I) Existencia de garantías cruzadas; II) Relación de control o dependencia; III) Identidad total o parcial de la estructura societaria; y IV) Actuación conjunta en el mercado entre los solicitantes.

V.2.c.iii. España (texto refundido, septiembre de 2020)

"Art. 43 *Consolidación de masas.* Excepcionalmente, el juez, de oficio o a solicitud de cualquier interesado, podrá acordar la consolidación de las masas de concursos declarados conjuntamente o acumulados cuando exista confusión de patrimonios y no sea posible deslindar la titularidad de activos y pasivos sin incurrir en demora en la tramitación del concurso o en un gasto injustificado".Como hemos anticipado, esta moderna norma sigue las recomendaciones de la Guía Legislativa CNUDMI.

**VI. Conclusiones. Necesidad de reformar la LCQ 24.522**

Luego de este análisis comparativo entre las regulaciones de nuestra norma concursal y las recomendaciones y las leyes del derecho comparado del siglo XXI, advertimos que, si bien nuestra norma de 1995 fue en muchos aspectos de avanzada, a la fecha y con el cambio de los paradigmas, principios y tutelas en juego, es necesario reformarla para adaptarla a las necesidades actuales y hacerlas útiles a los servicios que pueden brindar estos institutos.

Consideramos que la reforma debería tomar en consideración las siguientes reflexiones:

1) Obviamente, analizar previamente la realidad socio-económico-cultural de nuestro país para que las reformas sean conducentes y compatibles.

2) Respecto del concurso por agrupamiento, parece claro que en los términos en que está regulado, no ha sido aceptado por los operadores del derecho y siendo que es un instituto necesario, se hace indispensable su modificación;

3) Con relación a la extensión de la quiebra, la doctrina y la jurisprudencia han marcado claramente las contraindicaciones que este instituto —de antigua data— encierra, al extremo de catalogarlo con un instituto de excepción, de interpretación restrictiva, con coincidencia en doctrina y jurisprudencia, que es preferible que las acciones de recomposición patrimonial se deriven hacia las acciones de responsabilidad y no a la extensión de quiebra.

Por ende, conforme a nuestro criterio, deberían considerarse reformas tanto en el concurso en caso de agrupamiento, como en la quiebra por extensión, sugiriendo de nuestra parte, las siguientes:*VI.1. Concurso en caso de agrupamiento*

Con relación al concurso en caso de agrupamiento (concurso grupal) hemos expresado que el instituto debe perdurar, pero reformándolo, para adecuarlo a los cambios producidos en estos últimos 26 años, sugiriendo que sean tomadas en consideración estas modificaciones;

1) Definir con precisión el presupuesto objetivo, admitiendo la cesación de pagos o la inminencia de insolvencia, la cual deberá ser acreditada suficientemente por la/las empresas que utilicen esta modalidad concursal

2) Que se pueden presentar dos o más empresas que estén alcanzadas por el presupuesto objetivo, las que tramitaran procesos concursales separados, pero con conexidad procesal, admitiéndose la coordinación, y la posibilidad de presentar propuestas de reestructuración conjuntas o condicionada a la aprobación de otra/s, con o sin responsabilización por deudas entre ellas.

3) Los acreedores de cada empresa votarán en su propio proceso y aprobarán o rechazarán la propuesta en él, sin que pueda imponérseles una propuesta que no hubiera alcanzado las conformidades en cada una.

4) En caso de que el proceso se frustre o existan incumplimiento de la propuesta y se conviertan en procesos liquidativos, se mantendrá la separación patrimonial con formación de masas separadas.

5) La consolidación patrimonial de una o más empresas del grupo solo puede declararse judicialmente, a pedido de parte o del síndico, posibilidad que debe estar expresamente establecida en la ley, la que también debe establecer los supuestos frente a los cuales el juez puede

ordenar la consolidación patrimonial. Deberá analizarse si la resolución judicial de consolidación puede dictarse dentro de la faz del concurso reorganizativo o solo en la faz del concurso liquidativo.

*VI.2. Quiebra por extensión del socio ilimitado*

1) En primer lugar, consideramos que es innecesaria y contraproducente la extensión de la quiebra al socio ilimitado, siendo preferible las acciones de responsabilización por los pasivos sociales, cautelando los bienes de los socios alcanzados, y ejecutándoselos de ser ello necesario para satisfacer los pasivos que han quedado insolutos en la quiebra de la sociedad.

2) Si el legislador que abordara la reforma decidiera mantener la extensión de la quiebra al socio ilimitado, entonces deberían considerarse estos puntos:

- Definir con precisión cuáles son los socios a los que se les vaya a extender la quiebra, superando los antiguos y conocidos debates que existen sobre este tema que ha dado lugar —nada menos— que, a tres posiciones distintas, debate hoy realimentado con los socios de las sociedades de la secc. IV de la LGS.

- Siempre deberá darse al socio responsable u obligado **(50)** por el pasivo social la posibilidad de ejercer una defensa en forma previa a la declaración de su quiebra. En ella podrá el socio oponer —entre otras— la defensa de suficiencia de activo social.

- No proceder a la liquidación de los bienes de los socios, sin previamente haberse establecido con claridad que el activo de la sociedad es manifiestamente insuficiente. O sea, mantener la subsidiaridad y la excusión de los bienes sociales.

- En caso de liquidación de los bienes de los socios, solo los necesarios para cancelar los pasivos sociales.

*VI.3. Quiebras sancionatorias*

1) Derogar lisa y llanamente los incs. 1º y 2º del art. 161.

2) Autorizar al juez a disponer la anotación o traba de medidas cautelares sobre los bienes de las personas que pudieran ser responsabilizados por los pasivos sociales (total o parcialmente) y por el estado de insolvencia del fallido. A sus fines el juez tomará en consideración los conocidos presupuestos procesales propios de las medidas cautelares; verosimilitud del derecho invocado —buen derecho—, peligro en la demora y como es de estilo en una acción de quiebra, sin contracautela, excepto que el pedido de cautelares hubiera sido solicitado por un acreedor, en cuyo caso podrá el juez considerar puntualmente la situación.

3) Obviamente, dejar operativas las acciones de responsabilidad tanto del derecho concursal, como las del derecho societario o las del Código Civil y Comercial.

*VI.4. Quiebra por extensión. Masa única*

1) Es procedente extender la quiebra en los casos de confusión patrimonial inescindible en razón de ser da un supuesto de la unidad patrimonial (un único patrimonio).

2) Siguiendo las recomendaciones de los organismos internacionales y el ejemplo de diversas leyes del derecho comparado que merecen ser analizadas, consideramos que la ley reformadora puede establecer expresamente la formación de masa única en otros supuestos, dejándole al juez la facultad de analizar la convencía procesal y material que resultarían de la consolidación patrimonial.

(50) Usamos expresamente estas expresiones conocedoras del debate que existe entre el concepto de socio solidario o socio ilimitado.

# Sucesión concursada y herederos ilimitadamente responsables

Mariano R. Prono

Magdalena Zuvela Siellez

**Sumario:** I. Síntesis.— II. Ley vigente.— III. Sucesión insolvente y herederos ilimitadamente responsables.— IV. Conclusión.

**I. Síntesis**

En caso de haber herederos ilimitadamente responsables, la sucesión insolvente puede concursarse hasta el momento de la partición.

**II. Ley vigente**

En consonancia con lo previsto en el art. 2º de la LCQ ("Sujetos pasivos"), el art. 8º de dicha ley, titulado "Personas fallecidas" establece que "mientras se mantenga la separación patrimonial, cualquiera de los herederos puede solicitar el concurso preventivo en relación al patrimonio del fallecido".

**III. Sucesión insolvente y herederos ilimitadamente responsables**

La ley concursal incluye en su art. 2º ("Sujetos concursables") a las "personas de existencia visible" (hoy "humanas", art. 19, Cód. Civ. y Com.) y también "el patrimonio del fallecido" **(1)**; lo reitera en el art. 8º (requisitos de fondo y de forma). Y si bien el primer artículo se ubica en el tít. I ("Normas generales") y el segundo mencionado lo está en el tít. II ("Concurso preventivo"), la regulación es aplicable a cualquier hipótesis concursal (preventiva, liquidativa o APE).

No significa ello que la ley asigne al patrimonio del fallecido personalidad o lo considere sujeto de derecho, sino que se trata de la adopción de una solución que se justifica en razones de orden práctico **(2)**.

La condición para que se pueda concursar el patrimonio del fallecido es que "se mantenga separado del patrimonio de los sucesores". Pero ¿hasta cuándo se mantiene la separación patrimonial? La indivisión hereditaria solo cesa con la partición (art. 2363, Cód. Civ. y Com.); por lo tanto, los patrimonios se mantienen separados hasta ese momento, con posibilidad de concursarse **(3)**.

La aceptación de la herencia con responsabilidad limitada del heredero a los bienes sucesorios —modalidad que en el derecho argentino es regla general **(4)**— produce la separación de los patrimonios del causante y de los herederos, asegurando a los acreedores y legatarios del causante un derecho de prelación sobre los bienes relictos, con respecto a los acreedores personales del heredero. La separación de pa-

(1) "...se concursa el patrimonio del fallecido, es decir, los bienes que constituyen la herencia; no el deudor que terminó su existencia por muerte, sino sus bienes, la universalidad de bienes y derechos que componían su patrimonio y que ahora constituyen su herencia" (FASSI – GEBHARDT, "Concursos y quiebras", Ed. Astrea, Buenos Aires, 2005, 8ª ed., p. 22.

(2) HEREDIA, Pablo D., "Tratado exegético de derecho concursal", Ed. Ábaco, Buenos Aires, 2000, t. 1, p. 248.

(3) "No existe disposición legal que discipline la duración de la comunidad hereditaria. No está sujeta a plazo alguno (...) Sin embargo, ningún heredero está obligado a permanecer indefinidamente ni por un plazo extenso en la indivisión. Por ello, los herederos, los cesionarios de sus derechos, sus acreedores personales por vía subrogatoria y los beneficiarios de legados o cargos que pesan sobre un heredero, pueden pedir la partición (art. 2364, Cód. Civ. y Com.)" (FERRER, Francisco A. M., "Comunidad hereditaria e indivisión posganancial", Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2016, p. 635).

(4) *Ibid.*, p. 182.

trimonios determina la recíproca insensibilidad de un patrimonio por las deudas que gravan al otro, lo cual garantiza que los acreedores del heredero no podrán agredir los bienes hereditarios hasta que el patrimonio hereditario no se hubiera liquidado y su remanente partido y adjudicado a los herederos **(5)** —luego de haber pagado las deudas y cargas del sucesorio estos últimos reciben activo, lo que antes llamábamos "beneficio de inventario" **(6)**—. De la misma manera, los herederos no responden con sus bienes por las deudas del causante **(7)**.

Hasta aquí, la cuestión no genera mayor dificultad. Puede causar confusión la consecuencia de la pérdida de la limitación de la responsabilidad en la que eventualmente incurran los herederos **(8)**: la duda es si en esta situación la sucesión aún puede ser concursada o ya no. Algunos autores afirman que, en virtud de que el heredero asume responsabilidad ilimitada —convirtiéndose en lo que en el léxico del Código anterior llamábamos "herederos puros y simples"— respondiendo con sus propios bienes por las deudas del causante, ya no existe la necesaria separación patrimonial que se exige para poder concursar el patrimonio del difunto y que, en tal caso, corresponderá se concurse al o los herederos cuando no haya medios para satisfacer las obligaciones del *de cuius*, pero no al patrimonio en estado de cesación de pagos de este último **(9)**.

Contrariamente, y tal como lo afirmara Ferrer, entendemos que la pérdida de limitación no impide el concurso autónomo de la sucesión **(10)**, pues el conjunto patrimonial hereditario conserva siempre su unidad e individualidad hasta la adjudicación de los bienes a aquellos, sean con responsabilidad limitada (beneficiarios) o que hayan perdido esa limitación (puros y simples) y hasta ese momento constituye la herencia un patrimonio separado, independiente (cumpliendo la exigencia para poder concursarse) **(11)**.

Aun en caso de aceptación pura y simple, no hay confusión de patrimonios, porque los bienes del causante no ingresaron al patrimonio personal del heredero. Para ello se requiere la partición, es decir, que se adjudiquen y transfieran los bienes hereditarios al heredero: recién entonces formarán parte de su patrimonio personal, confundidos con sus bienes. Prueba de ello es que los acreedores personales de los herederos no pueden embargar y ejecutar los bienes sucesorios singularmente determinados, porque siguen siendo de titularidad del causante, solo podrían embargar el derecho abstracto del heredero. Es por ello que la ley determina la afectación de la herencia al pago prioritario de las deudas del causante, aún en los supuestos que el heredero haya perdido la limitación de responsabilidad **(12)**; como con-

(5) *Ibid.*, p. 182.

(6) *Ibid.*, p. 590: "ahora, en el Código Civil y Comercial, sin la denominación de aceptación bajo beneficio de inventario, es el efecto que le asigna a la aceptación de herencia: responsabilidad limitada del heredero a los bienes de la herencia, cuyo presupuesto es la separación de estos de su patrimonio personal".

(7) El art. 2280, Cód. Civ. y Com., determina que los herederos, en principio, responden por las deudas del causante con los bienes que reciben, o con su valor en caso de haber sido enajenados, no habiendo responsabilidad más allá de ello por las deudas de este (ni por su insolvencia; ver también arts. 2317 y 2363, Cód. Civ. y Com.).

(8) Arts. 2280-2295, Cód. Civ. y Com.

(9) HEREDIA, ob. cit., t. 2, p. 108 y RIBERA, Carlos E., "El concurso preventivo y la quiebra y su relación con el proceso sucesorio", RDPyC 2018-3, "Sucesiones – I", p. 248, quienes opinan que, en el caso que concurrieran herederos con responsabilidad ilimitada y que solo responden con los bienes de la herencia, tampoco se podrá concursar la sucesión, por no existir la requerida separación.

(10) FERRER, Francisco A. M., ob. cit., p. 600.

(11) *Ibid.*, ps. 600 y ss.; PRONO, Ricardo S. – BENZO, Georgina P., "Relaciones proyectadas por el Código Civil y Comercial entre el derecho concursal y el derecho sucesorio", RDCO 299-1453, AR/DOC/3644/2019; FERRER, Francisco A. M. – GUILISASTI, Jorgelina, "Las atribuciones preferenciales en el Código Civil y Comercial", RDPyC, 2019-I, "Sucesiones – II", ps. 241, 260 y ss.; conf. CNCom., sala C, "Sucesión de Miguel Mascitelli s/ concurso preventivo", 21/10/2013, Prosecretaría de Jurisprudencia de la CNCom., RC J6528/14. La C2ª Civ. y Com. Paraná, sala III, "Patrimonio del fallecido Hipólito D. Valentinuz s/ concurso preventivo, incidente de revisión", declaró que al concurso del patrimonio del fallecido pueden concurrir acreedores del causante y acreedores de la sucesión, en el caso el letrado que intervino en el sucesorio, no viéndose afectadas por ello la garantía de la prenda común de los acreedores ni la igualdad de estos que se debe garantizar en el concurso (AR/JUR/26934/2014).

(12) Ello surge claramente de lo dispuesto en los arts. 2353, párr. 3º, Cód. Civ. y Com., 2358 y 2359.

secuencia de ello los acreedores de la sucesión tienen igualmente preferencia sobre los acreedores personales de los herederos o legatarios para cobrarse con los bienes hereditarios y sus frutos **(13)**.

La interpretación contraria se funda en considerar la pérdida de limitación de la responsabilidad como sinónimo de confusión patrimonial.

Para nosotros, los herederos que han perdido la limitación de responsabilidad afrontarán con sus bienes personales —y en la proporción de su parte en la herencia— las deudas sucesorias sin que haya solidaridad entre los coherederos, pudiendo concursar la sucesión mientras no haya partición. En el caso de que se concursen los herederos, el acreedor verificará en cada concurso por el porcentaje del saldo que corresponda a la proporción de ellos en la herencia. Entonces, ¿cómo conocer el saldo insoluto? Entendemos que —haya o no concursamiento de la sucesión— deberá el acreedor verificar en el concurso de los herederos (ilimitadamente responsables), por la porción viril de la deuda que le corresponda a cada uno, como crédito eventual, el que devendrá en efectivo una vez liquidados los bienes hereditarios **(14)**.

(13) Conforme establece el art. 2316 aplicable, aunque los herederos hayan pedido la limitación de su responsabilidad.

## IV. Conclusión

La responsabilidad ilimitada del o los herederos no implica confusión patrimonial, por lo tanto, el patrimonio hereditario es susceptible de concursarse en caso de que los herederos pierdan el "beneficio de inventario". En tal supuesto, si existiera un acreedor con un saldo insoluto, tendrá derecho a reclamar su satisfacción a los herederos ilimitadamente responsables, en su porción viril. Si estos sucesores hubieran concursado, el acreedor deberá verificar su crédito en los concursos (por la porción que le corresponda a cada heredero en la sucesión), el que revestirá carácter eventual hasta tanto se hayan terminado de liquidar los bienes del causante en la medida que hubiera quedado impago.

(14) "La responsabilidad del heredero se torna 'ilimitada,' y queda obligado frente a los acreedores sucesorios con sus propios bienes, en proporción a su cuota, pero la masa indivisa sigue afectada en primer término al pago de las deudas. Los bienes hereditarios continúan constituyendo la prenda común de los acreedores hereditarios, la vinculación entre la herencia y el pasivo hereditario se mantiene, rigen los arts. 2359 y 2378 en plenitud" (LLOVERAS, Nora B. – ORLANDI, Olga E. – FARAONI, Fabián E., "Código Civil y Comercial de la Nación Comentado", Ed. Infojus, Buenos Aires, 2015, t. IV, comentario al art. 2321, 1ª ed., p. 59.

# Cartas de intención: las "invenciones del diablo" en el nuevo Código Civil y Comercial

Pablo Sylvester (*)

**Sumario:** I. Introducción.— II. Concepto, usos y contenido de la carta de intención.— III. Derecho comparado: las cartas de intención bajo el *common law.*— IV. Las cartas de intención en algunos países regidos por el derecho civil.— V. Las tratativas contractuales en el Código Civil y Comercial argentino.— VI. La buena fe en la etapa precontractual: el derecho de los comerciantes y el derecho de los monjes.— VII. Las cartas de intención: la segunda dosis de la buena fe precontractual.— VIII. La regulación de la responsabilidad precontractual mediante las cartas de intención: la tercera dosis.— IX. Conclusiones.

## I. Introducción

En los comentarios que siguieron a la sentencia de "Pennzoil v. Texaco" **(1)**, posiblemente el caso más célebre vinculado con una carta de intención, un abogado neoyorquino calificó estos documentos como "invenciones del diablo que debían ser evitadas a toda costa" **(2)**. En otras ocasiones se las ha calificado también como una "zona gris poco clara" **(3)**, "el área menos predecible del derecho de los contratos" **(4)**, "una bestia mística" **(5)** con "efectos posiblemente ruinosos" **(6)**, incluso como el equivalente contractual a estar "casi embarazada" (*almost pregnant*) **(7)**.

Pero, ¿cuál es el problema por el que las cartas de intención han generado semejante nivel de hostilidad? Básicamente, que en muchas ocasiones es difícil distinguir cuándo estamos ante un documento desprovisto de todo valor legal, una simple invitación a negociar, de otros supuestos en los que, bajo el rótulo de carta de intención u otros similares, se incluyen distintos tipos de obligaciones y deberes —incluso implícitos— a

(*) Abogado UBA; magíster por las universidades de Lovaina y de Barcelona; profesor e investigador UCASAL.

(1) "Texaco, Inc. v. Pennzoil", Co. 729 S. W. 2d 768 (Tex. Civ. Aps. 1987).

(2) KLEIN, Andrew R., "Devil's Advocate: Salvaging the Letter of Intent", 37 *Emory LJ* 139, 139 n. 1 (1988), citando a Stephen R. Volk, antiguo socio *senior* de Sherman & Sterling LLP, New York. Cfr. HOLTEN, Andrew J., "Letters of intent in corporate negotiations: using hostage exchanges and legal uncertainty to promote compliance", *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 162:1237.

(3) LAKE, Ralph B. – DRAETTA, Ugo, "Letters of intent and other precontractual documents: Comparative analysis and forms," Lexis Publishing, 1994, 2nd. ed., p. 21, citando a LUTTER, M., "Der Letter of Intent (1982): 'Graue Zone des Ungeklärten'".

(4) FARNSWORTH, E. Allan, "Precontractual liability and Preliminary Agreements: Fair Dealing and Failed negotiations", 87 *Columbia Law Review* 217, 259-60 (1987).

(5) Así la definió el juez inglés Richard Seymour Q.C. en "Tesco Stores Limited v. Costain Construction Limited [2003]" EWHC 1487 (TCC): "It is part of the folklore of the construction industry that there exists a mythical beast, 'the Letter of Intent', the legal effect of which, if it is acted upon, is that it entitles a contractor to payment for what he does, but does not expose him to any risk because it imposes no contractual obligation upon him".

(6) GOSFIELD, Gregory G., "The structure and use of Letter of Intent as prenegotiation contracts for prospective Real Estate transactions", 38 *Real Prop. Prob. & Tr. Journal 99*, 100 (2003).

(7) SILVER, Judith, "The Letter of Intent: Why business people love'em and lawyers hate'em", Coollawyer, *https://www.coollawyer.com/uploads/7/1/06/08/71686999/loiarticle.pdf*.

cargo de una o de ambas partes, o se formalizan —en algunos casos de modo sorpresivo, al menos para alguna de las partes **(8)**— acuerdos parciales (art. 982, Cód. Civ. y Com.), pre o antecontratos que obligan a celebrar el contrato futuro (arts. 994 y 995, Cód. Civ. y Com.), como así también ofertas **(9)** con términos abiertos **(10)** o sujetas a condición suspensiva (arts. 971, 974 y 999, Cód. Civ. y Com.). Por si lo anterior no fuera suficiente, las cartas de intención pueden desencadenar la invocación de la doctrina de la *culpa in contrahendo*, ya que, como se ha dicho, "merced al uso de la Carta, los tribunales son puestos sobre la pista de que ahí existe algo más que una mera negociación" **(11)**.

En otras palabras, las cartas de intención pueden dan lugar a un alto nivel de incertidumbre, involucrando a las partes en compromisos y en resultados no buscados que deriven en indeseables escenarios de litigiosidad y de responsabilidad precontractual imprevistos al momento de formalizar la carta **(12)**. Sin embargo, a pesar de este carácter de "artefacto riesgoso", las cartas de intención son usadas masivamente en el tráfico mercantil, tan es así que han sido conside-

(8) Se ha observado que, en muchos casos, cada parte tiende a creer, aun inconscientemente, que la carta de intención obliga moral e, incluso, legalmente a la otra parte al mismo tiempo que, al analizar su propia posición en relación con la carta, entienden que todas sus opciones están abiertas y no se consideran en absoluto vinculados por dicho documento: "It appears that often the writers of such letters believe that they incur no obligations, although they sometimes harbor at the back of their minds the thought that they might obtain a commitment from the other party". FONTAINE, Marcel – DE LY, Filip, "Drafting International Contracts. An analysis of Contract Clauses", Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2009, p. 3.

(9) En el derecho de los contratos se observa una tendencia a relativizar lo que en derecho anglosajón se denomina la *mirror image rule*, recogida en el art. 978 de nuestro Cód. Civ. y Com., según la cual la aceptación debe adecuarse exactamente a la oferta y cualquier modificación de esta última constituye una contraoferta que debe ser aceptada por el oferente inicial. En la actualidad, la línea divisoria entre la invitación a ofertar (art. 973, Cód. Civ. y Com.) y la oferta se encuentra crecientemente difuminada, con fórmulas ambiguas como la "propuesta de celebrar un contrato" del art. 14 de la Convención de Viena sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercadería. En este sentido, son numerosos los ejemplos en el comercio internacional de cartas de intención que han sido consideradas ofertas (al respecto, puede verse el análisis de casos llevado a cabo en la obra de FONTAINE, Marcel – DE LY, Filip, ob. cit.). Por otra parte, el impacto legal de la carta de intención estará condicionado por la conducta posterior de las partes, ya que incluso si la carta niega expresamente la intención de obligarse, actos posteriores de las partes pueden ser interpretados como indicadores de la existencia de un acuerdo (art. 971, Cód. Civ. y Com.), o como justificantes de la confianza de una de las partes de que el contrato se celebraría, habilitando el reclamo indemnizatorio bajo los criterios de la responsabilidad precontractual (art. 991, Cód. Civ. y Com.)

(10) Este tipo de oferta vinculante está prevista en los Principios Unidroit: "Si las partes han tenido el propósito de celebrar un contrato, el hecho de que intencionalmente hayan dejado algún término sujeto a ulteriores negociaciones o a su determinación por un tercero no impedirá el perfeccionamiento del contrato" (conf. Principios, art. 2.1.14 [1]). Al respecto, se ha dicho que "se habla de *agreement with open terms* o acuerdo en términos abiertos cuando el mismo establece la mayor parte de las condiciones del contrato y el acuerdo de las partes de sujetarse a estas, quedando únicamente pendientes de negociar, para llegar al contrato definitivo, algunas cuestiones secundarias, llamadas 'abiertas'. En estos acuerdos, las partes son, por una parte, responsables de la imposibilidad de llegar a un acuerdo final si la misma se debe a un incumplimiento de negociar y, por otra parte, están obligadas, en caso de no llegar a un acuerdo final a pesar de seguir negociando, a las condiciones primeras, es decir, al precontrato, y las otras cuestiones serán completadas por el juez. Dicho de otra forma, las partes quedan obligadas a los términos precontractuales incluso si no hay acuerdo en los términos abiertos" (LLODRÀ GRIMALT, Francisca, "Letter of intent, carta de intenciones, precontrato", *Derecho de los Negocios*, 14, nro. 151, Wolters Kluwer - La Ley, Madrid, 2003, ps. 14-30).

(11) CARRASCO PERERA, Ángel, "Derecho de contratos", Ed. Aranzadi, Madrid, 2010, p. 79.

(12) Esta situación se ve agravada por la circunstancia de que en muchos casos las cartas de intención no son redactadas por abogados sino por los directivos corporativos involucrados en la negociación. Conforme se ha señalado: "The major difficulty with letters of intent is their ambiguity and obscurity (...). This situation may be partially attributable to the fact that letters of intent are seldom drafted by lawyers. In fact, they are often prepared at a stage of negotiation prior to the time when negotiators believe legal participation is necessary. At that stage, negotiators believe that they are operating on a basis outside the scope of legal rules. Their greatest area of concern at that stage is to set forth the respective performances of the parties rather than to provide against potential legal liability. In this respect the use of letter of intent provides a convenient excuse to leave lawyers out of the negotiating process, and letters of intent are sometimes used to separate the 'commercial' terms of a negotiation from the purely 'legal' terms (presumably the arcane 'boilerplate' clauses found in the last few pages of a contract)" (LAKE, Ralph B. – DRAETTA, Ugo, ob. cit., p. 10).

radas de forma expresa en el nuevo art. 993 del Cód. Civ. y Com. Es que las cartas de intención también pueden servir para lo contrario, esto es, para organizar la negociación y reducir los riesgos asociados a ella, ya sea excluyendo cualquier consecuencia legal mediante las llamadas cláusulas de irresponsabilidad, o pactando comportamientos concretos a cargo de las partes durante el proceso negociador, más allá del deber genérico de obrar de buena fe (art. 991, Cód. Civ. y Com.). En este artículo, nos referiremos a los beneficios y los peligros que se le han atribuido a este tipo de documentos precontractuales tanto en el derecho comparado como en el nacional, una suerte de *notice to mariners* para aquellos que consideren usar este aparentemente inofensivo instrumento negocial.

## II. Concepto, usos y contenido de la carta de intención

Se ha definido la carta de intención como "aquel instrumento escrito precontractual que refleja acuerdos preliminares o un entendimiento de una o más partes para un contrato futuro" **(13)**. Las denominaciones bajo las que se emiten este tipo de documentos son variadas, tanto en inglés (*letter of intent*, *memorandum of understanding*, *head of terms*, *term-sheet*, *agreement in principle*) como en castellano —carta **(14)**, acuerdo o pactos de intenciones **(15)**, memorándum de entendimiento, minuta **(16)**—. También hay diferencias en la forma que pueden adoptar, que incluye desde la epistolar propiamente dicha hasta la de un documento bilateral más o menos informal **(17)** y con mayor o menor contenido jurídico (en algunas ocasiones, la única diferencia entre la carta de intención y el contrato definitivo es lo que derecho anglosajón se denomina el *boiler plate*, es decir, darle al texto de la carta un formato legal, con cláusulas más o menos estandarizadas).

Entre los usos para los que puede servir este documento precontractual, pueden destacarse

(13) LAKE, Ralph B. – DRAETTA, Ugo, ob. cit., p. 5. "A letter of intent may be defined as a precontractual instrument that reflects preliminary agreements or understanding of one or more parties to a future contract"; trad. de LLODRÀ GRIMALT, Francisca, ob. cit.

(14) Debe distinguirse la carta de intención de la llamada carta de patrocinio o *comfort letter*, consistente en un documento, por lo general emitido por una sociedad matriz a favor de su filial, en el que se suele constatar que el destinatario dispone de fondos suficientes para responder a una determinada obligación y, además, el emisor se compromete (de manera "blanda", sin que tal compromiso sea necesariamente accionable legalmente) a asistir financieramente al deudor vinculado con el emisor de la carta en caso de una insuficiencia de fondos al momento en que la obligación sea debida. En algunos derechos, como el francés, se denomina también carta de intención a este tipo de documentos (conf. art. 2322, Cód. Civil francés). En derecho comparado, el caso más resonante sobre el carácter no vinculante de las *comfort letters* posiblemente sea "Kleinwort Benson Ltd. v. Malaysia Mining Corp. Bhd." [1988] 1 All E.R. 714. Si bien se trata de documentos diferentes, como se ha señalado, las cartas de intención y las cartas de patrocinio comparten la vaguedad sobre sus efectos legales (conf. FONTAINE, Marcel – DE LY, Filip, ob. cit., p. 8).

(15) Doctrinariamente, se ha distinguido entre las cartas de intención propiamente dichas, "documentos unilaterales dirigidos a que otros formulen ofertas o a iniciar negociaciones", y los pactos o acuerdos de intención, "los cuales son la plasmación por escrito, a efectos probatorios, de las conversaciones que se mantienen durante la negociación contractual" (conf. LLODRÀ GRIMALT, Francisca, ob. cit.).

(16) La minuta es objeto de una mención expresa en el art. 982 del nuevo Código y ha sido descrita como un documento que "contiene anotaciones para tener presente alguna circunstancia. Puede avanzar hacia un borrador que es un escrito de primera intención que todavía está inconcluso. En sí mismos la minuta y el borrador no obligan y son de interpretación estricta" (ALTERINI, Atilio A., "Contratos. Teoría general", Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 326). En la práctica, minuta y carta de intención tienden a confundirse en muchos casos, en particular cuando la carta sintetiza los puntos sobre los que ya se ha alcanzado un acuerdo y aquellos pendientes de negociar.

(17) Se ha señalado que "este documento puede adoptar la forma epistolar 'bilateralizada' o, violentando menos el concepto usual de 'carta', el de un documento bilateral precontractual (*memorandum of understanding*)" (CARRASCO PERERA, Ángel, ob. cit., p. 71). Añade este autor que "la forma epistolar no solo permite mayor plasticidad expresiva, sino que destaca con especial énfasis que el declarante no está incurriendo en ningún compromiso en firme". Y continúa: "Existe una diferencia de matiz entre ambas formas de canalizar la información que constituye el contenido de la Carta. En su forma epistolar, la aceptación de un documento ajeno, enteramente predispuesto por la otra parte y en cuyo contenido no colabora el destinatario. En este caso, es claro que se trata de un documento de adhesión que, en la medida en que pueda incorporar compromisos contractuales, responde al diseño legal de los contratos de adhesión" (p. 72).

los siguientes: a) invitar a una negociación **(18)**, b) dejar constancia del estado de las negociaciones y de los pactos alcanzados hasta un determinado momento del iter negocial, c) delimitar los puntos sobre los que se deberá alcanzar el acuerdo definitivo, y d) establecer reglas temporales para la negociación **(19)**. En cualquier caso, las cartas de intención quedan reservadas para aquellos supuestos en los que el contrato no se perfecciona de forma inmediata, sino que está precedido de un periodo de negociación previa de duración variable **(20)**. Tal es generalmente el caso en operaciones de cierta complejidad y envergadura, como fusiones y adquisiciones de empresas, contratos de grandes obras de infraestructura o de explotación petrolera y minera, en los que las negociaciones pueden durar meses e incluso años antes de la firma del contrato definitivo.

En nuestro medio, conforme a lo dispuesto por el art. 993 del Cód. Civ. y Com., se ha indicado que "su objeto es la negociación" **(21)**. Y también que "la carta de intención puede ser declarativa e informativa: registra los puntos de acuerdo y disenso. Puede ser obligatoria cuando establece la obligación de negociar. Puede ser de definición de objetivos cuando las partes definen los objetivos de la negociación. Puede incluir deberes secundarios de conducta: tales como el deber de confidencialidad, o el deber de exclusividad que surge del compromiso de no ofrecer el objeto de negociación a tercero, o cuando se refiere al modo y alcance de la información" **(22)**.

No existe tampoco un contenido típico de las cartas de intención, que pueden incluir pactos de lo más variados **(23)**. En general, será necesario que se identifique, al menos, el objeto de la negociación y las características generales del contrato que buscará concretarse a través de ella. En el caso de algunas operaciones como las fusiones y adquisiciones, existen una serie de cláusulas estandarizadas que suelen incluirse

(18) Este ha sido señalado como el objeto típico de la carta de intenciones propiamente dicha (Llodrà Grimalt) y coincide con el previsto como uso típico de este instrumento en el art. 993, Cód. Civ. y Com.

(19) "Una carta de intenciones es un documento unilateral o bilateral en el que una o ambas partes de una negociación (i) declaran su compromiso/intención/deseo/oferta de comenzar o continuar una negociación que acabe con un acuerdo definitivo, (ii) fijan los eventuales pactos alcanzados hasta ahora, y establecen que la negociación futura deberá partir de los mismos; (iii) delimitan el conjunto de los puntos sobre los que se deberá alcanzar un acuerdo satisfactorio y, en su caso, adelantan una cifra aproximativa del precio del contrato, y (iv) establecen reglas obligatorias de carácter temporal con objeto de ordenar el proceso de negociación futura" (CARRASCO PERERA, Ángel, ob. cit., p. 69). Y añade este autor: "Los expuestos en (i) y (iii) constituyen contenido típico de este tipo de documentos. El (iv) es un contenido necesario cuando las negociaciones prometen ser prolongadas y complejas o cuando el volumen de la transacción aconseja vigilar los riesgos de un fracaso. El contenido (ii) solo se encuentra en las cartas de modo marginal, ya que por ser de intrínseca equivocidad (que deberá ser evitada por los asesores legales de las partes), ya porque presupone un estado avanzado de la negociación".

(20) Al respecto, se ha sostenido que "quizá porque al hablarse de la información del contrato se han tenido en cuenta, principalmente, aquellos convenios de concreción instantánea, sin un deliberar previo, muchas veces esta etapa no ha sido considerada en la medida de su importancia, por ello la formación del contrato puede ser instantánea o momentánea, pero puede ser también sucesiva o progresiva, siendo la primera cuando la preparación es la obra de un solo actos de los otorgantes, que no ha sido precedido por ningún otro acto (no precisan de una elaboración o discusión), ocurren en los casos de operaciones de escaso valor o que se encuentran estandarizadas. En los casos de formación sucesiva el contrato se verifica a través del procedimiento o proceso de formación, es decir, como aquellas actividades que requieren un desarrollo de una sucesión de actividades que se llevan a cabo para la obtención de un determinado efecto jurídico" (HERSALIS, Marcelo, "Responsabilidad precontractual. Algunas pautas", RCyS 2015-IV, 24, AR/DOC/798/2015.

(21) LORENZETTI, Ricardo L., "Tratado de los contratos. Parte general", Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2018, 3ª ed., p. 353.

(22) ROVIRA, Alfredo L., "Tratativas preliminares al contrato y ruptura en el nuevo Código", LA LEY 2015-C, 906; AR/DOC/1590/2015.

(23) Al respecto se ha dicho: "No existe un contenido típico-normativo de las Cartas de Intenciones, sino, a lo sumo, típico-social. Como tampoco es único el fin o propósito al que sirve la emisión de una Carta. Es por ello absurdo pretender que una Carta de Intenciones 'no puede contener' determinadas declaraciones o compromisos. La verdad es muy otra, y la Carta como soporte puede albergar cualquier tipo de compromisos" (CARRASCO PERERA, Ángel, ob. cit., p. 70).

en este tipo de documentos previos **(24)**. Por último, se ha señalado como elemento típico de las cartas de intención la voluntad de las partes de no quedar obligadas por su contenido, lo cual se vería reforzado por lo hoy dispuesto por el art. 993 del Cód. Civ. y Com.

### III. Derecho comparado: las cartas de intención bajo el *common law*

En general, el derecho del *common law* es reacio a reconocer la existencia de una obligación de negociar de buena fe en la fase precontractual, así como, hasta cierto punto, a imponer responsabilidades por conductas censurables durante esa etapa previa. En el proceso negociador, las partes son libres de avanzar en la búsqueda de su propio interés **(25)** y un deber de actuar de buena fe no solo sería inherentemente inconsistente con la posición de cada una de las partes negociadoras **(26)**, sino que su contenido sería muy incierto para poder ser exigido judicialmente **(27)**.

Más discutida es la posibilidad de pactar expresamente que las partes se conducirán con buena fe durante el proceso negociador. Según la postura tradicional de este derecho, se trataría de un *agreement to agree* **(28)** y, en cuanto a tal, no vinculante. Sin embargo, existe una tendencia —más en el derecho norteamericano que en el inglés— a reconocer una acción a este tipo de acuerdos. A continuación, veremos algunos ejemplos del tratamiento que han recibido las negociaciones contractuales en general y las cartas de intención en particular, en las dos principales jurisdicciones regidas por este sistema jurídico, las del Reino Unido y los Estados Unidos **(29)**.

#### *III.1. Reino Unido*

Este país es el que mantiene una posición más dura dentro de los que integran el *common law* en relación con reconocer algún tipo de obligación —y consecuentemente, responsabilidad en caso de incumplimiento— durante la fase

(24) Entre estas cláusulas estándar dentro de los procesos de M&A se han destacado las siguientes: "a) la exclusividad para negociar con el vendedor, conferida a favor del posible comprador de una participación social controlante sobre la compañía target, al menos por un plazo; b) el tratamiento de la confidencialidad en la información a ser intercambiada entre las partes pre-contratantes, regulado por el nuevo Código, ya sea de fuente unilateral por parte de su emisor, o alternativamente, mediante la celebración de un pacto o compromisos de confidencialidad, que normalmente es otorgado autónomamente y preexiste a la concertación de una carta de intención; c) una adecuada reglamentación del *due diligence* sobre la compañía target, a cargo de abogados y contadores que contrate el posible comprador (...). d) el compromiso del vendedor a otorgar ciertas cláusulas esenciales a ser insertas en el contrato de compraventa de acciones (como sus declaraciones y garantías y el pacto de garantía de indemnidad; e) una cláusula de irresponsabilidad o salida sin responsabilidad, otorgada a favor del comprador (...) o bien, alternativamente, una cláusula a favor del vendedor (o incluso a favor del proyectado adquirente) en virtud de la cual podrían abandonar o romper las tratativas, pactando ante tal circunstancia, el pago de una compensación, como resultado de su incumplimiento a mantener la exclusividad, con la finalidad que le permitan —al menos— recuperar el costo erogado por la realización de su *due diligence* legal y contable-tributario, o por frustración en su no perfeccionamiento. Esta previsión es conocida en el mundo anglosajón como *break fees* (honorario por incumplimiento)" (conf. PAPA, Rodolfo G., "La 'carta de intención' en el nuevo Código y en el *common law*", LA LEY 2016-B, 1094, AR/DOC/473/2016).

(25) TREITEL, Edwin P., "The Law of Contract", Sweet & Maxwell, Londres, 2011, 13ª ed., p. 61.

(26) *Ibid.*

(27) En derecho inglés, esta postura ha sido reiteradamente sostenida, entre otros, en los siguientes precedentes: "Von Hatzfeldt-Wildenburg v. Alexander" [1912] 1 Ch. 284 at 249; "Courtney & Faibairn v. Tolani Bros (Hotel) Ltd." [1975] 1 W.L.R. 297 at 301; "Mallozzi v. Carapelli SpA" [1976] 1 Lloyd's Rep. 407; "Paul Smith Ltd. v. H & S International Holding Inc." [1991] 2 Lloyd's Rep. 127 at 131; "Mamidoil Jetoil Greek Pretoleum SA v. Okta Crude Oil Refining AD" [2001] EWCA Civ 406 [2001] 2 Lloyd's Rep. 76 at [53], [59]; "Charles Shaker v. Vistajet Group Holding SA" [2012] EWHC 1329 (Comm).

(28) Así se ha resuelto, entre otros casos del derecho inglés, en "Van Hatzfeldt-Wildenburg v. Alexander", [1924] 1 Ch. 97; y "Brilliant v. Michaels" [1945] 1 All E.R. 121.

(29) Otros países del *common law* han analizado también los acuerdos precontractuales en sede judicial: en derecho australiano, pueden consultarse los fallos "Coal Cliff Collieries (Pty) Ltd. v. Sijehama", 1991 24 NSWLR 1 27A-27B, y "United Group Rail Services Limited v. Rail Corporation New South Wales", 2009 NWSCA 177; en derecho sudafricano, "Southernport Development (Pty) Ltd. v. Transnet Ltd." 2005 2 SA 202 (SCA); "Everfresh Market Virginia v. Shoprite Checkers (Pty) Ltd.", 2012 1 SA 256 (CC); y "Makate v. Vodacom (Pty) Ltd." 2016 4 SA 121 (CC).

negocial. El *leading case* en este sentido posiblemente sigue siendo "Walford v. Miles" **(30)**, en el cual la *House of Lords*, de forma unánime, entendió que una supuesta obligación de negociar de buena fe no solo no podía considerarse implícita, sino que era demasiado vaga e incierta como para poder ser reclamada judicialmente **(31)**.

Sin embargo, algunos precedentes posteriores indican que, en ciertas ocasiones, los tribunales ingleses podrían considerar exigible una obligación expresa de negociar de buena fe, en particular, si está pactada dentro de un contrato preexistente más amplio como ocurrió en el caso "Petromec" **(32)**. En cualquier caso, la exigencia de un deber de obrar de buena fe en la fase precontractual puede ser, en general, descartada por falta de certeza y porque los daños resultan muy difíciles de estimar, dado que el resultado al que hubiera llevado la negociación en caso de haberse continuado será siempre desconocido **(33)**.

Lo anterior se vincula con otro de los principios tradicionales del derecho inglés en lo que respecta a documentos precontractuales, que es la denominada *all or nothing rule* ("regla del todo o nada"), según la cual los tribunales ingleses tienen preferencia por categorizar un documento como totalmente contractual y, por ende, exigible en todos sus términos o, por el contrario, enteramente no contractual y ninguna de sus previsiones vinculantes legalmente para las partes **(34)**. Esta aproximación vuelve ciertamente riesgosa bajo este derecho la incorporación de cláusulas que pretenden ser obligatorias (como la distribución de los gastos de la negociación o un pacto de confidencialidad) dentro de una carta de intención desprovista de tal carácter **(35)**.

Por el contrario, las partes pueden privar de todo valor legal a una carta de intención con la sola mención de que lo previsto en ella queda sujeto a la formalización del contrato definitivo (*subject to contrat* o expresión similar), aun en el caso de que todas las cláusulas del contrato definitivo hayan sido acordadas y no quede pendiente negociación alguna **(36)**. En derecho inglés, la sola indicación de que un documento se ha emitido *subject to contract* es suficiente para negarle cualquier valor legal **(37)**.

(30) [1992] 2 A.C. 128; Neill 108 L. Q.R 405.

(31) En este caso, se discutía en verdad la validez de un acuerdo de exclusividad (*lock-out agreement*). El tribunal consideró que un acuerdo de ese tipo era inejecutable si no iba acompañado de un plazo de duración, y que tampoco podía interpretarse como una obligación implícita de seguir negociando de buena fe, dado que el contenido de tal obligación era demasiado incierto para ser exigible. Al respecto, se ha señalado: "In this case the parties had no expressly agreed to negotiate in good faith. The agreement in question was a lock-out agreement, which was found to be unenforceable because it failed to stipulate the time period of exclusivity. The Walfords argued that the lock-out agreement was 'unworkable', unless it was interpreted as imposing an implied obligation to negotiate in good faith. Lord Ackner found that a lock-out agreement did not impose a positive obligation to negotiate to be effective as its utility lay in imposing a negative obligation no to negotiate with third parties. However, he took the matter further by explaining that the main reason such a term could not be implied was because agreements to negotiate, like agreements to agree, are unenforceable because they are inherently uncertain" (KLEINHANS, B. L. E., "Pre-Contractual Agreements", Stellenbosch University, mar. 2020).

(32) "Petromec Inc. v. Petroleo Brasileiro SA Petrobras" [2005] EWCA Civ 891. Sin embargo, en casos posteriores se señaló que lo resuelto en "Petromec" era una excepción a la regla general de la falta de exigibilidad de cualquier obligación de negociar de buena fe [conf. "Charles Shaker v. Vistajec Group Holding SA", [2012] EWHC 1329 (Comm)]. Otros pronunciamientos, no obstante, sí han admitido la posibilidad de una obligación de este tipo en fase negocial —v.gr., "Yam Seng Pte Ltd. v. International Trade Corp" [2013] EWHCE 111 (QB); "Emirates Trading Agency LLC v. Prime Mineral Exports Private Ltd" [2014] EWHC 2014 (Comm)—, por lo que puede hablarse de una cierta tendencia a, en determinados supuestos, conceder un recurso judicial para exigir el cumplimiento de una obligación de negociar de buena fe, en particular, cuando las partes prevén con suficiente grado de certeza cuáles son los comportamientos que deben esperarse de un compromiso de este tipo (conf. CHEN, J. "Should English Contract Law adopt a general duty to negotiate in Good Faith" [2017] 4 BLR 1819).

(33) "Courtney and Fairbairn Ltd. v. Tolaini Brothers (Hotels), Ltd.", [1975] 1 All E. R. 716; [1975] 1 W.L.R. 297.

(34) Conf. LAKE, Ralph B. – DRAETTA, Ugo, ob. cit., p. 86.

(35) *Ibid.*, p. 120.

(36) Conf. "Bunker -Smith v. Freeza Meat Ltd" [1987] BTLC 20 (HHLJ Neil), *inter al.*

(37) TREITEL, Edwin P., ob. cit., 4-006, p. 173. Conforme se ha señalado en relación con la expresión subject to

Consecuentemente con lo anterior, de forma general, la ruptura de las negociaciones en derecho inglés no da derecho a reclamar daños, salvo que se acredite alguna forma de *misrepresentation* **(38)**, es decir, la confianza legítima de una parte en las afirmaciones engañosas de la otra **(39)**. También en algunos casos se ha recurrido a la indemnización *quantum meruit*, basada en el enriquecimiento ilícito, para compensar los trabajos y los gastos realizados antes de la ruptura de las negociaciones **(40)**.

*III.2. Estados Unidos*

El fallo más trascendente dictado en este país en relación con la validez de documentos precontractuales es el ya citado "Pennzoil v. Texaco", en el que se condenó a esta última empresa a pagar la friolera de U$S 11.1 billones en concepto de daños **(41)** por interferir dolosamente (*tortious interference with contract*) en un acuerdo para la compra de acciones de la compañía Getty Oil por parte de Pennzoil.

El tribunal de Texas **(42)** interviniente en ese asunto —en juicio por jurados— entendió que el *memorandum of understanding* firmado por Getty Oil y Pennzoil, unido a una nota de prensa emitida por ambas partes en la que señalaban que habían alcanzado un acuerdo marco (*agreement in principle*) para la venta de las acciones de Getty Oil, sujeto a la ejecución de un contrato definitivo de fusión (*subject to execution of a definitive merger agreement*), demostraba que las partes habían alcanzado un acuerdo definitivo y, por tanto, el contrato para la adquisición de Getty Oil por parte de Texaco (firmado al día siguiente de la emisión de la nota de prensa que comunicaba el "acuerdo en principio" entre Getty Oil y Pennzoil) constituía una interferencia ilegítima de Texaco con una transacción ya completada **(43)**.

Este fallo evidenció la gran incertidumbre y los enormes riesgos que implica la documentación precontractual, así como el distinto alcance en comparación con el derecho inglés que la fórmula *subject to contract* tiene en este país **(44)**. Bajo el derecho norteamericano, una expresión de este tipo no garantiza totalmente que las tratativas previas van a ser consideradas como no vinculantes **(45)**.

---

contract, "These 'hallowed', 'mystic words', have become 'a sort of formula' indicating that a writing is not contractually biding, and testimony that a user of the phrase did not subjectively intend it to have its objective meaning disregared" (LAKE, Ralph B. – DRAETTA, Ugo, ob. cit., p. 67).

(38) Tal es lo que ocurrió en el ya citado "Walford v. Miles", en donde se indemnizó la confianza del Sr. Miles inducida por los Sres. Walford, quienes habían dado a entender que no se encontraban negociando con terceros, lo que a la postre resultó falso.

(39) La *misrepresentation* para dar lugar a responsabilidad exige una declaración o acto falso, que sea sustancial y que la otra parte haya confiado en ella. Conf. TREITEL, Edwin P., ob. cit., p. 361.

(40) Conf. "British Steel Corporation v. Cleveland Bridge and Engineering Co Ltd.", [1984] 1 All ER 504 (QBD) 504; y también "Cobbe v. Yeoman's Row Management Ltd." [2008] 1 W.L.R. 1752.

(41) Texaco fue condenado pagar US$ 7,53 billones de daño emergente (*actual damages*) y US$ 3 billones de daño punitivo. La apelación redujo este último rubro a US$ 1 billón. El impacto de esta sentencia sobre Texaco fue tal (el valor neto total de la compañía en ese momento se estimaba en US$ 9,5 billones) que tuvo que presentarse en concurso de acreedores. Finalmente, Pennzoil acordó cerrar el caso con una indemnización de US$ 3 billones. Las dramáticas consecuencias de este caso hicieron que la comunidad de negocios, particularmente en EE. UU., atravesara un periodo en la que fue muy reticente a usar cartas de intención, fenómeno que se denominó el "Texaco chill" (TREITEL, Edwin P., ob. cit., p. 170).

(42) En un primer momento, Pennzoil demandó a Getty Oil ante los tribunales de Delaware por cumplimiento del *memorandum of agreement*, incluyendo un pedido preventivo similar a una medida de no innovar. Esta moción fue denegada, tras lo cual Pennzoil demandó a Texaco por daños ante los tribunales de su domicilio en Texas.

(43) Para un detalle de los hechos y el procedimiento seguido en este caso, puede verse LAKE, Ralph B. – DRAETTA, Ugo, ob. cit., ps. 130 y ss., y también FONTAINE, Marcel – DE LY, Filip, ob. cit., p. 41. Para un resumen en castellano, véase PAPA, Rodolfo G., ob. cit.

(44) Es notable destacar que en un fallo 3 años anterior al aquí comentado —"Reprosystem, B.V. v. SCM Corp." (1984) 757 F.2d 257 (2d. Cir.)—, ante una situación fáctica bastante similar a la de Pennzoil, la Corte de Apelaciones de Nueva York, revirtiendo lo dispuesto por la instancia anterior, entendió que en el acuerdo marco (*agreement in principle*) comunicado por el demandado mediante una nota de prensa que establecía que "the proposed sale of the European copier business is subject to a definitive agreement expected to be reached soon", no era vinculante para las partes dado que, por su complejidad, se trataba de un tipo de negocios en el que típicamente las partes no se consideraban obligadas hasta la firma del contrato final.

(45) Aunque existen casos en la jurisprudencia norteamericana en la que la expresión *subject to contract* o

Otros casos resueltos por los tribunales norteamericanos han tratado de aportar alguna certeza sobre en qué supuestos un documento precontractual puede ser considerado vinculante. Tal es el caso del llamado *Wiston test* **(46)**, desarrollado por los tribunales neoyorkinos, y que establece cuatro factores que deben ser tenidos en cuenta para determinar si la intención de las partes fue celebrar un precontrato obligatorio **(47)**.

Por otra parte, nuevamente al contrario de lo que ocurre en el Reino Unido, los tribunales norteamericanos están cada vez más dispuestos a reconocer la validez de obligaciones de negociar de buena fe insertas en cartas de intención y documentos precontractuales en general. Así se resolvió en los casos clásicos en la materia "Itek" **(48)**, "Channel Home Centers" **(49)** y "Tribune" **(50)**, postura seguida en otros pronunciamientos posteriores **(51)**, aunque no de forma unánime **(52)**. En lo que respecta al contenido de esta obligación de negociar de buena fe **(53)**, se ha señalado, entre otros, que ella se opone a conductas que impliquen renunciar a la transacción, abandonar las negociaciones o insistir en condiciones que no se adecuen a lo ya pactado **(54)**, así como de forma general im-

similar tuvo el efecto de negar cualquier exigibilidad jurídica al documento. Ver, p. ej., "Interway, Inc. v. Alagna", 407 N.E. 2d 615 (III Aps. 3d 1980); Íd., "Chromalloy American Corp. v. Universal Housing Systems", 495 F. Sups. 544 (S.D.N.Y. 1980); y "Empro Manufacturing Co., Inc v. Ball-Co Manufacturing, Co", 870 F.2d 423 (7th Cir 1989). Para un análisis de este último caso, puede verse BENSHAHAR, Omri, "Pre-closing Liability", *The University of Chicago Law Review*, 77:977.

(46) Recibe este nombre en razón de su aplicación en el caso "Wiston v. Mediafare Entertainment Corporation" (1985) 777 F 2d 78 (2d Cir.), aunque, en verdad, algunos casos anteriores ya aplicaron el criterio de los cuatro factores objetivos para precisar la intención de las partes, por ejemplo, en "R.G. Group, Inc. v. Horn & Hardart Co." (1984), 721 F. 2d 69 (2nd Cir.).

(47) Los cuatro pasos que el test debe evaluar son 1) si existió una reserva expresa de las partes de quedar obligados solo si se celebra un contrato posterior ("express reservation of the right not to be bound in the absence of a writing"), 2) si hubo una ejecución parcial del contrato ("parcial performance of the contract"), 3) si se alcanzó un acuerdo sobre los términos esenciales del contrato ("complete agreement on essential terms") y 4) la complejidad de la transacción tomada en mira ("whether the agreement at issue is the type of contract that is usually committed to writing").

(48) "Itek Corp. v. Chicago Aerial Industries", 248 A.2d 625 (Del. 1968).

(49) "Channel Home Centers Division of Grace Retail Corp. v. Grossman" (1986) 795 F.2d 291 (3d Cir.).

(50) "Teachers Insurance and Annuity Association v. Tribune Company" (1987) 670 F Supp 491 (S D N Y) 498. En este caso, el juez Leval señaló que existían dos tipos de instrumentos precontractuales: los de tipo 1 eran contratos completos que contenían todos los elementos esenciales del contrato principal y que eran precontractuales solamente en forma, no sustancialmente. En este supuesto, la conclusión de un contrato final es preferible pero no imprescindible. Los de tipo 2 eran contratos parciales o incompletos, normalmente referidos como contratos para negociar. Este tipo de acuerdos no son obligatorios para las partes en lo que respecta a la celebración del futuro contrato, pero si las obliga a negociar los términos pendientes de buena fe con miras a alcanzar el contrato objetivo del acuerdo. Según explicaba el juez Leval, "parties can bind themselves to a seemingly incomplete agreement in the sense that they accept a mutual commitment to negotiate in good faith in an effort to reach final agreement within the scope that has been settled in the preliminary agreement".

(51) Por ejemplo, entre otros, en "Copeland v. Baskin Robbins USA", 117 Cal Rptr 2d 875 (Cal. Ct App 2002) 878; "Brown v. Cara" (2205) 420 F 3d 148 (2nd Cir.); y "Siga Technologies Inc v. PharmAthene Inc." (2013) 67 A 3d 330 (Del.).

(52) Además de en el asunto "Reprosystem" ya comentado (v. nota 44), puede mencionarse también "Feldman v. Allegheny International" (1988) 850 F.2d 1217 (7th Cir.), en donde la Corte de Apelaciones con base en Chicago encontró una obligación de negociar de buena fe muy incierta como para ser reclamada judicialmente ("too uncertain to be enforceable").

(53) Existe cierto escepticismo en algunos comentaristas sobre cuáles son los contenidos concretos de una obligación de negociar de buena fe y cómo es posible evaluar su cumplimiento (o no), en particular, en un derecho como el del *common law* con un fuerte rechazo a las abstracciones y a los conceptos jurídicos indeterminados como lo es el de la buena fe. Así, se ha afirmado que el concepto de buena fe en muchos casos se utiliza como una suerte de coartada para el ejercicio de la intuición judicial ("frequently appears as a license for the exercise of judicial intiution"). BURTON, "Breach of Contract and the Common Law duty to perform in Good Faith", 94 *Harvard Law Review*, 369, 370 (1980), citado por LAKE, Ralph B. – DRAETTA, Ugo, ob. cit., p. 167.

(54) Conf. fallo "Tribune Co", cit.: "The obligation does, however, bar a party from renouncing the deal, abandoning the negotiations, or insisting on conditions that do not conform to the preliminary agreement".

pone un deber negociar de forma honesta y con la intención de avanzar hacia el acuerdo **(55)**.

En cuanto a la reparación del incumplimiento de una obligación de negociar de buena fe, en el asunto "Siga Technologies v. Pharmathene" **(56)**, la Corte Suprema de Delaware consideró un remedio apropiado la indemnización por cumplimiento (*expectation damages*) y no meramente por la confianza frustrada, al considerar un hecho probado que las partes habrían acordado la celebración del contrato si hubieran continuado negociando de buena fe. Sin embargo, esta no puede considerarse una postura mayoritaria en el derecho norteamericano actual y, de forma general, la tendencia es a compensar el interés de confianza bajo la llamada doctrina del *promisory estoppel* **(57)**.

## IV. Las cartas de intención en algunos países regidos por el derecho civil

### *IV.1. Francia*

La modificación del régimen de los contratos del Código Civil francés ocurrida entre los años 2016 y 2018 **(58)** estableció, con carácter de orden público, la negociación de buena fe de los contratos [conf. nuevo art. 1104 **(59)**] e incluyó toda una subsección, inexistente previamente, dedicada a la negociación contractual. En ella se establece el principio general de que las partes son libres para el inicio, la continuación y la ruptura de las negociaciones, siempre que satisfagan de forma imperativa las exigencias de la buena fe [conf. art. 1112 **(60)**]. El mismo Código, en su nueva versión, desarrolla dos deberes que componen esta obligación de buena fe, el de brindar información cuya importancia sea determinante para el consentimiento de la otra parte **(61)** y el de confidencialidad **(62)**.

Bajo el derecho francés, por tanto, las partes son libres de abandonar las *pourparlers*, pero este derecho no puede ser ejercido de forma desleal o abusiva **(63)**. La jurisprudencia se ha encargado de señalar en qué supuestos esta ruptura podrá considerarse abusiva, criterios que incluyen **(64)** el estado avanzado de las

(55) Farnsworth identificó siete causales de *unfair dealing*: negativa a negociar, tácticas impropias como, por ejemplo, inflexibilidad extrema, propuestas irrazonables, negativa a entregar información relevante (*nondisclosure*), negociaciones paralelas, renegociación de términos acordados (*reneging*) y, en algunas circunstancias, ruptura de las negociaciones. Conf. FARNSWORTH, ob. cit.

(56) "Siga Technologies Inc v. PharmAthene Inc.", (2013) 67 A 3d 330 (Del.).

(57) Conf. IRAKLI, Tedoradze, "The principle of Freedom of Contract, Pre-Contractual Obligations Legal Review English, EU and US Law", *European Scientific Journal*, Feb. 2017, vol. 13, nro. 4; LIAKOPOULOS, Dimitris, "Responsabilidad precontractual para transacciones extraordinarias en países de derecho consuetudinario", *Estudios de Derecho Empresario*, vol. 20, 2020.

(58) Esta reforma se llevó a cabo en primer lugar mediante la ord. 2016-131 de 10/02/2016, relativa a la reforma del derecho de los contratos, del régimen general y de la prueba de las obligaciones, que entró en vigor el 01/10/2016 y fue ratificada, con cambios, por la ley 2018-287 de 20/04/2018.

(59) Esta norma dispone: "Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi. Cette disposition est d'ordre public".

(60) El párr. 1º del art. 1112 establece: "L'initiative, le déroulement et la rupture des négociations précontractuelles sont libres. Ils doivent impérativement satisfaire aux exigences de la bonne foi".

(61) Conf. art. 1112-1. Sin embargo, esta norma aclara que este deber no incluye el de informar sobre el valor de la prestación, siguiendo de esta forma la jurisprudencia establecida por la Corte de Casación en el asunto "Baldus" (Cass. Civ. 1ère, 03/05/2000, nro. 98-11.381), en el sentido de que la buena fe no obliga al comprador a informar al vendedor que el objeto de la operación tiene un valor mayor al precio fijado por este último.

(62) El art. 1112-2 dispone: "Celui qui utilise ou divulgue sans autorization une information confidentielle obtenue à l'occasion des négociations engage sa responsabilité dans les conditions du droit commun".

(63) Este principio ha sido reconocido, entre otros, en los siguientes fallos: Cass. Com., 20/03/1972, nro. 70-14154; Cass. Com., 08/11/2005, nro. 04-12322; Cass. Com., 18/01/2011, nro. 09-14617; Cass. Com., 07/03/2018, nro. 16-1860.

(64) Un fallo reciente incluye una síntesis de estos criterios: "Il sera ajouté que pour apprécier le caractère fautif de la rupture de pourparlers contactuels, il convient de prendre en considération notamment la durée et l'état d'avancement des pourparlers, le caractère soudain de la rupture, l'existence ou non d'un motif légitime de rupture, le fait pour l'acteur de la rupture d'avoir suscité chez son partenaire la confiance dans la conclusion du contrat envisagé ou encore le niveau d'expérience professionnelle des participants". (CA Paris, pôle 5 - Ch. 9, 29/11/2018, nro. 15/14661.

negociaciones **(65)**, el carácter súbito **(66)** o la inexistencia de un motivo legítimo de ruptura **(67)**, así como la confianza de una de las partes inducida por la otra de que el contrato se celebraría **(68)**.

En cuanto a la extensión de la indemnización por la ruptura de las negociaciones, el nuevo art. 1112, párr. 2º, Cód. Civil francés, siguiendo la jurisprudencia previa, en particular, la del *leading case* "Manoukian" **(69)**, la limita al llamado interés negativo, es decir, los gastos incurridos durante la negociación frustrada, y excluye expresamente tanto la pérdida de las ventajas esperadas por el contrato no concluido como la pérdida de la chance de obtener esas ventajas **(70)**.

*IV.2. Alemania*

En este país se ha desarrollado la doctrina de la culpa *in contrahendo* (*Verschulden bei der Vertragsanbahnung*), cuyo origen es atribuido a Ihering **(71)**, en virtud de la cual la parte culpable de que un contrato se frustre o resulte nulo debe indemnizar a la otra parte el interés negativo (*negatives Vertrauensinteresse*) sobre la base de que se ha establecido entre ellas una relación de confianza (*qualifizierten Vertrauensbestand*) configuradora de un cuasicontrato. Esta doctrina, introducida inicialmente en el derecho positivo alemán por vía jurisprudencial en casos como el de "los rollos de linóleo" **(72)**, hoy se encuentra incorporada en el Código Civil alemán - *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB), en el art. 311[2] BGB **(73)**, tras la modernización del derecho de las obligaciones de dicho Código ocurrida en 2002. De esta forma, durante la negociación contractual, las partes deberán tener en cuenta los intereses de la contraria y no incurrir en una conducta negligente que los obligue a indemnizar el interés de la confianza decepcionada **(74)**.

No obstante lo anterior, bajo el derecho alemán las partes son libres de retirarse de las negociaciones en cualquier momento antes de la conclusión del contrato —aun con negociaciones avanzadas— sin que, de forma general, la

(65) Cass. Civ. 1ère, 14/06/2000, nro. 98-17494.

(66) Cass. Com., 22/04/1997, nro. 94-18953.

(67) Cass. Com., 07/04/1998, nro. 95-20361; Cass. Com., 11/07/2000, nro. 97-18275.

(68) Cass. Com. 31 1992, nro. 91-14867; Cass. Civ 1ère, 06/01/1998, nro. 95-19199; Cass. Com., 03/05/2012, nro. 11-14959.

(69) Cass. Com., 26/11/2003, nro. 00-10.243. En esa oportunidad, la Corte de Casación señaló que "une faute commise dans l'exercice du droit de rupture unilatéral des pourparlers précontractuels n'est pas la cause du préjudice consistant dans la perte de chance de réaliser les gains que permettait d'espérer la conclusion du contrat" y también que "le préjudice subi par la société A.M. n'incluait que les frais occasionnés par la négociation et les études préalables auxquelles elle avait fait procéder et non les gains qu'elle pouvait, en cas de conclusion du contrat, espérer tirer de l'exploitation du fonds de commerce ni même la perte d'une chance d'obtenir ces gains".

(70) El art. 1112 parr. 2º citado, establece que "en cas de faute commise dans les négociations, la réparation du préjudice qui en résulte ne peut avoir pour objet de compenser ni la perte des avantages attendus du contrat non conclu, ni la perte de chance d'obtenir ces avantages".

(71) VON IHERING, Rudolf, "De la culpa *in contrahendo* de los daños e intereses en las convenciones nulas o que quedaron imperfectas", de 1861. En verdad, la tesis de Ihering tuvo como objetivo principal subsanar las falencias del derecho romano, vigente en Alemania en ese momento, en relación con la responsabilidad vicaria o por hechos de un tercero. Para Ihering, la culpa *in contrahendo* es de naturaleza contractual, pues se ubica en el período de formación del contrato; para justificar tal postura señaló la existencia de un preacuerdo tácito entre los negociantes, cuyo contenido eran las reglas a las que se sujetaría la negociación. El quebrantamiento de aquel pacto es el que acarrearía responsabilidad. Según una frase muy recordada, para Ihering "la culpa *in contrahendo* no es otra cosa que la culpa contractual en una dirección especial". Cit. por JALIL, Julia E., "La responsabilidad precontractual en el Código Civil y Comercial", RCyS 2019-VII, 3, AR/DOC/396/2019.

(72) "Linoleumrollenfall", RGZ 78, 239 (1911). Para un comentario y un extracto de este fallo en castellano, puede verse, SCHMIDT, Jan P., "Sentencias famosas: Alemania. Sobre el caso de los 'rollos de linóleo'", RDP, nro. 24, enero-junio 2013, ps. 329-334.

(73) Esta norma debe leerse en conjunción con el art. 241 BGB que establece la obligación de tener en cuenta los derechos, bienes jurídicos e intereses de la otra parte y el art. 280(I) BGB que sienta el principio de que la violación de un deber genera la obligación de indemnizar los daños, teniendo como resultado la protección de los intereses precontractuales (*vorvertragliches Schutzverhaeltnis*) de las partes involucradas en una negociación.

(74) Al respecto puede verse por ejemplo la sentencia BGH NJW 1996, 1885.

otra parte se encuentre legalmente habilitada a considerar que el contrato iba a ser completado **(75)** y sin, por tanto, dar lugar a responsabilidad **(76)**. Por otra parte, este ordenamiento reconoce dos tipos de documentos precontractuales: el *Vorvertrag*, un precontrato bilateral, vinculante a pesar de que existan cuestiones pendientes de negociación o de mayor elaboración **(77)**, y el *Vorfeldvertrag*, que contiene obligaciones sobre la manera en que se desarrollarán las negociaciones, pudiendo contener obligaciones referidas a la confidencialidad o a la protección de marcas entre otras **(78)**.

*IV.3. España*

El Código Civil español de 1889 no contiene previsiones sobre la fase precontractual pero sí un deber genérico de actuar de buena fe (conf. art. 7º, Cód. Civil), extensivo al ámbito de los contratos (art. 1258, Cód. Civil) y que alcanza también las tratativas contractuales **(79)**. De forma general, las cartas de intenciones constituyen declaraciones de voluntad para negociar, insertas dentro de los tratos preliminares sin eficacia obligacional **(80)** y que no obligan a la celebración del contrato definitivo **(81)**, distinguiéndose de esta forma del precontrato que contiene todos los elementos del contrato definitivo **(82)**, pero cuya perfección las partes aplazan **(83)**. Sin embargo, si la carta contiene todos los elementos de la oferta, su aceptación perfeccionará el contrato **(84)**.

La ruptura injustificada de los tratos previos que ha producido un daño probado a una de las

(75) El derecho alemán da mucha importancia a la oferta y una parte de una negociación no puede creer en forma legítima y refrendada jurídicamente que un contrato será concluido antes de recibir la oferta. Conf. CARTWRIGHT, John, "Analyse comparée de la responsabilité précontractuelle dans les droits européens", en DESHAYES, Olivier (dir.), *L'avant-contract - Actualité du processus de formation des contrats*, Collection CEPRISCA, 2008.

(76) Tal fue lo resuelto, entre otras, en las sentencias OLG Stuttgart WM 2007, 1743; y OLG Hamm 2008 764, 766. Sin embargo, esta conclusión puede no ser siempre válida y, en algunos casos, se ha considerado responsable a una parte por las rupturas de las negociaciones cuando la otra parte tenía motivos para esperar que el contrato se celebrara, habiéndose alcanzado un principio de acuerdo en el que contrato definitivo era una mera formalidad. Cfr. BGH 06/02/1969, Lindenmaier - Möhring, § 276 nro. 28.

(77) El *Vorvertrag* es un precontrato y, por tanto, otorga una obligación vinculante para las partes de celebrar el contrato principal. Conf. MARKESINIS, B. — UNBERATH, H. – JOHNSTON, "The German Law of Contract: A Comparative Treatise", 2006, 2ª ed., p. 78.

(78) Conf. LAKE, Ralph B. – DRAETTA, Ugo, ob. cit., p. 78. "A *Vorfeldvertrag* contains precontractual obligations concerning such matters as confidenciality requierements and trademark protection related to the conduct of negotiations".

(79) Los tratos preliminares se han definido jurisprudencialmente como "el conjunto de actos y operaciones que los intervinientes y adláteres realizan con el fin de discutir y preparar un contrato. Y desde luego hay que afirmar que dichas operaciones se desenvuelven en un área nebulosa y desde luego evanescente, pues las mismas hay que enfocarlas desde un punto de vista muy amplio —ideas, especulaciones, planteamientos— pero que siempre tendrán un denominador común, como es no suponer acto jurídico alguno, ya que de dichas referencias operaciones no se derivan, de manera inmediata, efectos jurídicos mensurables", sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 19/11/2020, EDJ 2020/76820, citando STS de 16/12/1999, rec. 147/1995.

(80) Sent. Trib. Sup. (Civil), 25/06/2014, EDJ 2014/176190.

(81) Sent. Trib. Sup. (Civil), 03/06/1998 (RJ 1998, 3715).

(82) Sent. Trib. Sup. (Civil), 30/01/2008, EDJ 2008/5027. En esa sentencia se afirma que "el precontrato es el proyecto de contrato en el sentido de que las partes, por el momento, no quieren o no pueden celebrar los contratos definitivos y se comprometen a hacer efectiva su conclusión en tiempo futuro (sentencia de 04/07/1991), conteniendo ya los elementos del contrato definitivo, pero cuya perfección las partes aplazan (sentencia de 3 de junio de 1994); es ya un contrato completo, que contiene sus líneas básicas y todos los requisitos, teniendo las partes la obligación de colaborar para establecer el contrato definitivo (sentencia de 23 de diciembre de 1995); la relación jurídica obligacional nace en el precontrato y en un momento posterior se pone en vigor el contrato preparado (sentencia de 11 de mayo de 1999). Siendo de destacar (lo que recoge la sentencia de 11 de abril de 2000 en un caso de precontrato unilateral) que es esencial, en su concepto, el que 'no necesita actividad posterior de las partes para desarrollar las bases contractuales contenidas en el convenio bastando la expresión de voluntad de optante para que el contrato de compraventa quede firme, perfecto y en estado de ejecución, obligatorio para el cedente, sin necesidad de más actos, lo que la diferencia del *pactum de contrahendo* (tal como dicen literalmente las sentencias de 23 de diciembre de 1991 y 17 de marzo de 1993 y reiteran las de 16 de octubre de 1997 y de 15 de diciembre de 1997)'".

(83) *Ibid.*

(84) Sent. Trib. Sup. (Civil) de 10/10/1980, nro. 292.

partes genera la obligación de reparar fundada en la doctrina de la *culpa in contrahendo* **(85)** y la responsabilidad extracontractual del art. 1902, Cód. Civil **(86)**. La indemnización alcanza al interés negativo que da lugar al reembolso de los gastos realizados, sin que ello suponga impedir que dentro del interés negativo se indemnice el daño patrimonial sufrido, debidamente probado. En ningún caso alcanza el llamado interés positivo o la pérdida de oportunidades, como el beneficio que podría obtener la parte perjudicada si se hubiese celebrado el contrato. Se trataría tan solo de colocar a la parte perjudicada en aquella situación en que se habría encontrado si la carta de intenciones no se hubiere suscrito **(87)**.

Por último, en el derecho español se acepta de forma general la validez de una cláusula de no vinculación —incluso se la señala como una de las finalidades típicas de la carta de intenciones **(88)**—. Sin embargo, si la conducta posterior de las partes indica su intención de obligarse, el contenido de la carta puede resultar vinculante no obstante la cláusula que le niega tal valor —conf. art. 1282, Cód. Civil **(89)**—.

*IV.4. Italia*

El *Codice Civile* de 1942 prevé la obligación de las partes de comportarse de buena fe durante el desarrollo de las negociaciones y en la formación del contrato (art. 1337) y el deber de informar cualquier causa de invalidez del contrato, debiendo en caso contrario reparar el daño sufrido por la otra parte por haber confiado, sin su culpa, en la validez del contrato (art. 1338). La reparación será la relativa al interés de la confianza (*interessi negativi*), es decir, el reembolso de los gastos incurridos durante la fase precontractual y, eventualmente, los vinculados a la pérdida de la chance de otras oportunidades **(90)**. El *contratto preliminare* o *precontratto* también está contemplado en el art. 1351; debe contener todos los elementos del *contratto definitivo* y el juez puede ordenar el cumplimiento específico en caso de que una de las partes se niegue a entrar en el contrato posterior.

En lo que respecta a la casuística, resultan referencias clásicas las sentencias del asunto "SME" **(91)**, en el que las partes, la compañía estatal Istituto per la Riconstruzione Industriales ("IRI") y la empresa alimenticia Buitoni SpA, habían preacordado —mediante un documento sin título que lo calificara jurídicamente— la venta a esta última de las acciones de SME, otra empresa de alimentación de la que la IRI era propietaria. La transacción debía completarse el 10/05/1985, pero estaba sujeta a la aprobación del directorio de IRI —la cual debía limitarse expresamente a lo pactado en el documento previo, sin posibilidad de modificarlo o aceptarlo en forma parcial— y, además, por el gobierno italiano. La operación fue aprobada por el directorio de IRI, pero no por el gobierno italiano, con lo cual IRI se negó a completar la venta. Buitoni demandó a IRI alegando que se había conformado un contrato preliminar (*contratto preliminare*), que obligaba a IRI a celebrar el contrato definitivo. Sin embargo, los sucesivos tribunales intervinientes consideraron que la intención de las partes era posponer el acuerdo de voluntades hasta el momento en que contaran con las autorizaciones y que, por tanto, la intención de IRI no era quedar vinculado al momento de la firma del documento precontractual.

(85) Ibid.: "La culpa *in contrahendo*, a su vez, nace de la ruptura injustificada de unos tratos previos que han producido un daño probado a una de las partes, naciendo para la que ha ocasionado la ruptura la obligación de repararlo, basada en el art. 1902 del Cód. Civil siempre que le sea imputable a la misma".

(86) El art. 1902 del Cód. Civil español establece: "El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado".

(87) Sent. del Trib. Sup. (Civil) de 25/06/2014, EDJ 2014/176190.

(88) CARRASCO PERERA, Ángel, ob. cit., p. 81: "El elemento definitorio por antonomasia de una carta de intenciones es la declaración hecha por el oferente, y que el destinatario acepta al firmar la carta y devolverla, de que las manifestaciones de propósitos allí contenidas no son vinculantes para ninguna de las partes".

(89) Esta norma, inserta en el capítulo referido a la interpretación de los contratos, dispone que "para juzgar de la intención de los contratantes, deberá atenderse principalmente a los actos de estos, coetáneos y posteriores al contrato".

(90) Conf. LAKE, Ralph B. – DRAETTA, Ugo, ob. cit., p. 48.

(91) "Buitoni SpA v. Istituto per la Ricostruzione Industriale", Tr. Roma, Foro Italiano I, 2284 (1986); Aps. Roma 09/03/1987 Foro I 1260; Corte di Cassazione, sezione I civile, 11/07/1988, n. 4570.

## V. Las tratativas contractuales en el Código Civil y Comercial argentino

Las tratativas contractuales constituyen todo el periodo previo a la formalización de una oferta con las características del art. 972 del Cód. Civ. y Com. **(92)**. A su vez, la doctrina, siguiendo a Faggella, divide esta etapa en dos fases: la primera, que se inicia con las tratativas negociales y concluye con la emisión de la oferta y, la segunda, desde la emisión de la oferta hasta el perfeccionamiento del contrato o bien con la terminación de las negociaciones **(93)**.

La regla general durante esa etapa es la de que las partes son libres de iniciar y abandonar las tratativas en cualquier momento (art. 990, Cód. Civ. y Com.) en ejercicio de su libertad de contratar —que incluye la de no contratar— (art. 958, Cód. Civ. y Com.) **(94)**. De esta forma, las tratativas preliminares o previas a la formación de un contrato pueden, en principio, darse por terminadas sin responsabilidad para la parte que así lo decida, pues por su propia naturaleza no ligan a los interesados y solo tienden, mediante tanteos, discusiones y propuestas tendientes a obtener la formulación de una oferta completa y definitiva susceptible de aceptación **(95)**. La *ratio iuris* detrás de este principio es facilitar el acercamiento, ya que "si se estableciese como regla el principio de responsabilidad, las partes actuarían con tal cautela y circunspección que se obstaculizaría el tráfico negocial" **(96)**.

Sin embargo, durante esa etapa precontractual las partes deben obrar con buena fe, no ejercer de forma abusiva su "derecho a no contratar" **(97)** y no dañar conforme a los deberes de prevención y reparación previstos en el nuevo Código (arts. 1710 y 1716, Cód. Civ. y Com.). En particular, deberá resarcirse a la parte que haya "confiado, sin su culpa, en la celebración del contrato" (art. 991, Cód. Civ. y Com.), es decir, "lo que se tutela es la confianza y la legítima creencia de quien tiene motivos razonables para suponer que las negociaciones llegarán a buen puerto" **(98)**. Veremos a continuación cómo juegan estos principios en los casos en los que se ha librado una carta de intención.

---

(92) Con respecto a las tratativas contractuales, se ha sostenido que "la etapa de las tratativas contractuales —o tratativas preliminares de contrato— comprende aquel momento del período precontractual anterior a la emisión de la oferta, durante el cual las partes analizan o consideran las condiciones o cláusulas de una posible contratación que podrían concluir" (HERSALIS, Marcelo, ob. cit.). Y también que "conforme el art. 991 las tratativas preliminares o etapa previa al contrato se inicia a partir de las manifestaciones de las eventuales futuras partes que denotan el período de exploración durante el cual los futuros contratantes intercambian sus puntos de vista, formulan y discuten las proposiciones que mutuamente tengan sobre una o más cuestiones concretas a fin de determinar el contenido del contrato, sin estar, por tanto, seguros de su conclusión; esa etapa finalizará con el consentimiento sobre lo convenido exteriorizando los puntos de acuerdo común. Hasta tanto no se arribe a ese punto, naturalmente, no habrá contrato" (ROVIRA, Alfredo L., ob. cit.).

(93) GUILLÉN, Natalia P. – ROMERO, Melisa, "El daño resarcible en supuestos de responsabilidad precontractual", RDCO 283, 17/04/2017, AR/DOC/3457/2017; también LEIVA FERNÁNDEZ, "Responsabilidad precontractual. Aportes para su estudio", LA LEY 1998-D, 1229, AR/DOC/5650/2001; y ROVIRA, Alfredo L., ob. cit.

(94) La misma regla proponen los Principios UNIDROIT, en los que esta norma tiene su antecedente: "Cualquiera de las partes es libre de entablar negociaciones y no incurre en responsabilidad en caso de que estas no culminen en acuerdo" (art. 2.1.15).

(95) Cfr. fallo de la CCiv. y Com. 2ª La Plata, sala II, 17/09/1957, DJBA LII-641, citado por JALIL, Julia E., ob. cit.

(96) LEIVA FERNÁNDEZ, ob. cit.

(97) Al respecto, se ha sostenido bajo la vigencia del Código anterior que "en aquellos casos en que, ejerciendo su derecho a no contratar, la parte se niegue a celebrar el negocio jurídico en algunas de las formas mencionadas en el párrafo anterior, resultará de aplicación la prohibición del abuso del derecho, consagrada en el art. 1071, Cód. Civil, y aplicable a la teoría del contrato, por tratarse de un *standard* jurídico de todo el sistema" (CNCiv., sala A, 27/12/2011, "Soria, Luis S. c. Jet Paq SA s/ daños y perjuicios", AR/JUR/90534/2011). Esta noción, cuyo origen sería Josserand (Cfr. GUILLÉN, Natalia P. – ROMERO, Melisa, ob. cit.), ha sido también destacada por la doctrina nacional, según la cual quien se aparta de manera intempestiva en las tratativas negociales incurre en un "abuso de la libertad de no contratar", que es una especie del género abuso del derecho pues, aun antes del contrato, los negociadores, si bien no están todavía ligados entre sí y pueden poner término a las tratativas libremente, deben actuar con lealtad y buena fe (LLAMBÍAS, Jorge J., "Tratado del derecho civil. Obligaciones", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, t. IV-A, p. 225).

(98) GUILLÉN, Natalia P. – ROMERO, Melisa, ob. cit.

**VI. La buena fe en la etapa precontractual: el derecho de los comerciantes y el derecho de los monjes**

Según un cliché, vigente sobre todo en el entorno anglosajón, el *common law* fue creado por comerciantes mientras que el derecho civil fue obra de monjes, queriendo de esta forma resaltar la esencia principista de este último frente al carácter eminentemente práctico del primero. Exageraciones aparte, este dicho sirve para ilustrar la distinta visión que estos sistemas jurídicos mantienen con respecto a la negociación contractual.

Como se vio, según la posición tradicional del *common law* —hoy hasta cierto punto en revisión, en particular, en los Estados Unidos— no tiene sentido reclamar buena fe durante las tratativas contractuales, ya que se trataría de una obligación muy vaga e incierta, en particular, sobre las conductas concretas a las que estarían obligadas las partes y sobre los criterios bajo los cuales medir su (in)cumplimiento **(99)**. Para el derecho anglosajón clásico, resulta una regla más clara y, además, más cercana a la realidad de los hechos que, en la negociación entre comerciantes, no debe presumirse ni exigirse buena fe.

El derecho argentino, por el contrario, en línea con los restantes países civilistas, requiere, de forma imperativa, la buena fe durante el desarrollo y, en su caso, la terminación de las tratativas contractuales. Por tanto, durante la etapa precontractual las partes deben exhibir un comportamiento leal (buena fe objetiva) y proteger la confianza que han generado en la otra parte, en este caso, de que un determinado contrato se celebrará (buena fe subjetiva) **(100)**.

Pero la observación del *common law s*obre la falta de certeza que aqueja a la regla de la buena fe en la fase negocial no deja de ser pertinente. ¿En qué consiste concretamente este deber de buena fe precontractual, esto es, a qué tipo de prestaciones de dar, hacer o no hacer están obligadas las partes en esa etapa? Algunas están previstas en el nuevo Código como el deber de confidencialidad del art. 992. Otras han sido elaboradas por la doctrina, quien ha identificado entre los llamados "deberes secundarios de conducta" aplicables a esta etapa, los de cooperación, de información y de custodia **(101)**.

Sin embargo, de forma general, queda la sensación de que, en ausencia de un compromiso escrito, estos deberes secundarios derivados del principio de buena fe tienen, en muchos casos, contornos muy indefinidos y dejan un margen demasiado amplio a la interpretación judicial, es decir, generan inseguridad y potencial litigiosidad.

Tómese, por ejemplo, el deber de información precontractual. Se ha señalado que este deber requiere que el negociante informe sin reticencia lo que conoce, incluyendo tanto las circunstancias de hecho como de derecho, a fin de evitar que el contrato nazca viciado de dolo u error **(102)**. En el marco de los contratos paritarios **(103)** cabe preguntarse qué tipo de

(99) La buena fe es un "concepto jurídico indeterminado" y como ocurre con otros de su especie (las buenas costumbres o la equidad, entre otras) "son inmediatamente captables pero difíciles de concretar en fórmulas" (LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., "Teoría de los contratos. Parte General", Ed. P. de Zavalía, p. 240).

(100) Las facetas de este principio, conforme a la clasificación clásica, incluirían la buena fe objetiva, es decir, con el comportamiento leal, probo, correcto, honesto con que es dable actuar en las relaciones jurídicas, y la buena fe subjetiva, que apunta a la protección de una creencia o certeza razonable, sea cuando se confía en la titularidad del propio derecho o interés, sea cuando se confía en la titularidad del ajeno. Parte de la consideración que las personas pueden confiar en las situaciones tal como se les presentan y ello impone una valoración de tipo subjetivo (ALTERINI, Jorge H. [dir.], "Código Civil y Comercial comentado", Ed. La Ley, t. I). Al respecto, ver también CNCiv., sala F, 14/08/1986, "Aldana Acosta, Fulgencio c. Camba Fernández, Consuelo", JA 1987-III-332.

(101) Ver LEIVA FERNÁNDEZ, ob. cit.

(102) *Ibid.*

(103) Algunos autores (Rovira) han sugerido, en relación con el deber de información precontractual, que serían trasladables los principios previstos para la contratación de consumo (arts. 1100, 1101 y 1111, Cód. Civ. y Com.) y para los contratos bancarios (arts. 1379, 1381, 1385 y 1387, Cód. Civ. y Com.). Es difícil compartir esta opinión; el deber de información en la contratación de consumo, incluyendo la bancaria, tiene un carácter tuitivo de origen constitucional que se funda en "el desequilibrio que rige entre las partes de la relación de consumo, pues es el proveedor quien accede a la información relativa al bien o servicio, forma de uso, seguridad, riesgos, etc." (OSSOLA, Federico A. – VALLESPINOS, Carlos G., "La obligación de informar, Ed. Advocatus, Córdoba, 2001, p. 19). Los contratos paritarios carecen de ese régimen protectorio salvo en casos muy puntuales de si-

información está obligada a entregar una parte en ausencia de un pacto expreso ¿debe, por ejemplo, el vendedor informar si el precio que solicita es alto o bajo? **(104)** Las legislaciones, como la francesa, que han regulado la cuestión, excluyen expresamente la valoración del precio como parte del deber de información precontractual **(105)**. Entendemos que la solución debería ser la misma en el derecho argentino.

Otro tanto ocurre con una supuesta exigencia de proporcionar información de derecho, como se ha ejemplificado con el supuesto de si un vendedor debe informar que un detector de radares que ofrece para la venta es de uso ilícito en determinada o en cualquier jurisdicción, incluso en la del lugar de celebración del negocio. Existen posturas discrepantes en la doctrina, con autores que se han pronunciado por la afirmativa (Leiva) **(106)** y otros en contra de tal obligación (Alterini) **(107)**, lo cual evidencia que, efectivamente, el contenido concreto de las conductas que requiere la buena fe precontractual, en muchos casos, no es claro.

La insuficiencia de este esquema general se acentúa en el caso de operaciones más complejas como la compraventa de una empresa, territorio típico de las cartas de intención. Nadie puede pensar, en ausencia de un documento que regule la transferencia de información, que los representantes de la empresa *target* entregarán documentación sensible de la compañía en la asunción de que rige un principio general de buena fe, que incluye el deber secundario de brindar información en el marco de las tratativas contractuales. Incluso el deber de confidencialidad fijado en el art. 992 del Cód. Civ. y Com. no resultaría garantía suficiente para una operación de este tipo y las partes producirán un documento con obligaciones concretas de confidencialidad antes de iniciar el proceso de *due diligence*.

Otro tipo de obligaciones típicas de la fase negocial como el pacto de exclusividad, difícilmente sean sostenibles en ausencia de un acuerdo por escrito, entre otras consideraciones, porque no habría un límite temporal de la exclusividad **(108)**.

---

tuaciones abusivas en el marco de contratos de adhesión (art. 988, Cód. Civ. y Com.); extender un sistema tuitivo —y, por tanto, de excepción— a supuestos para los que no ha sido previsto, no puede sino generar distorsión y un intervencionismo innecesario en la libertad de las partes.

(104) Conforme se ha dicho: "La pregunta es entonces: ¿hay un deber de informar, más allá de lo referente a los vicios de la cosa comprometida? Si se obliga a comunicar todo, no habrá competencia; si se deja librado a las partes, habrá salvajismo" (LORENZETTI, Ricardo L., ob. cit., p. 388). Enseña este autor que, al respecto, existe una postura restrictiva que sostiene que este deber consiste en la revelación de una causa de invalidez del contrato conocida o cognoscible y una perspectiva más amplia, finalmente receptada en nuestro régimen, conforme a la cual este deber consiste en hacer saber a la otra parte los hechos susceptibles de influir sobre su decisión. Y en relación con esta segunda posición favorable a una visión más amplia, añade que "se ha distinguido entre los riesgos típicos y los atípicos; no se debe informar sobre los riesgos normales de un negocio, sobre su conveniencia o no, pero sí se debe hacerlo si los riesgos son anormales", aunque concluye remarcando la falta de certeza en relación con los criterios apuntados: "Estas buenas intenciones están afectadas por la ausencia de un criterio claro para definir cuándo el riesgo es típico y cuándo es atípico, sobre todo en un contexto de grandes cambios" (LORENZETTI, Ricardo L., ob. cit., p. 391).

(105) Conf. art. 1112-1 del Cód. Civil francés: "Celle des parties qui connaît una information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'en informer dès lors que, légitimement, cette dernière ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant. Néanmoins, ce devoi d'information ne porte pas sur l'estimation de la valeur de la prestation". Esta norma sigue lo que había dispuesto previamente la jurisprudencia de ese país, en particular, en el caso "Baldus", en el que entendió que un comprador de arte no estaba obligado a comunicar el valor de una pieza, desconocido para el vendedor y que hubiera aumentado sensiblemente el precio (ver *supra* nota 61).

(106) Este autor indica que esta posición favorable a incluir el deber de preinformar los condicionamientos de derecho que afectarían a la futura transacción, está en consonancia con lo propuesto en el Anteproyecto del Código Europeo de los Contratos cuyo art. 7º establece: "Deber de información. 1. En el curso de las negociaciones, cada una de las partes tiene el deber de informar a la otra sobre toda circunstancia de hecho *y de derecho* de la que tenga o deba tener conocimiento y que permita a la otra darse cuenta de la validez del contrato y del interés en concluirlo" (destacado añadido). Conf. LEIVA FERNÁNDEZ, ob. cit.

(107) Según este autor, "no es posible conocer con certeza la información ni en internet, pues, aun aceptando que esté actualizada, y sea veraz, no hay modo de asegurarse que al concluir el análisis de la última jurisdicción no haya cambiado la solución de la primera analizada. En la práctica, la información del derecho se satisface con una mera advertencia, v.gr., 'en algunas jurisdicciones está prohibido el uso de detector de radar'" (ALTERINI, Jorge H. [dir.], ob. cit.).

(108) En el derecho inglés, estos acuerdos son válidos en la medida en que incluyan un plazo para la exclusividad. Conf. fallo "Walford v. Miles" cit. *supra*. También debe

Según una postura ampliamente difundida, la duración de la negociación es uno de los criterios a tener en cuenta para evaluar la responsabilidad precontractual **(109)**; a mayor duración, menor margen de las partes para apartarse de las tratativas sin incurrir en dicha responsabilidad. Pero, contrariamente, cuando la negociación se extiende por demasiado tiempo, el deber de no entablar negociaciones paralelas puede ir perdiendo intensidad y más justificada puede estar la postura de una de las partes de buscar otras opciones, en particular, a falta de un acuerdo expreso de exclusividad.

Por lo tanto, asiste cierta razón a la postura tradicional del *common law* de que la obligación de buena fe precontractual es incierta y que sus contornos, en muchos casos, resultan tan indefinidos que es preferible su no reconocimiento para no incluir confusión y una prudencia excesiva —los denominados *chilling effects*— en las tratativas contractuales. En este sentido, las cartas de intención pueden remediar tal imprecisión, estableciendo reglas consensuadas aplicables a la negociación contractual.

### VII. Las cartas de intención: la segunda dosis de la buena fe precontractual

Bajo la ley argentina, iniciados los tratos previos, nace *ipso iure* un deber general de actuar de buena fe durante el desarrollo y, en su caso, la terminación de la negociación. Hay determinadas conductas que resultan indisputadamente contrarias a la buena fe: por ejemplo, iniciar o continuar una negociación sin tener intención de contratar como así también hacerlo con el solo objetivo de obtener información sensible de un competidor o de bloquear las negociaciones de la contraparte con un tercero. Es claro que la parte que adopte tales comportamientos podrá incurrir en supuestos de responsabilidad *in contrahendo*.

Del mismo modo, las partes deberán informar de forma diligente cuando ya no tengan interés en la negociación y el abandono de las tratativas deberá hacerse de modo que no se perjudiquen de forma excesiva las expectativas razonables de la otra parte, criterio que debe aplicarse con gran prudencia ya que el principio general es el de la libertad de retirarse de la negociación en cualquier momento **(110)**. Finalmente, las partes deberán estar disponibles para hacer avanzar la negociación, reunirse, responder los contactos de la otra parte, etc., aunque, nuevamente, la falta de respuesta de una de las partes puede interpretarse como que ya no tenía interés en la negociación y su contraparte lo sabía o debía razonablemente intuirlo **(111)**.

---

tratarse de un llamado *lock-out agreement*, es decir, imponer una obligación negativa de no negociar con otras partes; por el contrario, un *lock-in agreement*, que impone una obligación positiva de negociar entre las partes, sería considerado muy impreciso para ser exigible judicialmente

(109) Al respecto, se ha sostenido que "la jurisprudencia y la doctrina han comenzado a diferenciar entre tratativas preliminares y tratativas preliminares avanzadas. En las primeras, como se ha visto, existen deberes (los de información, seguridad, confidencialidad, custodia) en cabeza de ambas partes que si se violan deben ser reparados. Pero cuando se habla de tratativas preliminares avanzadas se hace hincapié en la necesidad de no romper intempestivamente, sin justificación alguna y de manera incausada la negociación que, por su desarrollo, ha permitido generar en las partes una confianza cierta de que el negocio se formalizará. Y su frustración genera una responsabilidad precontractual, si culmina en daño" (BORDA, Alejandro, "La buena fe en la etapa precontractual", *Universitas*, nro. 129, jul.-dic., 2014).

(110) Como se puso de manifiesto en una vieja sentencia norteamericana, "no puede caracterizarse el propio interés como mala fe. Durante las negociaciones, ninguna propuesta puede ser señalada como deshonesta, incluso aunque parezca ofensiva para la otra parte. El recurso adecuado es retirarse de la mesa de negociaciones, no demandar por mala fe precontractual". Conf. "Feldman v. Allegheny International", 850 F. 2d 2017 (7th Cir. 1988): "One cannot characterize self interest as bad faith. No particular demand on negociations could be termed dishonest, even if it seemed outrageuos to the other party. The proper recourse is to walk away from the bargaining table, not to sue for "bad faith" in negotiations".

(111) Tal es lo que se decidió en el fallo de la CNCom., sala A, 12/04/2007, "Coy, Julio R. y otros c. Coopers & Lybrand Harteneck L. y Cía. y otra": "la experiencia enseña que la confianza de los accionados debido a la inconveniencia generada por la conducta de la contraria, al fomentar indirectamente el desinterés en continuar con las tratativas por parte de las accionadas. Tal circunstancia no puede ser obviada por la contraparte, quien insistentemente —y luego de advertir el trastorno originado en los términos de las propuestas sucesivamente formuladas— intentó infructuosamente reencarrilar las tratativas (...). No puede, consiguientemente, aludirse en el caso a un retiro intempestivo por parte de los demandados que hubiese tomado desprevenidos a los accionantes en su buena fe, pues —reitero— estos conocían perfectamente que las conversaciones habían alcanzado —más de un mes antes de producirse la adjudicación— un tono representativo

Ahora bien, otro tipo de obligaciones precontractuales requerirán de forma ineludible el acuerdo expreso. Tal es el caso del pacto de exclusividad ya señalado o el de asignación de los costos de la negociación. Asimismo, mediante la carta de intención pueden precisarse y objetivarse —traducirse en compromisos concretos y verificables— los deberes secundarios de conducta que rigen, de manera difusa, en este ámbito. Por ejemplo, en el caso del deber de cooperación, vigente, pero de contenido opinable, las partes pueden afinar sus prestaciones, programando un calendario de reuniones, acordando reglas temporales de procedimiento, estableciendo un plazo máximo para alcanzar el acuerdo definitivo, etc. Lo mismo ocurre, con mayor intensidad como ya se comentó, en el caso de los deberes de información y confidencialidad. En ausencia de reglas claras que los definan, un deber genérico al respecto no ofrece las suficientes garantías sobre su exigibilidad, especialmente en el caso de transacciones complejas.

Esta es una función típica de las cartas de intención; partiendo de un principio de buena fe precontractual de contornos y contenidos poco determinados, la carta de intención permitirá a las partes precisar, ampliar o restringir las obligaciones concretas que se derivan de tal principio así como incluir otras que difícilmente sean exigibles en ausencia de un acuerdo escrito (pacto de exclusividad, distribución de gastos, declaraciones y garantías de todo tipo, normas de procedimiento relativas a la negociación, etc.).

Las cartas de intención pueden incluso intensificar el compromiso de las partes de llegar al contrato definitivo, por ejemplo, mediante la inclusión de una cláusula de "mejores esfuerzos" (art. 774, Cód. Civ. y Com.) **(112)**. Conforme a una definición comparada clásica, esta obligación implica "no dejar piedra sin remover" **(113)** en la procura del objetivo o de la prestación a la que va asociada dicha cláusula. Si las partes comprometen sus mejores esfuerzos para negociar, se sujetan a un estándar agravado en el que deberán demostrar que hicieron todo lo razonablemente posible para concluir la negociación y limitarán su derecho a retirarse de las tratativas **(114)** hasta haber agotado las opciones de acuerdo **(115)**.

Otra forma de delimitar los deberes de buena fe durante las tratativas contractuales es a través de otra de las funciones que, tradicionalmente, cumplen las cartas de intención como es la de registrar los puntos de acuerdo y disenso que se van produciendo en el curso de la negociación **(116)**. Recoger estos puntos por escrito impide lo que en inglés se denomina el *reneging*, esto es, pretender reabrir la discusión sobre cuestiones que ya han sido pactadas. Una conducta de este tipo, en el caso de que exista una carta de intención o una minuta que exprese esos acuerdos parciales, será indicativa de mala fe.

En definitiva, las cartas de intención cumplen una clara función de simplificación probatoria y, en muchos casos, revierten la carga de la prueba que, a falta de una constancia escrita, estará a cargo del pretenso perjudicado **(117)**.

---

del fracaso de las tratativas y la consiguiente pérdida de confianza por los accionados en su prosecución".

(112) Sobre los alcances de esta cláusula, tanto en el derecho comparado como local, puede verse del mismo autor de esta nota, SYLVESTER, Pablo, "La cláusula de 'mejores esfuerzos' en el nuevo art. 774 del Cód. Civ. y Com.", ED del 07/10/2016.

(113) Este estándar fue establecido por primera vez en el fallo inglés "Sheffield District Railway Co. v. Great Central Railway Co" (1911), 27 T.L.R. 451.

(114) Conforme señaló una sentencia local, los compromisos y las manifestaciones que realizan las partes durante las tratativas, van reduciendo "el grado de aleatoriedad del negocio". C2ª Civ. y Com. Paraná, sala III, 28/09/2011, "XXX Reservado s/ incidente de medida cautelar (pieza separada III - expte. nro. 1021); AR/JUR/58442/2011.

(115) La cláusula de "mejores esfuerzos" en algunos casos, puede, por el contrario, significar un relajamiento de la obligación asumida e, incluso, desproveer de valor legal a un documento que, sin esa cláusula, lo tendría, por ejemplo, un contrato preliminar con todos los elementos esenciales del futuro contrato, pero con una cláusula mediante cual las partes acuerdan sus mejores esfuerzos para la celebración del contrato definitivo. Una mención de ese tipo, probablemente, destruiría la presunción de consentimiento sobre el contrato principal; las partes seguirían obligadas a acreditar que hicieron todo lo posible para firmar, pero la conformación del consentimiento exigiría un acto adicional de las partes.

(116) Conf. LORENZETTI, Ricardo L., ob. cit., p. 353.

(117) Cfr. CNCom., sala A, 12/04/2007, "Coy, Julio R. y otros c. Coopers & Lybrand Harteneck L. y Cía. y otra": "En la responsabilidad precontractual la carga de la prueba ha de recaer sobre el perjudicado, quien debe demostrar la culpa o dolo de la contraparte en la ruptura de las tratativas".

Con la carta de intención pueden establecerse obligaciones concretas, referidas a la negociación y verificables, facilitando sustancialmente la prueba de la responsabilidad precontractual. Los riesgos de una negociación abierta y sin compromisos concretos, más allá de un impreciso deber de buena fe, se reducen con las cartas de intención, que traducen ese principio genérico en prestaciones contrastables, susceptibles de ser probadas de forma más sencilla y acotada.

Una última consideración, de interés mayormente académico, es la de si las partes pueden expresamente pactar que quedan relevadas de negociar de buena fe. Entendemos que, bajo el derecho argentino vigente, en principio, un pacto de este tipo sería nulo dado que la regla de la buena fe de los arts. 7º y 961, Cód. Civ. y Com. es de orden público. Otra cuestión es analizar si, *de lege ferenda*, esa solución es la adecuada. En las relaciones B2B, si las partes excluyen de mutuo consenso la buena fe de sus negociaciones, no se observa qué principios superiores del ordenamiento jurídico podrían resentirse. De hecho, a un resultado similar se llega mediante una cláusula de irresponsabilidad a las que nos referiremos en el apartado siguiente y que, en general, se consideran aceptables. Impedir que las partes puedan acordar en una carta de intención que sus negociaciones no deben ajustarse a la buena fe responde a una visión tutelar, de tintes moralistas, que todavía perdura en nuestro derecho patrimonial privado, un eco del derecho "hecho por monjes" al que se aludiera previamente.

## VIII. La regulación de la responsabilidad precontractual mediante las cartas de intención: la tercera dosis

Por último, además de facilitar la prueba, las cartas de intención sirven para calibrar la responsabilidad precontractual, cuya procedencia está hoy reconocida en el art. 991 del Cód. Civ. y Com. **(118)**. En efecto, la carta de intención puede desde excluir este tipo de responsabilidad, limitar su alcance de forma expresa hasta, incluso, extender el resarcimiento más allá del interés negativo o de la confianza reservado tradicionalmente para este tipo de asuntos. De hecho, tal y como se ha señalado, "aunque parezca paradójico, el inicio de un proceso negociador sin la 'red' de una Carta de Intenciones puede producir el contraproducente resultado de exponer a ambas partes a riesgos de 'vinculatoriedad' más intensos de los que quieren asumir" **(119)**.

En primer lugar, cabe preguntarse si el hecho de que un documento se autodefina como carta de intención, hace que, automáticamente, se presuma su carácter no vinculante. La nueva norma del art. 993 del Cód. Civ. y Com. pareciera apuntar en esta dirección al establecer su falta de fuerza obligatoria salvo que contenga los requisitos de la oferta. Algunos fallos comparados **(120)** y nacionales **(121)** también se han pronunciado

(118) Mucho se ha discutido sobre si la responsabilidad precontractual es de naturaleza contractual, extracontractual o perteneciente a un tercer género, vinculado a la doctrina del abuso del derecho. En nuestro derecho, de forma mayoritaria, se ha entendido que se trata de un supuesto de responsabilidad extracontractual, con algunos fallos que han adherido a esta postura (CNCiv., sala F, 02/03/2000, "Serra, Fernando H. y otro c. Piero SAIyC", LA LEY 2000-E-373, RCyS 2000, 754, DJ 2000-3, 267, ED 191-559; CNCom., sala D, 16/11/2004 "Olivera, Héctor M. c. ICI Argentina SAIC (ex Duperial SAIC)", AR/JUR/5005/2004). Sin embargo, algunos autores (Guillén) han sostenido con firmeza que, con la sanción del nuevo Código, se ha zanjado la cuestión a favor de la tesis que propicia que la responsabilidad precontractual constituye una variante de abuso del derecho. En cualquier caso, el nuevo Código ha venido a borrar la distinción entre las categorías de contractual y extracontractual, con lo cual esta discusión carece actualmente de implicancias a efectos prácticos.

(119) CARRASCO PERERA, Ángel, ob. cit., p. 77.

(120) En derecho inglés, se ha señalado el precedente "Snelling v. Snelling", [1972] 1 All E.R. 79, en el que se definió un documento, para descartar su carácter vinculante, como una mera carta de intención ("a mere letter of intent"). En derecho norteamericano, se han citado los casos "Chicago Inv. Corp. v. Dolins", 481 N.E.2d 712 (1985), en el que se entendió que el título de carta de intención sugería negociaciones preliminares en oposición a un contrato definitivo ("The title of the document suggests preliminary negotiations as opposed to a final contrat"), y "Dubhill Secs. Corp. v. Microthermal Applications Inc.", 308 F. Sups. 195 (S.D.N.Y. 1969), en el que se tuvo en consideración que la comunidad financiera no veía una carta de intención como un documento obligatorio ("A letter of intent is a customary device used within the financial community, and it is clear that the financial community does not regard such a document as a biding agreement, but rather as an expression of tentative intentions of the parties"). Al respecto, ver LAKE, Ralph B. – DRAETTA, Ugo, ob. cit., cit., p. 7.

(121) En "Neptan c. International Container Terminal Services", citado *infra*, invocando doctrina nacional se ha sostenido que "en rigor, una carta de intención —cuan-

a favor de esta presunción de no obligatoriedad de las cartas de intención.

Pero, además, las partes pueden pactar expresamente la falta de obligatoriedad de la carta de intención. Como vimos, en particular en el derecho inglés, la leyenda *subject to contract* o similar inserta en una carta de intención, coloca automáticamente al documento en cuestión fuera del campo obligacional **(122)**. Parecida a la anterior es la cláusula de irresponsabilidad en la que las partes acuerdan que, en caso de no alcanzar el contrato, nada tendrán que reclamarse entre ellas sobre lo acontecido en la etapa precontractual.

La jurisprudencia argentina **(123)**, con anterioridad a la sanción del nuevo Código **(124)**, se pronunció a favor de la validez de estas cláusulas de irresponsabilidad en el asunto "Neptan c. International Container Terminal Services" **(125)**. En este caso, en el que se discutía la validez de una cláusula de este tipo incluida en una carta de intención **(126)**, el tribunal interviniente señaló que "para precaverse contra acciones que pretendieran hacer efectiva tal responsabilidad precontractual de naturaleza contractual, las partes pueden pactar cláusulas de irresponsabilidad para el caso de que cualquiera de ellas se retire de la negociación. Si así lo hicieran, la pertinente cláusula de irresponsabilidad es válida, siempre que el caso no se refiera a una relación de consumo". Tal es lo que aconteció en el asunto comentado en el que se declaró la irresponsabilidad de la demandada frente a los reclamos resarcitorios del actor. Estos, a tenor del tribunal, no eran procedentes "fundados en un contrato 'definitivo' pues él nunca existió. Tampoco los puede haber fundados en el rompimiento de las negociaciones que se iniciaron con la firma de la 'Carta de Intención', ya que ella misma los excluyó mediante una válida estipulación que es ley para las partes (art. 1197 del Cód. Civil)".

Por otra parte, como ya se analizó, la carta de intención puede limitar la extensión del resarcimiento que pueden reclamarse las partes en caso de fracaso de las tratativas mediante cláusulas de limitación o exención de responsabili-

---

do es redactada con un alcance como el que surge de fs. 163/166— constituye un vínculo cuyo objeto no es el bien que motivará el futuro contrato, sino la negociación en sí misma (conf. LORENZETTI, Ricardo L., ob. cit., p. 289). En otras palabras, la voluntad exteriorizada en una carta de intención se halla dirigida a producir un efecto provisorio que se agota en la preparación del contrato. Por ello, no constituye el instrumento de un acuerdo, ni obliga a quien la emite (conf. MOSSET ITURRASPE, J., ob. cit., p. 115; CERRUTI AICARDI, H., "La carta de intención y la formación del contrato", *Juris*, t. 17, ps. 351 y ss.)".

(122) En el derecho anglosajón, es, además, práctica habitual incluir, entre las cláusulas estándar que se agregan al final de todos los contratos (el *boiler plate*), la denominada *merger* o *entire agreement clause* en virtud de la cual, en la interpretación del contrato, las partes deberán ceñirse expresamente a lo previsto en este y no podrán utilizar la documentación compartida durante la fase precontractual. De esta forma, se garantiza que la documentación usada durante esa fase previa permanecerá no vinculante.

(123) La doctrina nacional, en general, también se había manifestado a favor de la validez de este tipo de cláusulas. Al respecto se había dicho que "la ruptura unilateral de las negociaciones habilitadas por una carta de intención constituye un supuesto de responsabilidad contractual, que puede generar —si es abusiva— el derecho en cabeza de la contraparte a reclamar el daño sufrido, a menos que se hubiera pactado en la carta de intención, de manera expresa, que la falta de acuerdo de voluntades en cuanto a la suscripción del contrato 'definitivo', no generará derecho a reclamo alguno por ningún concepto a favor de ninguna de las partes. Se trataría de una cláusula de irresponsabilidad que determina la improcedencia de todo reclamo indemnizatorio incluso por falta de preaviso" (BORDA, Alejandro, ob. cit.).

(124) Algunos autores (en particular, Papa en su obra citada previamente) han señalado que, con la sanción del nuevo Código, la validez de estas cláusulas de irresponsabilidad se ha visto restringida, en particular, a raíz de lo dispuesto en el art. 1743. Entendemos que la aplicación de dicha norma a las cláusulas de irresponsabilidad debe ser de carácter excepcional y estar reservada para casos flagrantes de mala fe o de situaciones abusivas evidentes. Lo contrario supondrá incluir un factor de incertidumbre en la negociación contractual y favorecer una excesiva litigiosidad, desalentando las tratativas por temor a incurrir en responsabilidades imprevistas o quedar vinculado por un acuerdo no deseado. Entre comerciantes, salvo situaciones patológicas, lo pactado entre las partes debe ser respetado.

(125) CNCom., sala D, 17/02/2010, "Neptan SA c. International Container Terminal Services y otros", LA LEY 70058642.

(126) La cláusula en cuestión rezaba: "La falta de acuerdo de voluntades que posibilite suscribir un contrato, al que es intención de ambas partes en el plazo previsto en el artículo anterior, no generará derecho a reclamo alguno por ningún concepto, a favor de ninguna de ellas. Con la sola excepción del derecho que Puerto Rosario SA reconoce, para tal supuesto, a favor de Neptan SA, a solicitar el reintegro de los gastos en que incurriera en razón de la presente carta de intención".

dad, de asunción o distribución de los gastos de la negociación, así como de imputación de estos últimos a la parte que decida retirarse de la negociación. Este control de los costos y de los riesgos —incluso "hundidos"— de la negociación es, sin duda, uno de los mayores alicientes para utilizar una carta de intención.

Por último, la carta de intención puede tener el efecto contrario, es decir, habilitar la posibilidad de demandar el resarcimiento pleno del daño ocasionado por la frustración de las tratativas. Según la tesis tradicional, en los supuestos de responsabilidad precontractual, el resarcimiento debe limitarse al interés negativo, esto es, a los gastos reales efectuados con motivo de las negociaciones, debiendo descartarse las ganancias que se dejaron de obtener **(127)**. Como se ha sostenido, "el interés negativo es el de la confianza consistente en el daño por haber confiado en la validez del negocio, y que no hubiera sufrido de otro modo, debiendo restablecerse el patrimonio a los mismos términos en que se hallaría de no haberse realizado las tratativas que condujeron al negocio nulo" **(128)**. En el interés negativo pasible de reparación se suele incluir también la "pérdida de chances", consistente en las otras operaciones demostrables que la parte perjudicada muy probablemente hubiera podido concretar si no hubiese mediado el contrato malogrado **(129)**.

Sin embargo, a raíz de la sanción del nuevo Código que, contrariamente al Proyecto de 1998, no adopta la noción de daño al interés negativo, se ha actualizado la discusión sobre la extensión del daño resarcible en los casos de responsabilidad precontractual; si comprende únicamente el citado interés negativo o si puede instarse una reparación integral con fundamento en los arts. 1738 y 1740 del Cód. Civil, que incluya la indemnización de todo daño que presente un nexo adecuado de causalidad (art. 1726, Cód. Civ. y Com.) con la ruptura de las tratativas, incluyendo el daño moral e, incluso, el lucro cesante esperado de acuerdo con la probabilidad objetiva de su obtención (art. 1738, Cód. Civ. y Com.) **(130)**.

En ese contexto, la violación de lo dispuesto en una carta de intención puede justificar el reclamo de una reparación plena, en particular, cuando dicha infracción ha sido llevada a cabo de forma dolosa **(131)**. Así, por ejemplo, podría ocurrir en el caso del incumplimiento de un pacto de exclusividad o de determinados estándares para la transmisión de la información previstos en una carta de intención. En tales supuestos, no se entiende porque la parte perjudicada debería limitar su reclamo a los gastos y a las pérdidas de chances ocasionados por la negociación y no accionar la reparación plena de todos los daños que presente una relación causal adecuada con el incumplimiento de su contraparte conforme a las reglas de los arts. 1738 a 1741 del Cód. Civ. y Com. A falta de una carta de intención o de documentos precontractuales en general, un reclamo que exceda el mero reembolso de los gastos incurridos durante la negociación será más difícil de fundamentar y, sobre todo, de probar.

### IX. Conclusiones

Las cartas de intención pueden ser herramientas muy útiles para facilitar y construir confianza durante las tratativas contractuales. Conceptos jurídicos con ribetes hasta cierto

(127) CNCom., sala D, 02/03/2010, "Bunker Diseños SA c. IBM Argentina SA", SJA del 09/02/2011; *id*.., sala F, 02/03/2000, "Serra, Fernando H. y otro c. Piero SAIyC", LA LEY 2000-E, 373, RCyS 2000, 754, DJ 2000-3, 267, ED 191-559; *id*., sala D, 16/11/2004, "Olivera, Héctor M. c. ICI Argentina SAIC (ex Duperial SAIC)", AR/JUR/5005/2004; *id*., sala C, 04/12/2012, "Ejberowicz, Fernando A. y otro c. Grupo Suar SRL s/ ordinario", *elDial.com*, AA7DCA.

(128) LEIVA FERNÁNDEZ, ob. cit.

(129) Conf. CNCom., sala C, 11/12/2001, "Benettar SA c. Benetton SPA", AR/JUR/3311/2001.

(130) Se ha mencionado (ver GUILLÉN, Natalia P. – ROMERO, Melisa, ob. cit.) a Caramelo, Papa, Robin y Cuiñas Rodríguez entre los defensores de la tesis amplia, basada en la reparación plena. Por su parte, Rovira y Guillen, entre otros, se han pronunciado en favor de la tesis restringida, limitada a la reparación del daño al interés negativo. Por último, algún autor (Di Chiazza) sostiene que ambas interpretaciones son posibles a tenor de lo dispuesto en el nuevo Código; en definitiva, será la jurisprudencia la que deba determinar cómo juegan y se complementan estas normas en los casos en los que se revisen conductas y documentos precontractuales.

(131) Se excluye el llamado *dolus bonus*, consistente en las astucias o la "habilidad" para negociar, que hace "admisible cierto grado de engaño, estrategias disuasivas, uso del poder para condicionar las decisiones del otro" (LORENZETTI, Ricardo L., ob. cit., p. 354).

punto inasibles como el de la buena fe, así como determinados riesgos y consecuencias imprevistas por las partes al iniciar una negociación como los vinculados a la responsabilidad precontractual, pueden ser pactados y gestionados preventivamente dentro de una carta de intención. Del mismo modo, la carta de intención puede impedir que las partes se comprometan o arriesguen su responsabilidad más allá de lo deseado y, de esta forma, incentivar los contactos comerciales sin cautelas excesivas. En cualquier caso, siempre será recomendable la participación de juristas en su redacción para evitar, retomando el título de esta nota, que "el diablo meta la cola".

# Hacia dónde debe ir el derecho concursal

## Prevención de las crisis e insolvencias patrimoniales (*)

Ricardo S. Prono

**Sumario:** I. Necesidad del acceso rápido y eficaz a los remedios concursales.— II. Crisis de los presupuestos, principios y caracteres del derecho concursal.— III. Ejemplos de doctrina y jurisprudencia que, en orden a lo expuesto, reafirman la necesidad de reformar la legislación concursal.— IV. Los acuerdos privados no homologados.— V. A modo de síntesis.

### I. Necesidad del acceso rápido y eficaz a los remedios concursales

Existe un reclamo o deseo muy generalizado actualmente, pero que viene desde mucho tiempo atrás, de que la legislación concursal, y el derecho concursal como sistema, logren dar herramientas anticipadas a los patrimonios en crisis o en dificultades económicas o financieras, de grandes, medianas y pequeñas empresas y patrimonios.

El acceso rápido y eficaz a los remedios concursales en situaciones de crisis patrimoniales da al deudor concretas esperanzas de salir de la crisis antes de que sea demasiado tarde, y en su caso conservar su empresa y/o actividad, y también a los acreedores para esclarecer una solución para el cobro de sus acreencias.

Como expresara Adolfo Rouillon al exponer con Marcelo Gebhardt **(1)**, "cuando uno se pregunta: ¿por qué no funcionan bien los procesos de reorganización? La respuesta siempre es: porque se llega tarde".

Decimos que este deseo viene desde mucho tiempo atrás y así lo expresó Héctor Alegria en una clásica obra ("Algunas cuestiones de Derecho Concursal", Ábaco, Buenos Aires, 1975, ps. 57 y ss.), al decir: "La legislación concursal, como primera recepción del principio de conservación, debe tener en cuenta que *la situación del concurso no debe ser causa de la desaparición de la empresa* ... La segunda consecuencia inmediata es que *la ley concursal debe organizar la adecuada prevención de las situaciones que puedan dañar la conservación de la empresa*. En ese sentido, los objetivos de conservación de la empresa *y de amplitud de solución preventiva* tienen un correlato íntimo. La tercera influencia del principio reside en advertir que, *aun caídos en situación de quiebra, en ella debe salvaguardarse la posibilidad de conservación de la empresa*... La cuarta influencia del principio se marca en que, si no es posible la conservación de la explotación, *la ley debe cuando menos tutelar la unidad patrimonial del conjunto empresa*. Y la quinta consecuencia del principio consiste en que la conser-

(*) Con base en el trabajo presentado en el Centro de Estudios de Derecho Concursal.

(1) ROUILLON, Adolfo A.N. - GEBHARDT, Marcelo, "Lineamientos para una futura reforma del Régimen Concursal Argentino", Panel del X Congreso Argentino de Derecho Concursal y VIII Congreso Iberoamericano de la Insolvencia, Facultad de Cs. Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, octubre de 2018 (t. 4, p. 90).

vación de la empresa *no depende de la conducta personal del empresario o, en su caso, de los administradores, gerentes o demás responsables".*

Ya expresamos hace décadas **(2)** que "la temática de la supervivencia de la empresa es fiel reflejo del carácter progresivo del derecho comercial en cuanto evidencia cómo esta rama jurídica es dúctil a la captación y formulación en normas de fenómenos que tienen su principal fuente en el campo de lo económico, donde dichas normas se asientan y obtienen su sentido". Y agregábamos que "este instituto nos muestra que la legislación concursal se orienta hacia el mantenimiento dinámico de la empresa útil, recurriendo al medio liquidatorio del patrimonio solo cuando las posibilidades conservatorias se hacen difíciles o notoriamente gravosas para los distintos intereses afectados".

**II. Crisis de los presupuestos, principios y caracteres del derecho concursal.**

La necesidad de actualizar y reformar el derecho concursal se evidencia en el hecho de que sus presupuestos, principios y caracteres están en crisis.

En relación con el presupuesto económico u objetivo, de la insolvencia o estado de cesación de pagos, debe verse cómo flexibilizarlo... "Al punto de tornarlo irrelevante en ciertos supuestos...No hay nadie mejor que el deudor para conocer cuál es el estado de situación que tiene. ¿Hace falta que tenga un incumplimiento generalizado...? ¿Hace falta que tenga una crisis que necesite demostrar y que resulte inminente...? Nadie como el propio deudor está en condiciones de saber cuáles son sus proyecciones y cómo él tiene conciencia de su situación"**(3)**.

También los principios concursales **(4)** sufren el embate de las críticas y de su transformación.

El tradicional principio concursal de la igualdad de trato entre los acreedores *(par conditio creditorum)*, por el cual todos los acreedores soportarán igualitariamente las pérdidas (con las excepciones de los privilegios), está reelaborándose. Por ejemplo, en ciertos casos, en los cuales para lograr el acuerdo y evitar la quiebra liquidativa haya que reconocerle a determinados acreedores (v.gr, a los denominados estratégicos, o proveedores esenciales para la continuidad empresaria), montos superiores a los verificados, el principio de conservación de la empresa puede prevalecer e imponerse sobre el de igualdad de trato, excepcionándolo **(5)**.

Algo similar puede ocurrir, y de modo similar excepcionarse, el principio de *universalidad e integridad patrimonial,* por el cual los procesos concursales abarcan todos los bienes del deudor **(6)**.

También y en aras de la conservación de empresas útiles y viables puede prevalecer este principio sobre el de concursalidad o colectividad de

(2) PRONO, Ricardo S., "Continuación de la empresa en la quiebra", Ediar, Buenos Aires, 1977, ps. 8 y 9.

(3) GEBHARDT, Marcelo, al exponer con Adolfo A.N. Rouillon en "Lineamientos para una futura reforma del Régimen Concursal Argentino", Panel del X Congreso Argentino de Derecho Concursal y VIII Congreso Iberoamericano de la Insolvencia, Facultad de Cs. Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, octubre de 2018 (t. 4, p. 92).

(4) Siempre se mencionan a los "principios" con mucho interés y cuidado porque ellos son los que estructuran, explican, justifican la materia. Son los que le dan a la ley su razón de ser. Y además sirven para interpretarla, porque si bien el texto legal actual tiene casi 300 artículos, y algunos son sumamente extensos, hay muchísimas situaciones que no tienen respuesta en la letra de la ley. Y aunque se procure llenar ese vacío estudiando en cada caso la aplicación directa, integrativa, supletoria o analógica de los demás preceptos contenidos en la ley concursal, y acudiendo a los principios estructurales del derecho de las insolvencias, la labor hermenéutica debe hacerse con cuidado por los escollos que continuamente se presentan. En la interpretación de esos problemas, cuando hay dudas de que prevalece, los principios son los que sustentan una razonable interpretación (arts. 2° y 3° del Cód. Civ. y Com.).

(5) La doctrina moderna relativiza este principio. Se nota un cierto "crepúsculo" que lo difumina. En concreto se impone la casuística en razonable armonía con reglas hermenéuticas, pero también las apreciaciones de valor que apelan a consideraciones éticas, sociales, económicas o de otras parcelas (familiares, o religiosas p, ej.). La igualdad fría y acrítica no es justicia: ALEGRIA, Héctor, "Hacia dónde va el derecho de la insolvencia: crepúsculos y alboradas", Conferencia pronunciada en el acto de clausura del X Congreso Argentino de Derecho Concursal y VIII Congreso Iberoamericano de la Insolvencia, Facultad de Cs. Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral, octubre 2018, Santa Fe, tomo IV, p. 109.

(6) Lo que fundamenta, v.gr, el desapoderamiento, el período de sospecha y demás acciones de recomposición patrimonial —con sus excepciones, por ejemplo, la inscripción del bien de familia—.

acreedores (*que alcanza o atrapa a todos los acreedores, los que deben someterse a esta legislación)*.

Y es el principio de *Conservación de Empresas* el eje rector en el cambio o *aggiornamiento* que se va imponiendo en esta disciplina. Es claramente el principio que prevalece sobre los demás. No significa que las leyes concursales sean leyes para mantener empresas inviables, pero tampoco que sean sinónimo de liquidación **(7)**.

Dice claramente Alegria: *Es necesario reafirmar las aristas de este principio en esta materia. En primer lugar, entendemos que es esencial en la consideración de la legislación y de su aplicación práctica para utilizar en los concursos en los que una unidad empresaria o varias componen el activo. Esto no ocurre en otros concursos como el del consumidor o concursos de personas físicas sin empresa. Invocar la tutela de la empresa nos remite a una consideración superior. La empresa no es solo un conjunto de bienes y personas ni una actividad. Por supuesto que lo es, pero no solo eso. La empresa trasciende su materialidad y su economicidad y es un valor que dice relación con la identidad moral de la comunidad, con las apreciaciones de sus integrantes en campos en los que se refleja la empresa, como ser el social, el cultural y también el institucional desde el punto de vista de la composición política de la sociedad. Por tanto, conservar la empresa no es solo conservar sus bienes sino también mantener en su mayor medida esos otros valores, no todos mensurables en relación con términos económicos... En este campo la alborada comenzó haces ya mucho tiempo, pero no se ha terminado de concretar en un horizonte límpido* **(8)**.

Y de los "Caracteres" del derecho concursal, mencionamos a las amplias facultades que tienen los magistrados judiciales.

Y ¿por qué el gran énfasis inquisitivo y las grandes facultades de los magistrados concursales? Porque hay intereses privados que hay que respetar. Pero hay además otros intereses que exceden lo privado (públicos o comunes)**:** la empresa como fuente generadora de trabajo y de tributos. Y sabemos, además, que la insolvencia o crisis de una empresa afecta a otros patrimonios por el *efecto dominó* o la concatenación del crédito. Por eso muchas normas legales son imperativas, es decir indisponibles para las partes y para todo involucrado (incluso para el juez); de orden público, siendo obligatorias acatarlas más allá de la autonomía de la voluntad.

Por lo demás, los poderes del juez concursal presentan como límites los impuestos por la vigencia de la garantía constitucional del debido proceso **(9)**. Y si bien el Código Civil y Comercial otorga a los jueces una mayor discrecionalidad, aumentando sus facultades (art. 3°, Cód. Civ. y Com.), la discrecionalidad no puede convertirse en arbitrariedad **(10)**. El juez concursal es director, impulsor, controlador e investigador del proceso, pero no "*dictador"...,* ni violador del derecho de defensa en juicio cuando existen posiciones controvertidas con terceros legitimados **(11) (12)**.

---

(7) Todos los medios preventivos actuales se fundan en este principio; el Ape; el concurso preventivo; los procedimientos de los artículos 48 (Salvataje); del art. 52, inc. 2, subinc. b): *crondowm power* o imposición del acuerdo por el juez a los disidentes; la 5ª vía (art. 52 *in fine:* cuando el juez, al no poder homologar una propuesta abusiva, no declara la quiebra, sino que ordena bajar el expediente para que el deudor modifique la propuesta y sea pasible de homologarse). Cfr.: PRONO, Ricardo S. - PRONO, Mariano R., "El principio de conservación de la empresa y su progresiva y vigorosa presencia en el derecho concursal", Capítulo III. "Preceptos que en la quiebra también resguardan la conservación de empresas recuperables económica y financieramente", RDPryC, 2019-2, Insolvencia-I, Rubinzal-Culzoni, 2019, ps. 394/410.

(8) ALEGRIA, Héctor, "Hacia dónde va el derecho de la insolvencia: crepúsculos y alboradas", Conferencia pronunciada en el acto de clausura del X Congreso Argentino de Derecho Concursal y VIII Congreso Iberoamericano de la Insolvencia, Facultad de Cs. Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral, octubre 2018, Santa Fe, tomo IV, ps. 110, 111.

(9) Cfr.: PRONO, Ricardo S. - PRONO, Mariano R. - MOIA, Ángel L., "El poder judicial y sus límites", en la causa Sagemüller", una respuesta razonable en la discusión sobre el voto de la controlada en el concurso de la controlante, LA LEY, 2010-E, p. 43.

(10) Cfr.: ARAZI, Roland, "La actuación del juez en el Código Civil y Comercial de la Nación", en "Presentación del Número 2015-2", Revista de Derecho Procesal-2015-2, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015, p. 11.

(11) SC Mendoza, Sala 1ª, en el voto de Aída Kemelmajer de Carlucci, 10/08/1987, "Carros SRL y otros"; JA, 1988-III-569".

(12) Este tema, de las "Potestades" del juez, figura así en el "Título 6" del esquema de estudio propuesto para las Comisiones y enviado originariamente por el Centro de Estudios de Derecho Concursal.

También reiteramos lo expresado al inicio de que estas actualizaciones y reformas deben comprender a los patrimonios grandes, medianos y pequeños y, como ha dicho recientemente la UNCITRAL al aludir a los temas prioritarios, también a la insolvencia de "conjuntos económicos".

Esto nos lleva a tener presente que en marzo de este año se coincidió por unanimidad en este "Centro de Estudios de Derecho Concursal", al tratar la propuesta de Adolfo A. N. Rouillon y María Elsa Uzal, *que existen casos importantes de insolvencia transfronteriza que no involucran necesariamente al mismo deudor sino a grupos de empresas. Debiéndose establecer y aplicar reglas de cooperación, comunicación y coordinación internacional, en la medida que sean compatibles, en casos de grupos multinacionales de empresas. Porque la proliferación de casos concursales vinculados, radicados en diferentes países, plantea hoy a los jueces y a las partes el problema de la cooperación transfronteriza con singular urgencia, y la falta de cooperación internacional en esta área tiene efectos perjudiciales incluso para los acreedores locales y para los segmentos de la empresa global que, por efecto de la insolvencia, hubieran quedado desconectados del conjunto empresario.*

Además, las reformas deberán estar contenidas en el mismo cuerpo legal, en la misma legislación o sistema jurídico, aunque tratadas de modo distinto —como veremos en las palabras finales—, o sea; a) con una regulación normativa extensa, que podría ser similar al texto legal actualmente vigente, para las grandes empresas o patrimonios y para los grupos económicos; b) más simplificada, reduciendo plazos y recursos, para las medianas y pequeñas empresas **(13)**; c) y otra regulación muy simple y más reducida aún para los pequeños deudores **(14)**.

*Y sin que ello importe necesariamente cambios copernicanos en los esquemas legales, estos deben adaptarse a esos cambios con la misma velocidad que se producen. En general, el legislador demora en recibir esa compulsión y ello, en cierta medida, desarticula el régimen* **(15)**.

### III. Ejemplos de doctrina y jurisprudencia que, en orden a lo expuesto, reafirman la necesidad de reformar la legislación concursal

Para reafirmar lo expuesto consideramos de interés aludir a criterios asumidos por la jurisprudencia y doctrina autoral en determinadas situaciones y casos que servirán de ejemplos de lo enunciado.

En jurisprudencia se decidió que es procedente dictar una medida cautelar antes de disponer la apertura o rechazo del concurso preventivo de una compañía aérea y ordenar a un Banco que por treinta días se abstenga de retener los fondos provenientes de su recaudación..., pues media peligro en la demora atendiendo a la incidencia que la recaudación seguramente tiene en el desarrollo de su actividad **(16)**.

(13) La Subsecretaria de Financiamiento del Ministerio Nacional de Desarrollo Productivo, Leticia Cortese, en el acto de inauguración del Centro de Estudios de Derecho Concursal (CEDC; 21/03/2021), destacó la importancia de las PYMES en la conformación que tienen para el entramado productivo del país por el rol que cumplen en la generación de empleo al generar el 70% de los puestos de trabajo y por el tipo de vínculos que tienen con el territorio donde están asentadas.

(14) "Hay concursos en los cuales la preocupación es el deudor, la liberación de sus cargas, la rehabilitación y el comienzo nuevo, liberado del peso o de la esclavitud de sus deudas que no se pueden cumplir nunca. Ahí lo principal es resolver rápidamente ese endeudamiento insoportable, descargar las obligaciones —por supuesto, siempre que no haya fraude, eso aparte— para poder empezar de nuevo. Si diferenciamos estos casos rápidamente podemos ir hacia una distinción clara cuyo eje de diferenciación podría ser (y hablo en tiempo potencial): "Concurso de la persona jurídica/Concurso de la persona física". No: "Consumidores/No consumidores" (ROUILLON, Adolfo A.N, en "Lineamientos para una futura reforma del régimen concursal argentino", por Marcelo GEBHARDT - Adolfo A.N, ROUILLON, ob. cit. en la nota 1 (tomo IV, p. 96). El sistema aplicable a los casos de insolvencia de consumidores nos parece que está muy entramado con las disposiciones de la quiebra y así debe legislarse (ALEGRIA, Héctor, "Hacia dónde va el derecho de la insolvencia: crepúsculos y alboradas", Conferencia pronunciada en el acto de clausura del X Congreso Argentino de Derecho Concursal y VIII Congreso Iberoamericano de la Insolvencia, Facultad de Cs. Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral, octubre 2018, Santa Fe, tomo IV, p. 114).

(15) ALEGRIA, Héctor, "Hacia dónde va el derecho de la insolvencia: crepúsculos y alboradas", ob. cit. en la nota anterior, p. 115.

(16) Juzgado de primera instancia de quiebras, concursos y sociedades de la 2ª Nom. de Salta, 09/08/2002, "Dinar Líneas Aéreas SA s/con. prev". LA LEY, 2003-D, p. 19.

Por su parte, la CNCom., sala D, en "Trenes de Buenos Aires SA s/concurso preventivo s/incidente de apelación, art. 250 CPR", 12/09/2013, se pronunció revocando la sentencia que decretó la inhibición general de bienes de una empresa controlante de la ex concesionaria del servicio ferroviario concursada..., pues no puede desconocerse que se decretó la inhibición judicial de la concursada y de su fiduciaria, que se trabaron inhibiciones de bienes y embargos, etc.., con lo cual no puede presumirse que incumplirá con sus obligaciones pre o posconcursales, máxime cuando no es posible extender una medida patrimonial restrictiva a un tercero que resulta ajeno al proceso **(17)**.

En doctrina, y en referencia a una cautelar no mencionada específicamente en la ley concursal, se sostuvo que si la AFIP cancela la Clave Única de Identificación Tributaria (CUIT) a quien se presenta en concurso preventivo, al quitarse la identidad tributaria al sujeto la superación de la cesación de pagos se ve seriamente imposibilitada, por lo que procede el dictado por el juez concursal de medidas cautelares previas o CUIT **(18)**.

Un destacado jurista **(19)** afirmó que la ley no puede, sin pecar de inconstitucional, impedir o prohibir a los jueces que arbitren cuanta medida cautelar sea eficaz para cumplir con su deber constitucional de deparar, según las circunstancias de cada caso, todo lo que demanda la tutela judicial eficaz en cada proceso. Y agregó: "Con ley, sin ley, o contra ley", los jueces tienen obligación constitucional de disponer cuanta medida cautelar haga falta en un proceso, según sea la situación y la pretensión del caso".

(17) LA LEY, 2013-F. p. 366; cita online: AR/JUR/60542. — Cfr.: PRONO, Ricardo S, "Derecho Procesal Concursal. Adaptado al Código Civil y Comercial", La Ley-Thomson Reuters, 2018, 2ª ed., Prólogo a la primera edición de Héctor ALEGRIA; en el Capítulo de: "Cautelares y otras medidas urgentes en los concursos", ps. 625 y ss.

(18) PUCCIO, Mónica L. - MEDINA, Emilio J., "Rehabilitación del CUIT como medida cautelar concursal", Ponencia presentada en el IX Congreso Argentino de Derecho Concursal y VIII Congreso Iberoamericano de la Insolvencia (septiembre 2015, Villa Giardino, Córdoba), t. IV, Fespresa, Córdoba, 2015, p. 89.

(19) BIDART CAMPOS, Germán J, "La prohibición de las medidas cautelares es inconstitucional", LA LEY, 2001-E, p 1276 (Sección; Columna de Opinión).

## IV. Los acuerdos privados no homologados

En relación con los *Acuerdos Privados No Homologados*, ha dicho Alegria al analizarlos que el mantenimiento del art. 71 de la ley concursal **(20)**, que ha quedado como vestigio de un sistema anterior, es un argumento decisivo en el sentido de que los acuerdos "privados" no homologados mantienen su legalidad, y que *"aún no previstos expresamente en la ley, pueden tener eficacia no solo entre las partes, sino servir también para remover la insolvencia del deudor"* **(21)**.

Y adhiere a lo expresado al respecto por Heredia, quien afirmó: "Si el concordato extrajudicial no homologado logra superar el estado de cesación de pagos o las dificultades económico-financieras de carácter general, habrá cumplido su fin propio y no será alcanzado por las normas sobre ineficacia falencial" **(22)**.

Hemos expresado que este criterio es similar al preceptuado en la ley 22.917 que en su art. 125-1 expresaba que, ante una eventual quiebra, el acuerdo preconcursal era alcanzado por la ineficacia del período de sospecha *solo si se comprobaba de modo indubitable la imposibilidad de superar con él las dificultades o la insolvencia* **(23)**.

Por su parte, el pensamiento de Rouillon es que antes del concurso preventivo hay que buscar la manera de proteger todos los mecanismos contractuales de resolución de las dificultades y eventualmente de la insolvencia. *Léase, el puro*

(20) Artículo 71, LCQ. Libertad de contenido. Las partes pueden dar al acuerdo el contenido que consideren conveniente a sus intereses y es obligatorio para ellas aun cuando no obtenga homologación judicial, salvo convención expresa en contrario.

(21) ALEGRIA, Héctor, "Acuerdo Preventivo Extrajudicial (Caracterización, problemas y acuerdos privados)", RDPriv. y Com., 2002-3, Concursos-I, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2003, ps. 165, 186. Ver también la exhaustiva bibliografía citada en ps. 161 y ss.

(22) HEREDIA, Pablo D., "El acuerdo preventivo extrajudicial, según las reformas introducidas por la ley 25.589", JA, 2002-III-1225-1226. ALEGRIA, Héctor, "Acuerdo preventivo extrajudicial...", ob. cit., en la nota anterior.

(23) Cfr. PRONO, Ricardo S., "Acuerdo Preventivo Extrajudicial", en "Código de Comercio. Comentado y Anotado", Adolfo A. N. Rouillon (Director), Daniel F. Alonso (Coordinador), Bs. As, La Ley, 2007, tomo IV-A, ps. 789/790.

*acuerdo preconcursal...* Y luego, los mecanismos híbridos, los Ape, etcétera. Que son un respaldo fundamental para la negociación extraconcursal, para evitar las actitudes de amenazas de los minoritarios, aunque no se usen después. O sea, lo que hay que abrir es el espectro para que el problema de insolvencia no se agote en el concurso y la quiebra; hay que ir más atrás y ver la manera de cómo se pueden dar distintas opciones **(24)**.

## V. A modo de síntesis

### *V.1. La decisión del juez, debe ser rápida y eficaz*

En el acceso rápido y eficaz a los remedios concursales en situaciones de crisis patrimoniales lo importante es la evaluación que hace el juez y cómo la hace rápidamente.

Como ha dicho Rouillon **(25)**, *sobre todo cuando es el propio deudor el que sabe si necesita o no concursarse; y eso yo creo que es bastante simple de resolver, no tenemos que enredarnos tanto en el presupuesto objetivo si no en asignarle a la presentación del deudor carácter de presunción absoluta e irrefutable, que la ley considere que da lugar a la apertura de concurso... Si el deudor dice "yo vengo a pedir la protección del tribunal", como dirían los norteamericanos, no se analiza más nada, se abre.*

Y si la empresa es viable, debe presentarse, y el juez y el síndico, con apoyo de técnicos especialistas, darle las respuestas que en la ley son esquivas o no existen. Y el juez imponer la solución (aún extrema), más allá de que se hayan logrado o no las mayorías legales.

### *V.2. Las actualizaciones y reformas deben alcanzar a todos los patrimonios, grandes, medianos y pequeños*

Y reiteramos lo expresado anteriormente (con los alcances allí expuestos, ver: Punto II°, párrafos finales), de que estas actualizaciones y reformas deben comprender a los patrimonios grandes, medianos y pequeños y, como ha dicho recientemente la UNCITRAL al aludir a los temas prioritarios, también a la insolvencia de "conjuntos económicos".

### *V.3. Y deben estar contenidas en la misma legislación o sistema jurídico*

Además, las reformas deberán estar contenidas en el mismo cuerpo legal, en la misma legislación o sistema jurídico. En el caso de estar en distintos textos legales, estar coordinados, relacionados entre sí, sin contradicciones entre ellos.

Alegria expresó recientemente **(26)** que las reformas que necesitamos requieren mucha sagacidad y valentía, y que:

- La ley de emergencia debe cuidar que lo que sancione no cercene derechos constitucionales de los ciudadanos. Y para ello, lo primero que la Constitución exige es "declarar" un estado de emergencia.

- Y tal declaración de emergencia siempre debe ser fundada, y fundada en hechos de trascendencia.

- Además, cuando la declaración de la emergencia surge de un Decreto del Poder Administrador (Decreto de Necesidad y Urgencia —DNU—), el artículo 99 de la Constitución requiere que luego pase al Legislativo para que lo considere la Comisión Bicameral y lo aprueben ambas Cámaras. Sin embargo, la ley 26.122 dice que es suficiente con la aprobación de una Cáma-

(24) ROUILLON, Adolfo A. N., en "Lineamientos para una futura reforma del régimen concursal argentino", por Marcelo GEBHARDT - Adolfo A.N. ROUILLON, Panel del X Congreso Argentino de Derecho Concursal y VIII Congreso Iberoamericano de la Insolvencia, Facultad de Cs. Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral, octubre 2018, Santa Fe (tomo IV, ps. 94, 95).

(25) Agrega Rouillon (op. y p. citados en la nota anterior): ¿Cuál es la preocupación que a mí me han manifestado en ciertos países en los que me ha tocado trabajar: el abuso? Pero ¿el abuso de quién? "Que el deudor pueda usar esto para abusar de los acreedores". Primero, si voy a abusar de los acreedores usando el concurso preventivo hay que considerar lo que el concurso cuesta, en términos de honorarios, de tiempo, de destrucción de valor y de arruinar la reputación. Segundo, supongamos que hay alguien que, a pesar de todo eso, teniendo capacidad de pago, resuelve no pagar y para eso acude al concurso preventivo. Entonces el síndico, cuando haga el informe general, le dirá al juez: "Acá hay capacidad de pago del cien por ciento para todo el mundo". ¿El juez qué hará? Removerá a los administradores y le dirá al síndico: "Pague, y si paga a todo el mundo cerramos esto". Y después vendrán las sanciones. Pero pensar en lo excepcional para bloquear el acceso rápido a un concurso es tortuoso.

(26) ALEGRIA, Héctor, en su exposición del 29 de abril de 2021 en las Jornadas Preparatorias de los Congresos de Bahía Blanca realizadas en la UNBA.

ra, incluso cuando la otra lo hubiere rechazado: que basta con que lo apruebe cualquiera de las Cámaras para que el decreto quede sancionado, incluso aunque la otra lo hubiera rechazado o no considerado. Esto es una peculiaridad argentina.

- Además, el DNU debe tener plazos. Es decir, los aspectos contenidos en el Decreto rigen hasta que se consuman los efectos de la emergencia que está tratando de afrontar. ¿Y ese plazo es sagrado, imposible de evitar? Yo diría que sí porque la Constitución pone plazos limitados.

- La legislación de emergencia cesa con la emergencia (puede haber modificado normas de derecho común: por ejemplo, algunas normas de aplicación inmediata, plazos), pero luego de la emergencia no sigue como derecho común. Si se quisiera hacer una norma de derecho común hay que hacerla, pero separada de la emergencia. Como ha pasado en España.

- Y me parece que nosotros no podemos tener una ley de emergencia como ley de fondo. Si queremos tener una ley nueva, tenemos que hacerla, aunque esa nueva ley esté impactada por los rastros de la pandemia en la estructura social, económica y política del país.

- Y la pandemia impactó en todo el derecho, no solo el derecho concursal, por lo que habrá que hacer el derecho de la *pospandemia*. Y ese derecho deberá contemplar las circunstancias de diversas índoles que inciden en el derecho concursal.

- Y en la nueva legislación concursal habrá que ver si esa empresa o deudor tiene la posibilidad de salir de su estado de crisis o insolvencia razonablemente, de acuerdo con su balance, etcétera, y si la tiene el Estado debe apoyar. Argentina tiene que limpiar su tejido social...

V.3. bis. Esto nos lleva al tema de la desjudicialización de los concursos. La desjudicialización de los concursos es la atribución de la solución de las crisis e insolvencias patrimoniales a órganos no concursales.

Ha expresado Alegria **(27)** que, sobre todo en América Latina, el fracaso de los procesos concursales tradicionales llevó a intentar soluciones de corte básicamente administrativo para la crisis empresaria y la insolvencia. Naturalmente, agrega, estos países tenían una estructura constitucional que permitía tales soluciones, con referencias a Colombia, Perú y Bolivia. La desjudicialización tiene matices. En Europa se llama así al repliegue del rol del juez con el consiguiente avance del protagonismo del comité de acreedores.

Por su especial interés transcribimos textualmente las palabras con las que concluye esta temática en su estudio sobre *perfiles actuales del derecho concursal,* a las que adherimos y que dicen: "No parece que en Argentina sea factible constitucionalmente, ni conveniente ni mucho menos necesario, prescindir de la actuación del sistema judicial en todas las etapas de decisión y aplicación de la ley concursal" **(28)**.

*V.4. Y las reformas deben ser tratadas de modo distinto, según sea la entidad del patrimonio.*

Las reformas, aunque contenidas en el mismo cuerpo legal, deben ser tratadas de modo distinto, o sea:

a) con una regulación normativa extensa, que podría ser similar al texto legal actualmente vigente, para las grandes empresas o patrimonios y para los grupos económicos;

b) más simplificada, reduciendo plazos y recursos, para las medianas y pequeñas empresas;

c) y otra regulación muy simple y más reducida aún, para los pequeños deudores (con el *disregard;* la inmediata rehabilitación del deudor) **(29)**.

(27) ALEGRIA. Héctor, en su exposición del 29 de abril de 2021 en las Jornadas Preparatorias de los Congresos de Bahía Blanca, organizadas por la UNBA.

(28) Ver también: PRONO, Ricardo S., "La desjudicialización de los concursos", en Derecho Concursal Procesal. Adaptado al Código Civil y Comercial, 2018, 2ª. ed. Prólogo a la primera edición de Héctor Alegria, ps. 46 a 56.

(29) A partir de investigaciones, reportes y normativas de organismos multilaterales, como INSOL Internacional, Banco Mundial, Naciones Unidas y Comisión Europea, se propugna como una herramienta esencial en el tratamiento de esas situaciones la exoneración o liberación de deudas del sujeto involucrado, una vez finalizado el procedimiento destinado a su solución. Regular legislativamente estos aspectos resulta impostergable; existe un derecho del deudor a liberarse de una vez y para siempre de todo cuanto no le resulte posible afrontar en el procedimiento, luego de que su patrimonio ha sido liquidado (Cfr. GARCÍA, Silvana Mabel, "Liberación patri-

Hay concursos en los cuales la preocupación es el deudor, la liberación de sus cargas, la rehabilitación con un nuevo y fresco comienzo (*fresh start)*, liberado del peso o de la esclavitud de sus deudas que no se pueden cumplir nunca. Ahí lo principal es resolver rápidamente ese endeudamiento insoportable, descargar las obligaciones —por supuesto, siempre que no haya fraude, eso aparte— para poder empezar de nuevo.

monial por rehabilitación del fallido. Pasado, presente y futuro". RDPriv. y Com., 2019-3, Insolvencia-II, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2020, ps. 289 y ss.).

# Prevención de la quiebra y diseño institucional

Hugo G. Monzón (*)
Ignacio V. Cenoz (**)

**Sumario:** I. Introducción.— II. Algunos fundamentos de derecho concursal y la necesaria modificación del presupuesto sustancial objetivo.— III. Los sistemas alternativos y la prevención de la quiebra.— IV. Conclusión.

## I. Introducción

La crisis actual desatada por la pandemia **(1)** tuvo repercusiones de amplio alcance en distintos sectores de nuestra sociedad.

La magnitud del impacto económico y social ha sido tan profunda que se tornó frecuente la observación —inexacta— de que, en este estado, toda la población se encuentra en un virtual estado de cesación de pagos **(2)**.

En este escenario, caracterizado por la hiperconflictividad, resulta natural que uno de los enfoques más persistentes sea la búsqueda de soluciones en el sistema concursal como ámbito específico diseñado para ofrecer respuestas al fenómeno del estado de cesación de pagos **(3)** y consecuentemente, al análisis de los instrumentos disponibles para afrontar sus consecuencias disvaliosas.

En lo que sigue procuraremos exponer algunas ideas que pueden contribuir a robustecer el marco normativo de la ley 24.522 (en adelante, LC) frente a nuevas realidades y necesidades sociales, asumiendo explícitamente que una intervención tempestiva como asimismo disponer de mayor amplitud y diversificación de medios disponibles para la solución preventiva de las crisis patrimoniales favorece, entre otros

(*) Abogado (UNS); diplomado en Derecho de los Consumidores (UNS); maestrando en Análisis Económico del Derecho (UNS); auxiliar letrado del Juzgado Civil y Comercial Nº 3 Depto. Jud. Bahía Blanca; miembro del Instituto de Derecho Comercial del Colegio de Abogados de Bahía Blanca; consejero Titular del Colegio de Magistrados y Funcionarios del Depto. Jud. Bahía Blanca.

(**) Abogado (UNS); especialista en Derecho Empresario (UNS); director del Instituto de Derecho Comercial del Colegio de Abogados de Bahía Blanca.

(1) El 11/03/2020 la Organización Mundial de la Salud declaró al brote del nuevo coronavirus como una pandemia.

(2) No toda la población sufrió los efectos económicos negativos derivados de las medidas adoptadas frente a la pandemia, como pareciera advertirse de una mirada superficial del asunto. Por un lado, hubo determinados grupos que no vieron afectados sus ingresos (v.gr. empleados del sector público, supermercadistas, farmacias, etc.) y, por otra parte, determinadas actividades tuvieron un crecimiento exponencial en sus ingresos y en sus posicionamientos en el mercado. Nos referimos a aquellos cuyos modelos de negocios y servicios estaban enfocados en la tecnología y que producto del masivo cambio de comportamiento, por cierto adaptativo, motivado por el aislamiento y los confinamientos dispuestos por los gobiernos nacionales en todo el mundo, vieron incrementarse su utilización y valor comercial, llegando incluso, en algunos casos a elevarse a la condición de servicios esenciales (sistemas de comercio electrónico —v.gr., Amazon, Mercado Libre—; videollamadas y reuniones virtuales —v.gr., Zoom, Microsoft Teams—; servicios de internet y conectividad y los productos de electrónica asociados, etc.). También, aquellas industrias y empresas vinculadas a los productos necesarios para prevenir los contagios, v. gr., sanitizantes, desinfectantes, tapabocas, etc.

(3) Entendido como una situación que se configura por la imposibilidad de cumplir regularmente las obligaciones, esto es, al vencimiento, con medios normales, en la especie debida, en el lugar de pago y a todos los acreedores (MAFFIA, Osvaldo J., "La Ley de Concursos comentada", Ed. Depalma, Buenos Aires, 2001, t. I, ps. 9-10).

propósitos, la adecuada protección del crédito y la conservación de la empresa **(4)**.

**II. Algunos fundamentos de derecho concursal y la necesaria modificación del presupuesto sustancial objetivo**

El derecho concursal busca solucionar los conflictos patrimoniales generados por el estado de insolvencia **(5)**. Para ello, instaura un régimen de excepción que supone la aplicación de un conjunto de reglas y principios específicos que modifican sustancialmente las relaciones jurídicas **(6)**.

Esa alteración, que recorta el ejercicio del derecho de agresión patrimonial de los acreedores contra los bienes del concursado y los somete a un régimen unitario y centralizado en función de intereses que desbordan los personales **(7)**, solo es posible frente a una situación de notoria gravedad como es el estado de cesación de pagos.

Es esa hipótesis de excepcionalidad, donde la aplicación de la normativa ordinaria carece de efectividad **(8)**, la que activa este ordenamiento específico, y se erige en el presupuesto sustancial objetivo **(9)** para la apertura de los procedimientos **(10)** concursales a efectos de gestionar complejos escenarios caracterizados por la pluriconfictividad **(11)**.

Sin embargo, como en toda situación de disputa, las soluciones son más eficientes cuando son adoptadas con mayor celeridad, pues parece claro que este modo de proceder evita la profundización del problema y el incremento de los costos adicionales asociados.

En ese sentido, la demora en afrontar los conflictos múltiples que afectan el normal desarrollo de la actividad empresaria incrementa la probabilidad de ocasionar un mayor deterioro económico y financiero. Es que la continuidad

(4) Esta perspectiva no es novedosa, sino que retoma una idea central de la ley 19.551. Esta, en su exposición de motivos, al referirse a los principios generales orientadores, señalaba que a los conceptos fundamentales de universalidad patrimonial, colectividad de acreedores e igualdad en su tratamiento, se agregaban: a) la adecuada protección del crédito; b) la conservación de la empresa, en cuanto actividad útil para la comunidad y principio inspirador común en la reforma legislativa mercantil en curso; c) la mayor amplitud y diversificación de medios disponibles para la solución preventiva de las crisis patrimoniales, etc.

(5) Garaguso señala que el derecho concursal tiene como misión fundacional suministrar soluciones para la resolución del conflicto que la insuficiencia patrimonial produce (GARAGUSO, Horacio P., "Fundamentos de Derecho Concursal", Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001, 1ª ed., p. 20).

(6) El concurso preventivo constituye un beneficio que altera drásticamente las relaciones del concursado con terceros y desde ese punto de vista restringe decididamente la autonomía de la voluntad (VAISER, Lidia, "El abuso del derecho en los procesos concursales", Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2008, 1º ed., p. 44). En el mismo sentido, se ha sostenido que la quiebra se presenta como un fenómeno que rompe los lineamientos del sistema de las relaciones patrimoniales privadas y se introduce en el derecho obligacional —con sus repercusiones procesales— como una institución con caracteres peculiares (PLINER, Adolfo, "La personalidad de la sucesión, de la masa de acreedores en la quiebra y de la masa de debenturistas", RDCO, año 1, 1968, p. 45).

(7) PLINER, Adolfo, ob. cit., p. 46.

(8) PORCELLI, Luis A., "Régimen falencial. Análisis metodológico", Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2010, 1ª ed., p. 103.

(9) Aunque existen excepciones a esa regla general que habilitan la apertura sin su concurrencia. Nos referimos a los casos de concurso en el extranjero (art. 4º, LC), agrupamientos (art. 66, LC), garantes (art. 68, LC), acuerdo preventivo extrajudicial (art. 69, LC), extensión de quiebra (art. 160, LC), etc.

(10) Conceptualmente seguimos las enseñanzas de Alvarado Velloso, quien entiende por procedimiento —concepto puramente jurídico— la sucesión de actos ordenados y consecutivos, vinculados causalmente entre sí, por virtud de lo cual uno es procedente necesario del que le sigue y este, a su turno, consecuencia imprescindible del anterior. Por proceso —concepto puramente lógico-, entiende el medio de discusión de dos litigantes en pie de perfecta igualdad ante una autoridad (imparcial, imparcial e independiente) según cierto procedimiento preestablecido por la ley. De allí, se deriva que el procedimiento es el género y el proceso una especie de él (ALVARADO VELLOSO, Adolfo, "Sistema procesal. Garantía de la libertad", Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009, t. I, 1ª ed., p. 65). De allí que, en los concursos, técnicamente, corresponda hablar de procedimientos que, en determinadas cuestiones conflictivas, pueden dar lugar o ser el marco donde se desarrollen procesos.

(11) DI IORIO, Alfredo J., "Elementos para una teorización general sobre los procesos concursales", RDCO, año 22, 1988, p. 513. Allí el autor sostiene que en los concursos se debe partir de la idea de que se trata de procesos pluriconflictivos, por el objeto, y plurisubjetivos, por los sujetos, es decir, con diversidad de partes que entre ellas presentan intereses convergentes o divergentes.

de una estructura de negocios deficitaria condiciona sus decisiones en términos de costo/beneficio en el sentido de que un beneficio a corto plazo, motivado por la necesidad de disponer rápidamente de fondos, puede no resultar la decisión más conveniente a mediano o largo plazo.

No obstante, en nuestro sistema legal, salvo para pretender la homologación de un acuerdo preventivo extrajudicial (en adelante, APE) —con todos los bemoles que presenta la figura— solo es posible acudir a la tutela concursal judicial cuando la gestión de la empresa ha llegado a un estado de notoria gravedad como es el estado de cesación de pagos, es decir, no existe oportunidad de gestionar la solución del conflicto hasta no haber alcanzado un grado crítico de afectación patrimonial.

Expresado en otros términos, una de las causas de la no intervención tempestiva es que la apertura de los concursos se produce tardíamente, cuando hay un desequilibrio patrimonial o financiero importante —una situación de imposibilidad—, derivado de la necesidad de configuración de aquel presupuesto objetivo. Además, se suma que, normalmente, el deudor tiende a ser reticente a reconocer el estado de crisis, y continúa operando largamente en situación de dificultades, agravándola, y degradando en forma creciente el patrimonio **(12)**.

Por ello, para lidiar con estos escenarios, en el derecho comparado se advierte una tendencia a concebir la crisis no como un mero presupuesto objetivo disparador de los procesos, sino como una situación de estadios de configuración gradual **(13)**, impulsando, por ese motivo, el adelantamiento del presupuesto objetivo, concibiéndolo en forma más elástica y abarcativa **(14)**.

Ahora bien, si observamos nuestro sistema, podemos advertir que es el propio diseño institucional de la ley concursal el que impide el acceso a sus mecanismos reversivos en estadios menos severos de la gestión empresaria y que, por ende, no contribuye a facilitar su tratamiento cuando resulta más apropiado y conveniente.

Por estas circunstancias, es que resulta necesaria la modificación del presupuesto sustancial objetivo clásico del estado de cesación de pagos por el estado de crisis **(15)**. Esa simple sustitución permitirá que la intervención judicial quede habilitada antes de que la situación siga agravándose y los conflictos patrimoniales se tornen más dificultosos de resolver.

Además, es menester complementar este nuevo presupuesto sustancial objetivo con otros que estén previstos para abarcar un mayor universo de casos. Nos referimos al denominado sobreendeudamiento **(16)**.

---

(12) GEBHARDT, Marcelo, "Prevención de la insolvencia", Ed. Astrea, Buenos Aires, 2009, p. 164.

(13) Alegria recurre a la metáfora de la enfermedad al señalar que "[l]as gradaciones a las que nos referimos a lo largo del presente trabajo, son gradaciones del mismo fenómeno. Podríamos hacer un paralelismo con una enfermedad: si estuviera en su momento incipiente, allí el tratamiento es uno; si se hallara en estado avanzado, su tratamiento varía; si ha llegado a un momento definitivo, el tratamiento se profundiza. Pero en ningún caso deja de ser un estadio de la misma enfermedad" [ALEGRIA, Héctor, "Objetivos y presupuestos concursales en el derecho actual (con especial referencia a la unidad conceptual del presupuesto objetivo)", Sup. CyQ 2009 (abril), 01/04/2009, 1 - LA LEY, 2009-C, 798, AR/DOC/1453/2009].

(14) Es el caso, p. ej., del derecho concursal francés luego de la reforma introducida por la Ley de Salvamento (Loi de Sauvegarde) n. 2005-845 y su decreto reglamentario n. 2005-1677 del 28/12/2005, en vigor desde el 01/01/2006, y regulado en el Code de Commerce en los arts. L. 610-1 a L. 670-8 y R. 600-1 y ss. (este tema es tratado en profundidad en DASSO, Ariel G., "Tendencias del derecho concursal. En ocasión del nuevo modelo francés", LA LEY del 03/08/2009, AR/DOC/3039/2008), y de la Ley Concursal española 22/03, que admite la apertura del concurso ante la inminencia de insolvencia (GEBHARDT, Marcelo, ob. cit., p. 210).

(15) GRAZIÁBILE, Darío J., "Fundamentos de derecho concursal. Nociones, antecedentes, evolución y crisis", JA 2004-II, p. 948. Allí, el autor, señala que "es apresurando la apertura de la solución judicial o extrajudicial tomando como síntomas otros elementos no tan drásticos y casi ilevantables como resulta ser el estado de insolvencia, por ello, y —por qué no— la noción de crisis de la empresa" (p. 962).

(16) Los conceptos de sobreendeudamiento e insolvencia guardan una estrecha relación, pero delimitan situaciones diferenciables [ANCHAVAL, Hugo, "Insolvencia del consumidor", Ed. Astrea, Buenos Aires, 2011, 1ª ed., p. 31; JAPAZE, María B., "Sobreendeudamiento del consumidor" en STIGLITZ, Gabriel – HERNÁNDEZ, Carlos A. (dir.), "Tratado de derecho del consumidor", Ed. La Ley, Buenos Aires, t. II, 1ª ed., p. 309]. Anchaval refiere que el sobreendeudamiento "indica un cumplimiento

Cabe agregar, que esta orientación de intervenir en forma tempestiva para favorecer las probabilidades de encontrar soluciones más adecuadas a los nuevos conflictos sociales no debe estar limitada a consumidores personas humanas, sino que también debe ser comprensiva de aquellos que no desarrollen actividad comercial o que titularicen patrimonios de escasa magnitud.

En la actualidad, la inexistencia de mecanismos rehabilitatorios específicos dentro de nuestro ordenamiento jurídico que contemplen este particular fenómeno conduce inexorablemente al procedimiento falencial como método residual de solución del conflicto.

Esta situación nos coloca ante el dilema de utilizar un sistema que no fue concebido específicamente para estos supuestos. Sin embargo, las consecuencias sociales derivadas y la ausencia de regulación específica para solucionarla, frente a la omisión legislativa de dar respuestas a este fenómeno —en clara transgresión al mandato constitucional del art. 42, CN—, nos conduce a utilizar los diseños institucionales de los que disponemos, aunque ellos resulten imperfectos.

Ello sin perjuicio de destacar que la ley concursal no excluye a los consumidores personas humanas, o aquellas de patrimonios reducidos, de pedir su propia quiebra ni exige que ellos tengan activos suficientes para liquidar o distribuir en el procedimiento. Tampoco ello es un recaudo implícito **(17)**.

Esta disfuncionalidad sistémica podría evitarse incorporando un presupuesto objetivo con mayor plasticidad y que, consecuentemente, contribuya a permitir el acceso a la instancia judicial sin necesidad de llegar al estado de imposibilidad que intrínsecamente se anuda al estado de insolvencia.

Evidentemente esta cuestión no es suficiente, si no viene acompañada de un procedimiento particular para esta clase de supuestos que, además, contemple alternativas tanto judiciales como extrajudiciales **(18)** para su abordaje y con una perspectiva amplia. A esos efectos, una adecuada línea de trabajo debiera tener presente los múltiples factores que inciden en su gestación y apoyarse fundamentalmente en la protección de la dignidad de la persona humana y en el diálogo de reglas, principios y valores que emanan de la Constitución Nacional, los tratados de derechos humanos, el Código Civil y Comercial y la Ley de Defensa del Consumidor, permitiendo la liberación de deudas y su reinserción al mercado de bienes y servicios, como asimismo la posibilidad de acuerdos de pago ajustables a las circunstancias particulares de cada caso se presentan como medidas esenciales.

### III. Los sistemas alternativos y la prevención de la quiebra

La prevención, en términos generales, supone evitar una situación cuyos efectos se consideran perniciosos. Por ende, su postulación asume como deseable una actuación *ex ante* de que aquella se configure, sea para evitarla o para mitigar sus consecuencias.

En el caso de la quiebra, es posible identificar como efectos indeseables de incidencia directa e indirecta con alta probabilidad de ocurrencia,

forzado de las obligaciones con un gran desgaste personal y económico, pero cumplimiento al fin. La insolvencia significa el fin de esta situación y su incumplimiento" (*ibid.*, p. 31).

(17) GRAZIÁBILE, Darío – RAMOS, Santiago, "¿Abuso del derecho en el pedido de quiebra voluntario del consumidor?" "Culpa" compartida", ponencia en el X Congreso Argentino de Derecho Concursal y VIII Congreso Iberoamericano de la Insolvencia, celebradas en la ciudad de Santa Fe los días 17, 18 y 19/10/2018, *Libro de ponencias*, t. I, p. 275.

(18) P. ej., algunos países como Paraguay, Brasil, Bélgica, Francia, Alemania tienen procesos específicos para consumidores o pequeños deudores particulares. Otros, como Rusia o los Estados Unidos, han instaurados procedimientos especiales para el empresario individual, el granjero o agricultor o empresario individual (GEBHARDT, Marcelo, ob. cit., ps. 155-156). Asimismo, otros autores han propiciado la necesidad de que el Estado se ocupe del deudor individual, dándole herramientas de protección adecuadas y razonables [FARHI de MONTALBÁN, Diana V., "La insolvencia del consumidor: Un problema social globalizado que debe preocupar a la comunidad", ponencia en el VI Congreso Argentino de Derecho Concursal y IV Congreso Iberoamericano sobre la Insolvencia, Rosario, 2006, t. 2 (ps. 101-111)]; DASSO, Javier A., "La insolvencia del consumidor", *Estudios de Derecho Empresario*; BARREIRO, Marcelo G. – TRUFFAT, Daniel E., "Concurso mínimo", RDCO 2009-A, 189, AR/DOC/5823/2013.

entre otros: a) insatisfacción de créditos concursales; b) desaparición de un agente económico de producción de bienes y servicios; c) pérdida de fuentes de trabajo; d) disminución de recaudación impositiva; e) ruptura de cadenas de pagos; f) disminución del consumo; g) dispersión social de daños.

Si bien aquella noción puede causar perplejidad en el ámbito concursal, en tanto el derecho de insolvencia interviene cuando el conflicto plural se ha instalado, comprometiendo seriamente el normal funcionamiento del deudor, una mirada un poco más específica sobre el asunto puede demostrar que el levantamiento de aquella objeción inicial resulta prematuro.

Nos explicamos: en el estado actual del derecho concursal existen cuestiones que, sin necesidad de provocar cambios copernicanos, debieran evitarse para que las soluciones para revertir el estado de impotencia patrimonial tengan mayores probabilidades de éxito y se irroguen efectos negativos superiores al tejido social.

Por un lado, impedir que la apertura de los procedimientos concursales se encuentre apoyada fundamentalmente en el estado de cesación de pagos —tal como expusiéramos en el pto. II— y, por otro, ofrecer mecanismos institucionales alternativos para favorecer las estrategias de negociación del deudor y de esta manera evitar su quiebra.

Si bien se mira, nuestra ley 24.522 de Concursos contiene mecanismos preventivos de la quiebra, pues no puede desconocerse que precisamente el concurso preventivo (arts. 5º y ss.), el salvataje (arts. 48 y 48 *bis*) y el acuerdo preventivo extrajudicial (arts. 69 y ss.) tienen el indisimulado propósito de mantener la empresa en marcha, sanear su patrimonio y evitar su liquidación.

Sin embargo, la incorporación de alternativas para solucionar el estado de crisis no necesariamente debiese estar disponible en la instancia judicial. El sistema judicial formal debe estar acompañado por otros mecanismos que resulten más flexibles y heterogéneos y que amplíen el acceso a soluciones concursales, con intervención de sujetos distintos a la figura del juez concursal.

Si pretendemos fortalecer el sistema concursal para obtener mejores resultados es menester explorar otras áreas diversas a las tradicionales. En ese orden de ideas, en el derecho comparado se observa una tendencia a la desjudicialización **(19)**, total o parcial, de algunas instancias de acuerdo con la finalidad de incentivar a los deudores y acreedores para que propendan a solventar sus diferencias sin necesidad de control judicial **(20)**.

Este esquema promueve, con evidentes funciones preventivas, la generación de instancias de abordaje de la crisis cuando esta es embrionaria o al menos reversible. De este modo, los deudores procuran evitar los controles judiciales, postergando como *ultima ratio* la presentación concursal para situaciones de mayor severidad y compromiso patrimonial.

Es claro que la prevención de fenómenos complejos paralelamente requiere de estrategias de abordaje variables y múltiples. Por ello, es menester disponer de herramientas complementarias para procurar afrontar desde distintos enfoques el saneamiento patrimonial. En ese sentido, puede apreciarse que además del adelantamiento del presupuesto objetivo y la desjudicialización del tratamiento de la crisis se busca procurar introducir elementos vertebrantes como la planificación **(21)**, los incentivos al financiamiento (*new money*) **(22)**, la creación de comités de acreedores especiales **(23)**, la fle-

(19) La Ley de Perú 27.809 de 2002, prevé que la dirección del procedimiento estará a cargo de la Comisión de Salida del Mercado del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Industrial (INDECOPI). En México, la Ley de Concursos Mercantiles, establece la dirección a cargo de un organismo administrativo, el Instituto Federal de Especialistas de Concursos Mercantiles (IFECOM) (DASSO, Ariel G., ob. cit., ps. 1-2).

(20) Este es el caso del proceso de conciliación (Conciliation) francés (Ibid., ps. 1-5).

(21) Países como Alemania, Bolivia, Francia, Dinamarca, Finlandia y Suecia entre otros, establecen la exigencia de la presentación de planes de reestructuración para acceder a los diferentes procedimientos.

(22) Así lo establece el citado proceso de conciliación francés mediante privilegios de procedimiento (DASSO, Ariel G., ob. cit., ps. 5-6).

(23) Por ejemplo, el *sauvegarde* (salvataje) francés, establece comités especiales cuyo rol resulta transcendental a los efectos de lograr la aceptación del plan propuesto por el deudor (ibid., p. 6). También en Ley Italiana

xibilización de los principios concursales (universalidad, *par conditio*) **(24)**, etcétera.

En otros términos, la idea de prevención se encuentra nutrida por distintos factores que coadyuvan a su consecución mediante una interinfluencia recíproca. En ese sentido, la referencia al instituto de la mediación **(25)** supone que los acuerdos que se procuren no necesariamente incluyan a todos los acreedores, sino que ellos estén destinados a ciertos sectores de incidencia pronunciada en la administración o gestión empresaria.

Por otro lado, las tratativas privadas con cauce institucional van a generar mayores expectativas en los acreedores como asimismo una mejor predisposición si existe una información adecuada acerca de los planes empresariales para afrontar la crisis que explique y justifiquen las propuestas de entendimiento y su razonabilidad en un ámbito que fomente el diálogo directo y la construcción conjunta de acuerdos.

*a) Los acuerdos voluntarios y la mediación.* Un aspecto importante es introducir actores técnicos que generen un ámbito propicio para favorecer procesos de diálogo y renegociación y propendan a soluciones cooperativas. Esta forma de tratamiento del conflicto patrimonial contiene ventajas comparativas superiores al tradicional esquema judicial, pues resultan más económicas en términos monetarios —al evitar los costos asociados a los sistemas formales (tasa de justicia, honorarios, gastos de correspondencia, edictos, informes patrimoniales, etc.)— pero también respecto del tiempo insumido en la solución; son más flexibles e informales para obtener acuerdos aunque sea parciales de los diferendos; provocan un menor desgaste de la relación comercial y financiera de los involucrados; permite la gestación de nuevos negocios; provocan el descongestionamiento de los tribunales, favorecen el acceso a justicia mediante canales institucionales alternativos a los sistemas formales, etcétera **(26)**.

Es necesario destacar que la función del mediador —a diferencia del conciliador— no es formular propuestas de acuerdo sino favorecer el diálogo y la comunicación manteniendo un rol neutral que propicie el restablecimiento de la relación y permita generar un espacio de negociación que beneficie a todos los involucrados mediante la conciliación de sus intereses.

Precisamente, el eje central sobre el que se asienta este medio alternativo consiste en otorgar protagonismo a las partes para la autocomposición de sus conflictos, colaborando para que ellas puedan apreciar por sí las ventajas de aceptar un acuerdo y no avanzar escalando el conflicto mediante el mantenimiento de los términos originarios del vínculo. Persistir en el conflicto no favorece al deudor y tampoco a los acreedores, los distancia en vez de acercarlos para resolver sus disputas, les impide ver las oportunidades que puede brindar una solución consensuada.

En esta perspectiva se inscriben las denominadas negociaciones voluntarias expresadas en la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia **(27)**. Entre innumerables aportes, allí se destacan la conveniencia de permitir un proceso de negociación entre las partes que resulte más provechoso para todos los involucrados —que exorbitan a aquellos— que acudir al régimen de insolvencia. De esta manera, puede permitirse al deudor entablar negociaciones con un determinado grupo de acreedores (entidades financieras) que resulta reducido en número pero que representa una porción importante del pasivo. Esa situación puede ser aceptada por el resto de los acreedores por entender que resulta preferible no inte-

80 del 14 de mayo de 2005 [DASSO, Ariel G., Un "nuevo" Derecho Concursal en el Derecho Comparado. En ocasión de la reforma del régimen italiano (2005/2006), LA LEY del 26/01/2007, 1, LA LEY, 2007-A, 957, *Derecho Comercial - Concursos y Quiebras - Doctrinas esenciales*, t. I, 01/01/2008, 929 (AR/DOC/406/2007)].

(24) DASSO, Ariel G., ob. cit. en nota 14, p. 1.

(25) En el ámbito nacional la ley 26.589 excluye a los concursos preventivos y las quiebras del sistema de mediación prejudicial obligatorio —art. 5º, inc. i)—; igual temperamento fue adoptado en la provincia de Buenos Aires —art. 4º, inc. 9º, ley 13.951—.

(26) Gladys S. Álvarez, en una obra sumamente valiosa, efectúa un tratamiento exhaustivo de estas cuestiones ("La mediación y el acceso a justicia", Ec. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003, 1ª ed., p. 21 y ss.).

(27) *https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/insolven/05-80725_Ebook.pdf* (v. p. 282 y ss.), consultado el 20/10/2020.

rrumpir la actividad normal de la empresa del deudor mediante el sistema judicial y ello contribuya en términos comparativos frente a los efectos derivados este.

Por ello, en ese documento, se recomienda que estas alternativas sean contempladas por las legislaciones nacionales por constituir instrumentos valiosos en la búsqueda de soluciones, al ampliar los mecanismos tradicionales y ser complementarias al sistema formal al que puede recurrirse en caso de fracasar las negociaciones.

La actualidad y las crisis recurrentes nos emplazan en la búsqueda de respuestas adecuadas a los nuevos fenómenos. A veces para ampliar nuestros horizontes podemos observar las experiencias transitadas en otros países, no porque toda novedad sea mejor sino para comenzar a debatir nuevos caminos por los que puede transitar el derecho concursal.

En el derecho comparado se advierte que la instalación de soluciones a través de negociaciones informales *out of courts* son promovidos no solo por organismos internacionales como el Banco Mundial y relevantes centros de opinión económica y financiera sino también por los propios gobiernos **(28)**. Frente a la necesidad de establecer los *workouts* o mecanismos de renegociación de deudas informales y esencialmente no judiciales, a partir del *London Approach* se incorporaron en una variedad importante de países (v. gr., Turquía, México, Polonia, Corea, Malasia, Indonesia, etc.) **(29)**.

Estas experiencias dejan una doble enseñanza acerca de la evolución de las instituciones concursales: por un lado, no solo se acepta la legitimidad del tratamiento privado de reestructuración de deudas, sino que se lo alienta y por otra parte, se admite que no haya una igualdad absoluta de los acreedores, en tanto en aquella no participarán todos los acreedores sino algunos de ellos, los más relevantes **(30)**.

*b) Planificación y financiamiento.* Se ha sostenido reiteradamente que la planificación es importante para la actividad empresarial, pero que ella se vuelve especialmente relevante frente a la crisis **(31)**. Esto es, una piedra basal en la mayoría de los ordenamientos de derecho comparado, donde se exige la presentación de un plan de crisis como un recaudo de insoslayable observancia para los deudores que procuran la tutela concursal.

Esto resulta relevante no solo para evaluar la marcha de la empresa en crisis, sino para convencer a los acreedores de que se planea una reestructuración en términos serios y que ella es viable en forma integral. Puntualmente, en algunos casos se exige que indique los bienes que van a ser vendidos; de dónde se van a sacar los fondos para afrontar las cuotas; los porcentajes de pagos a afrontar, qué fuentes de financiación dispone; los contratos que se pretenden celebrar y cuáles resolver; los negocios a desarrollar; qué inversiones se pretenden efectuar, cuáles son las proyecciones de crecimiento previstas, o cláusulas específicas como las conocidas *stand still* o *pari passu*, etcétera.

Otra área clave sobre el que incide la planificación resulta ser la financiación. Precisamente, el plan suele permitir que se mantenga el financiamiento a través de proveedores, inversores privados o la banca oficial pues en él se expone detallada y descriptivamente el proyecto que fundamenta el modo en que se va sanear el patrimonio y procurar una salida exitosa a la crisis.

Ello otorga credibilidad y razonabilidad a las expectativas de la empresa, que brinda información y señales claras para atraer fondos de inversión y por ende se erige en un incentivo para participar del emprendimiento.

Para reforzar ese incentivo es habitual que quién asume el riesgo de introducir fondos en una empresa en dificultades y contribuye a fortalecer la estrategia diseñada en el plan de negocios sea compensado mediante el reconocimiento de preferencias en el cobro de sus acreencias **(32)**.

(28) ALEGRIA, Héctor, "La intervención del Estado en el saneamiento de la empresa", AR/DOC/3482/2009.

(29) *Ibid.*

(30) RIVERA, Julio C., "El derecho concursal: una rama cuya legislación está en permanente cambio", RDCO, año 15, 2009, p. 31.

(31) RICHARD, Efraín H., "Perspectiva del derecho de la insolvencia", Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2010, 1ª ed., p. 64.

(32) Tal es el caso del ya referido proceso de conciliación francés.

Esta necesidad de financiamiento de la empresa en crisis, al ser una de las preocupaciones más acuciantes en nuestra materia es lo que propicia reconocer esa preferencia significativa a favor de los acreedores que prestan ese financiamiento **(33)**.

Parece claro que estas herramientas pueden implementarse razonablemente en la etapa de autocomposición del conflicto patrimonial para incrementar las probabilidades de consensos y fortalecer los esquemas de negociación voluntarios y no exigirlas recién en la instancia formal del litigio concursal.

**IV. Conclusión**

La prevención de la quiebra requiere un abordaje de la crisis oportuna y brindar mayores canales de acceso a la solución de los conflictos patrimoniales.

Existen cuestiones que con un pequeño giro lingüístico pueden contribuir ampliamente a facilitar una salida exitosa de la crisis. Otras son novedosas para nuestra cultura jurídica, pero de a poco en distintos ámbitos van ganando espacio (v.gr., cuestiones civiles y comerciales, de consumo, etc.) y merecen ser exploradas para diversificar los sistemas de acceso a soluciones concursales preventivas.

Ello no implica una ruptura con nuestras instituciones tradicionales, sino que procura adaptar el diseño de nuestras instituciones a una realidad compleja y variada aprovechando aquellas como plataformas para seguir desarrollando el conocimiento jurídico, que necesariamente ha de ser dinámico y adaptativo.

Hace tiempo el profesor Alegria **(34)** señalaba que la ley concursal debe organizar la adecuada prevención de las situaciones que puedan dañar la conservación de la empresa y que, en ese sentido, los objetivos de conservación de la empresa y de amplitud de solución preventiva tienen un correlato íntimo.

En esa orientación, entendemos que además de la sustitución del presupuesto sustancial objetivo, las herramientas de planificación y mediación constituyen terrenos fértiles para desarrollar en nuestro medio.

La ajenidad de las principales causas que afectan a los diferentes actores del mercado de bienes y servicios nos ofrece un panorama propicio para generar espacios de reestructuración privados, que deben ser aprovechados. Para ello, sería conveniente contar con procedimientos que permitan al sector privado la negociación de sus pasivos y subsidiariamente otorguen una tutela judicial de evaluación de la propuesta y garantías de cumplimiento real, para así evitar y mitigar la tan temida y anunciada avalancha de concursos.

(33) RIVERA, loc. cit.

(34) ALEGRIA, Héctor, "Algunas cuestiones de derecho concursal", Ed. Ábaco, Buenos Aires, 1975, 87-88.

# ARBITRAJE

# Doctrina

# Mediación: actas de cierre de mediación

## Imposibilidad de notificación

Juana Dioguardi (*)

**Sumario:** I. Introducción.— II. La audiencia de mediación en época de pandemia.— III. Análisis de la jurisprudencia.— IV. Mediación a distancia. Audiencia. virtual.— V. Mediación a distancia. Reapertura.— VI. Nulidades procesales.— VII. La teoría de los actos propios.— VIII. Reapertura. Teoría de los actos propios.— IX. Trasformación de datos sustanciales.— X. Conclusión.

### I. Introducción

En el presente trabajo nos introducimos en el recuadre fáctico, para el debate del tema de los efectos de la reapertura de la instancia previa obligatoria, por actas de cierre de la mediación, presentadas por los letrados como presupuesto procesal para activar el proceso judicial.

Atento a que el art. 24 obliga al mediador a notificar a las partes, en consecuencia, la presentación del acta de cierre con agregado "imposibilidad de notificación" acarrea consecuencias en el ámbito de las actividades jurisdiccionales y prejudiciales, no surgiendo de la ley 26.589, posibilidad de sanción al mediador, o caducidad de la instancia previa, creando un sinfín de reaperturas, aun con el expediente en alzada, la utilización de dicha herramienta desprestigia el instituto.

El art. 360 del Cód. Proc. Civ. y Com. posibilita una audiencia de conciliación, una vez trabada la litis, Consideraremos que la reiteración de reaperturas de la etapa previa resulta un abuso del proceso, herramienta dilatoria, mecanismo de defensa por la parte requerida, o demanda, para dilatar el proceso, cuestión que pone el centro del debate en la "actividad del mediador".

Acudimos a la teoría de los propios actos que deviene una contribución de la doctrina al vacío legal, adelantando nuestra opinión acerca de que, por imperio del art. 34 de la ley procesal, reglado el juez podría citar, por las facultades de convocar, al mediador, para que realice el descargo por la "imposibilidad de notificación".

El tema resultó luego de jurisprudencias encontradas, por ausencias injustificadas de la requerida, o por imposibilidad de notificación que acarrea un despropósito para el letrado actuante, que deberá acreditar el cierre de la instancia previa.

Una vez notificada, la parte requerida tiene la potestad de presentarse o no, asumiendo el riesgo, características del proceso voluntario, tal y como lo establece el art. 7º, inc. b), de la ley 26.589, al consagrar como principios rectores del proceso de mediación la *libertad y voluntariedad* de las partes en conflicto para participar en la mediación.

La ausencia injustificada de la parte requerida dará lugar a la "conclusión de la mediación por incomparecencia". La pregunta sería: ¿fue debidamente citado? Recordemos que, en la me-

(*) Abogada, mediadora, conciliadora de consumo, formadora de formadores, directora de la Maestría en Sistemas de Resolución de Conflictos de especialización y diplomaturas en la temática; profesora investigadora y titular de cátedra por concurso de la UNLZ; escribe para revistas nacionales e internacionales; autora de libros sobre la temática; panelista nacional e internacional.

diación a distancia, que posteriormente trataremos, se agrava el tema de notificación, atento a que la parte requerida podrá oponerse al medio electrónico utilizado.

La imposibilidad de notificar resulta abstracta, otorgando espacio para infinidad de actividades dilatorias. La parte que no comparece deberá abonar una multa cuyo monto será equivalente a un porcentaje del sueldo básico de un juez nacional de primera instancia y le otorga a la requirente la potestad de cerrar el proceso de mediación por incomparecencia injustificada, y habilita de manera inmediata la vía judicial para el litigio.

**II. La audiencia de mediación en época de pandemia**

Las audiencias de mediación prejudicial obligatoria se suspendieron en época de pandemia por res. 106/2020, durante el plazo dispuesto por la acord. CS 4/2020 (que declaró inhábiles los días 16 al 31 de marzo de 2020 para las actuaciones judiciales ante todos los tribunales que integran el Poder Judicial de la Nación), declarando que "no se deberán desarrollar audiencias de mediación en el marco de la ley 26.589 (mediación obligatoria previo a la instancia judicial), sin perjuicio de la validez de los actos cumplidos a la fecha de publicación de la presente".

Todo ello conforme a lo establecen los arts. 28 de la ley 26.589 y 23 del Anexo I, dec. regl. 1467/2011.

La jurisprudencia, desde 2001, "sigue resolviendo por la reapertura de la mediación o en caso por declarar invalida el acta de cierre de la mediación por imposibilidad de notificación" **(1)**.

El tribunal de alzada desde varios años posibilita la reapertura, sin perjuicio de entrar en debate sobre el tema, en cuanto a los efectos y los perjuicios en cada caso, que deberán evaluarse en particular.

Los temas y los efectos procesales son disimiles; en algunos casos se declaró nula la instancia previa, ante la falta de notificación a una de las partes **(2)**.

Los jueces evitan el dictado de nulidades, por tal motivo la frase "por imposibilidad de notificación" deviene abstracta, abusiva del proceso o del respeto por el debido proceso, si no se acompaña de documentación que demuestre la veracidad de la notificación o del domicilio. Por otro lado, no existe ni jurisprudencia similar, ni normas que regulen la conducta del mediador, por cuanto no deberá citarse al letrado del demandante, en cambio *deberá citarse al obligado a notificar*, para que informe "la imposibilidad de notificación".

La responsabilidad ética del mediador pone en juego la institución, las actas son el efecto de la firma de un funcionario público. El mediador resulta un transformador de la cultura según la teoría sistémica **(3)**. Lo antes expuesto demuestra el carácter ético de las frases que imprime en el acta de cierre.

En algunos casos la jurisprudencia de alzada posibilitó el rechazo de la caducidad de la instancia planteada: "A pesar de que la exigencia de tener que cumplir con un nuevo intento conciliatorio constituye un recaudo que los jueces deben solicitar de oficio, no existe norma legal que contemple de manera específica que dicho escenario traiga aparejado *per se* el rechazo liminar de la demanda y su consecuente archivo" **(4)**.

---

(1) CNCiv., sala H, "Liwzyc de Goffan, Eva c. Goffan, Mario y otra s/ cobro de sumas de dinero". Corresponde reabrir la etapa de mediación si no se ha integrado aquella con uno de los co-demandados, no siendo óbice para ello que el emplazado en el domicilio en el extranjero, en virtud de lo dispuesto por el art. 11, párr. 2º, ley 24.573, y por el art. 11, párr. 5º, dec. 91/1998; id., sala H, 11/4/2001, "Jara, Irma c. Consorcio de Propietarios Hipólito Irigoyen", R 306560, 2592/2600.

(2) CNCiv., sala E, 25/10/2012, "Seriso, Sergio M. c. Pastore, Luisa y otros s/ daños y perjuicios - ordinario", AR/JUR/57159/2012. Es nula la mediación previa obligatoria llevada a cabo en el marco de un proceso de daños, si una de las partes fue citada a un domicilio distinto al que le fue notificada la demanda, pues el objetivo de la Ley de Mediación es promover la comunicación directa de las partes para lograr una solución extrajudicial, de allí que la falta de cumplimiento del requisito de citación de los involucrados traiga como consecuencia que no pueda considerarse habilitada la instancia.

(3) DIOGUARDI, J. "Teoría general del proceso", Ed. Abeledo Perrot, 2010, ps. 38 y 49.

(4) CNCiv., sala D, 15/09/2020, "Mayerhoffer Argentina SA c. Karpol SA s/ ordinario tribunal", se revoca la

Ante la jurisprudencia a favor de activar nuevamente la instancia previa al proceso de judicial de mediación, debería contemplarse elementos contundentes, para citar al mediador al proceso, a los fines de manifestar, ante acta de cierre de audiencia por imposibilidad de notificación, en el cual no se haya acreditado documentación que justifique la veracidad del domicilio, evitando transformar la mediación en un trámite administrado, una herramienta para luego solicitar la caducidad de la instancia, constantes reaperturas, en contra del debido proceso.

**III. Análisis de la jurisprudencia**

Ante la propagación del citado virus y su impacto sanitario, la acord. CS 4 del 16/03/2020 dispuso en su art. 1º declarar inhábiles los días 16 a 31 de marzo del presente para las actuaciones judiciales ante todos los tribunales que integran el Poder Judicial de la Nación, sin perjuicio de la validez de los actos procesales cumplidos o que se cumplan, con el objeto de contribuir con el aislamiento sanitario necesario en línea con las medidas establecidas por el Poder Ejecutivo Nacional.

La ley 26.589 establece la mediación como procedimiento de resolución de conflictos obligatorio previo a la instancia judicial, dentro de los límites que aquella enuncia, resultando de aplicación el régimen de mediación.

El art. 40 de dicha norma creó el Registro Nacional de Mediación, cuya organización y administración son responsabilidad de este Ministerio; dentro de sus funciones controla la función de los mediadores, de los cuales es ente de contralor.

El dec. 1467/2011, sus modificatorios y complementarios dispone en el art. 19 de su Anexo I que el trámite de mediación se desarrollará en días hábiles judiciales, salvo acuerdo en contrario de las partes intervinientes y el mediador, el cual se instrumentará por escrito.

En la extraordinaria situación epidemiológica resulta conveniente adoptar medidas excepcionales de carácter preventivo en los ámbitos donde se llevan a cabo las correspondientes mediaciones, en línea con los objetivos fijados por las normas antes referidas. Y, por lo expuesto, corresponde establecer que durante el plazo dispuesto por la acord. CS 4/2020 no se deberán desarrollar audiencias de mediación en el marco de la ley 26.589; comprende a todas las audiencias, aun aquellas que se llevan a cabo en los centros de mediación dependientes de esta jurisdicción. Cabe señalar que la res. 121/2020 del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos dispuso que durante la vigencia de las restricciones ambulatorias y de distanciamiento social dictadas en el marco de la emergencia pública en materia sanitaria establecida en el DNU 260/2020, en virtud de la Pandemia declarada en relación con el coronavirus COVID-19, los mediadores prejudiciales podrán llevar a cabo las audiencias por medios electrónicos, mediante videoconferencia u otro medio análogo de transmisión de la voz o de la imagen, siempre que quede garantizada la identidad de los intervinientes y el respeto a los principios que rigen el procedimiento de mediación prejudicial obligatoria previstos en la ley 26.589 (art. 1º).

*III.1. El mediador tendrá la responsabilidad de convocar a las partes y a sus letrados patrocinantes, y acreditar sus respectivas identidades (art. 2º). Ley 26.586.*

Previo a la primera audiencia, las partes y sus letrados patrocinantes deberán enviar al correo electrónico constituido por el mediador el número de teléfono celular, la imagen del anverso y el reverso del DNI la de los documentos que acrediten la personería. De este modo, las partes y sus letrados patrocinantes dejarán a su vez declarados los propios correos electrónicos y sus números de teléfono celular, a través de los cuales serán válidas todas las comunicaciones posteriores (art. 3º).

La faceta moviliza nuestro interés más allá de los puntos en común que presentan, que los tratamos en anteriores comentarios doctrinarios; amerita una consideración especial la gran cantidad de casos que se presentan con imposibilidad de notificación, vulnerando el procedimiento de mediación, al no corroborar las ac-

resolución que declaró caduca la instancia de mediación y a consecuencia de ello, dispuso el archivo de las actuaciones pues ni la ley 26.589 ni su dec. regl. 1467/2011 han especificado cuáles son las consecuencias que se siguen de la declaración de caducidad del trámite de mediación y que, por lo tanto, no cabe asimilar tal situación a la caducidad sustancial, porque no extingue el derecho del requirente sino que solo determina la necesidad de efectuar una nueva mediación.

tas, ocasionando un perjuicio al letrado. Ahora bien, al contestar el traslado dispuesto por este tribunal la accionada negó haber sido convocada a mediación previa, así como negó haber recibido mail a esos fines. Ante ello, se aprecia que de la documentación adjuntada por la actora *no surge la citación efectiva a la accionada para llevar a cabo la mediación previa obligatoria***.** En efecto, de ninguna de las constancias adjuntadas con su escrito de revocatoria surge la recepción por parte de Australtex SA de la notificación de la mediadora citándolo a audiencia, como tampoco la conformidad de esta para llevar a cabo la mediación por medios virtuales, como la normativa lo requiere **(5)**.

No existe norma legal que contemple de manera específica que dicho escenario traiga aparejado *per se* el rechazo liminar de la demanda y su consecuente archivo. De modo que, en las condiciones descriptas, una decisión en ese sentido —como la adoptada en el caso— aparece a todas luces como excesiva, pues es sabido que esa potestad debe ejercerse con prudencia, moderación y con criterio restrictivo, ciñéndola a aquellos supuestos en que la inadmisibilidad de la pretensión aparezca de modo palmario, evidente o manifiesto **(6)**. Sobre tales premisas, conclúyese que en el caso no cupo rechazar la acción, sino disponer la formalización de *un nuevo requerimiento de mediación previa y obligatoria conforme a las disposiciones de la ley 26.589* **(7)**.

### IV. Mediación a distancia. Audiencia virtual

La mediación previa a todos los juicios autoriza la celebración de audiencias de mediaciones prejudiciales por medios electrónicos, a través de videoconferencia u otro medio análogo de transmisión de la voz o de la imagen, siempre que quede garantizada la identidad de los intervinientes y el respeto a los principios que rigen el procedimiento de mediación prejudicial obligatoria previstos en la ley 26.589, modificado por res. 121/2020.

Las audiencias se podrán realizar únicamente cuando todos los participantes cuenten con los medios técnicos necesarios y hayan prestado conformidad por escrito —en cualquier soporte— para llevarlas a cabo de tal modo. No se aprecia cumplida en el *sub examine* la instancia previa de mediación entre las partes, teniendo en cuenta que de "ninguna de las constancias adjuntadas por la actora surge la recepción por parte de la accionada de la notificación de la mediadora citándolo a audiencia, como así tampoco la conformidad para llevar a cabo la mediación por medios virtuales, como la normativa lo requiere" **(8)**.

El fallo es una pieza fundamental para comprender el tipo de actos realizados en la instancia previa obligatoria que pone en juego la ética, si se toma el acto jurídico procesal, ante la imposibilidad de notificación, por el cierre del acta de mediación, habilitando la reapertura, aun cuando el expediente ingresara por apelación al tribunal superior.

La primera diferencia son las cuestiones que se suscitan ante la presentación en el juzgado asignado de una demanda que difiera en algunos de los datos volcados en el formulario de mediación lo cual hace factible la reapertura de la instancia previa; otro caso de reapertura podría ocurrir en cuanto a transformar la demanda en el supuesto de un expediente en el que se ha tramitado la mediación, luego de haberla presentado en el juzgado en el cual difieren los datos consignados en la demanda. En estos casos es susceptible de reapertura, pues implica modificación de los sujetos, objeto o causa de la mentada demanda. En cambio, consideramos, que, en el caso de imposibilidad de notificación, debería existir una resolución de mero trámite que acredite la validez del acta de cierre de la

(5) CNCiv., sala A, 20/05/2021, "Camuzzi Energía SA c. Australtex SA s/ordinario".

(6) Art. 34, inc. 5-II, Cód. Proc.; HIGHTON, E. – AREÁN, B., "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, concordado con los códigos provinciales. Análisis doctrinal y jurisprudencial", Buenos Aires, 2006, t. 6, p. 434; íd., ARAZI, R. – ROJAS, J., "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, comentado, anotado y concordado con los códigos provinciales", Buenos Aires, 2001, t. II, p. 152; y FENOCHIETTO - ARAZI, "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, comentado y concordado", Buenos Aires, 1993, t. 2, p. 177.

(7) CNCiv., sala D, 15/09/2020, "Mayerhoffer Argentina SA c. Karpol SA s/ ordinario tribunal". En el marco de un juicio ordinario, se revoca la resolución que declaró caduca la instancia de mediación.

(8) CNCiv., sala A, 20/05/2021, "Camuzzi Energía SA c. Australtex SA s/ordinario".

mediación, previo infirme del mediador si no acompañó elementos justificatorios del acta de cierre emitido por el mediador con características de funcionario público.

**V. Mediación a distancia. Reapertura**

Los despachos o resoluciones judiciales tendientes a hacer lugar a la reapertura de dicha instancia acrecientan las costas de ambas instancias se distribuyen en el orden causado, dado que frente a las especiales particularidades del caso el actor reconvenido pudo creerse con derecho a resistir el planteo efectuado por la contraparte (arts. 279; 69, párr. 1º; y 68, párr. 2º, Cód. Proc.). Corresponde ordenar la reapertura de la mediación a fin de que ella se lleve a cabo de conformidad con la normativa vigente, sin afectar los actos procesales hasta el momento cumplidos, puesto que tanto la res. 121/2020 como la disp. 7/2020 establecen el mecanismo a seguir para la realización de mediaciones a distancia, no surgiendo de la causa que se haya cumplido con los lineamientos allí regulados **(9)**.

El principio de defensa en juicio se encuentra en juego; si bien puede considerarse que toda la normativa dictada en derredor de la etapa previa de mediación debe ser interpretada con un criterio no formalista, a fin de tornarla compatible con normas jurídicas de rango superior (como aquellas que garantizan el acceso a la jurisdicción) y para no transformar el trámite de mediación en un procedimiento excesivamente ritualista sin otro resultado que la dilación del conflicto es que dicho criterio no puede ser aplicado indiscriminadamente **(10)**.

El tema de dilatar el proceso, son argumentos que surgían con anterioridad de la pandemia. Los fines mencionados, haremos una reseña en el caso "La Mercantil Andina SA" ante la denegatoria del recurso en la instancia ordinaria, acude en queja a la alzada, con la pretensión de reabrir el trámite de mediación. El motivo que alude como fundamento es el carácter de su presentación: haber comparecido a la audiencia en su carácter de apoderado del requerido, fundamento, reconociendo la disposición legal del el art. 19 de la ley 26.589 que dispone que "las partes deben comparecer personalmente".

La Cámara rechazó y confirmó lo resuelto en primera instancia, desestimando el recurso planteado por los siguientes motivos:

- El precepto legal (art. 19) de la ley 26.589, que dispone que las partes deben comparecer personalmente, en la oportunidad de llevarse a cabo la mediación.

- Las aclaraciones *objetivas* —art. 19, ley 26.589— y *subjetivas* en cuanto a lo manifestado de imposibilidad de concurrir determinan el foco de debate de la siguiente forma: "lo cierto es que la actitud asumida por la contraparte se contrapone con un actuar anterior que le resta toda apoyatura".

No escapa a consideración de los suscriptos que el art. 19 de la ley 26.589 (BO del 06/05/2010) dispone que las partes deben comparecer personalmente, no pudiendo hacerlo por apoderado; empero, el caso que nos ocupa presenta matices que *permiten eximir la reapertura de la instancia* de mediación:

a) Admitir lo contrario iría contra la télesis de la citada ley que intenta acelerar la decisión de ciertos conflictos, pues la declaración de reapertura derivaría en un *diferimiento innecesario;* con mayor razón en el presente caso, en que al no haberse celebrado la audiencia preliminar (art. 360, Cód. Proc.), los litigantes tendrán oportunidad de componer los intereses litigiosos en esa oportunidad, yb) El entendimiento de que resolver lo contrario importaría incurrir en un *excesivo rigor formal* que no solo atenta contra el principio informante de la Ley de Mediación, sino también *contra los de celeridad y economía procesal*, por los que es deber del juez velar —art. 34, inc. 5º, e), Cód. Proc.—, la queja debe desestimarse **(11)**.

El juez conoce el derecho —regla *novit curia—,* no se conforma con ser el intermediario entre una norma art. 19 de la ley 26.589, sino por el contrario un conocedor del ordenamiento jurídico, los principios que sustentan las normas, por cuanto tiene capacidad, facultad y obliga-

(9) CNCiv., sala A, 04/06/2021, "Cheber, Maximiliano S. c. Gallegos, Martín G. s/cobro de sumas de dinero".

(10) CNCiv., sala D, 16/10/2020, "Guzmán, Rodrigo D. y otro c. Leiva, Nélida M. y otros s/ daños y perjuicios".

(11) CNCiv., sala C, 19/05/2011, "D., C. c. G., J. s/ tenencia", R. 575.351.

ción de citar al mediador a pedir explicación sobre actas que son presentadas en sede civil y comercial al solo efecto de realizar la apertura de la instancia procesal judicial, y ella reviste el carácter de actos inválidos para dicho fin.

La instancia previa ha logrado que entre en desuso la institución de la caducidad de la instancia previa, según la jurisprudencia. "Se revoca la resolución que declaró caduca la instancia de mediación y, como consecuencia de ello, dispuso el archivo de las actuaciones pues ni la ley 26.589, ni su decreto reglamentario 1467/2011 han especificado cuáles son las consecuencias que se siguen de la declaración de caducidad del trámite de mediación y que, por lo tanto, no cabe asimilar tal situación a la caducidad sustancial porque no extingue el derecho del requirente sino que solo determina la necesidad de efectuar una nueva mediación" **(12)**.

**VI. Nulidades procesales**

1. En el primer caso, "desde lo objetivo" deberá valorarse las normas y el vicio con los principios de las nulidades:

Al solicitarse la nulidad del acuerdo, o de las actas tanto de cierre como de audiencia en mediación o de cualquier acto, en primer lugar cabria *verificar el vicio*, para proceder a *dictar su invalidez*, en segundo lugar, como apoyatura, ante el *pedido de reapertura* que haría perder los principios del sistema, sería necesario entonces acudir a los principios que sustenta el microsistema de mediación, y en tercer lugar, en busca del equilibro entre la norma y los principios, haría falta acudir a la *doctrina de los actos propios*, a los fines de verificar si la conducta es antijurídica; pues bastaría con invocar normas expresas del ordenamiento, como arts. 1735 y 1736, con posibilidades que el juez lo declare, correlación de acto o manifestación o conducta con la previa actuación. Mencionaremos el caso "Sosa, Víctor G. c. La Perseverancia Seguros y otros s/ nulidad de acto jurídico" **(13)**; la citada en garantía pretende la *nulidad del convenio celebrado entre las partes en instancia mediatoria*, toda vez que de las pruebas producidas surge que el actor fue objeto de un aprovechamiento de su estado de necesidad, a la época de celebración de la audiencia, se hallaba internado, *con lo cual era dudoso estar notificado*, (la cursiva ha sido nuestro agregado) según la CNCiv., sala B, 13/11/2007. La Alzada hace lugar a la *nulidad del acuerdo*.

En este sentido, el juez deberá evaluar los principios generales que rigen en materia de nulidades para aplicar esta sanción. A saber: la especificidad, el finalismo, la regla de protección, la trascendencia y la subsanación, deberán ser consideradas con relación a cada caso concreto de abuso procesal, previamente a su invalidación.

La falta de sanción expresa de nulidad para el abuso del proceso puede ser suplida con el párr. 2º del art. 169 del Cód. Proc. Civ. y Com.: "Sin embargo, la nulidad procederá cuando el acto carezca de los requisitos indispensables para la obtención de su finalidad" **(14)**.

Cuando la conducta abusiva ha provocado un daño a la otra parte que no consiste en la simple demora (pues en este caso el resarcimiento del daño se canaliza en fijación de intereses moratorios en la sentencia judicial, resarcimiento de daños y perjuicios a cargo de la parte que incurrió en la conducta procesal abusiva **(15)**. Para no transformar el trámite de mediación en un procedimiento excesivamente ritualista sin otro resultado que la dilación del conflicto, cierto es que dicho criterio no puede ser aplicado indiscriminadamente **(16)**.

---

(12) CNCiv., sala D, 15/09/2020, "Mayerhoffer Argentina SA c. Karpol SA s/ ordinario tribunal".

(13) CNCiv., sala C con los votos de los Dres. Omar L. Díaz Solimine, Beatriz L. Cortelezzi y Luis Álvarez Juliá. Confirmar el pronunciamiento de primera instancia con costas de alzada a la vencida (art. 69, Cód. Proc.); "La Mercantil Andina SA", "Cerrudo Aucaria, Nicolás c. Osarpyh y otra s/ amparo", CFed. Mar del Plata, 15/04/2013, MJ-JU-M-79852-AR, declaró la nulidad de todo lo actuado por invocar representación como gestor —art. 48, Cód. Proc. Civ. y Com.— más de una vez en el mismo proceso no está permitido, debiendo en consecuencia declararse la nulidad de todas las presentaciones efectuadas por el letrado patrocinante, así como de todas las resoluciones judiciales tomadas en virtud de ello.

(14) DIOGUARDI, J., ob. cit., p. 259 y ss.

(15) PEYRANO, Jorge, (1993) "El abuso del derecho en el ámbito del proceso civil", *Jurisprudencia Santafesina* nro. 4, Ed. Jurídica Panamericana - Santa Fe, p. 142.

(16) CNCiv., sala, E, "Verger, Jorge M. y otros c. Omint SA de servicios s/ repetición", junio de 2017.

A esta altura del relato, teniendo en cuenta lo estipulado en el art. 24 de la Ley de Mediación, en cuanto a que *el mediador deberá notificar la audiencia* por un medio fehaciente o personalmente y que dicha *notificación deberá ser recibida por la partes con una anticipación no menor a tres días hábiles*, no podemos más que coincidir con la jueza de grado, en punto a que, ciertamente, la alegada falta de firma por parte de las requeridas, quienes —según se afirma— rechazaron las notificaciones personales, es demostrativa de la ausencia de voluntad en ese sentido y como consecuencia de ello, del acto mismo. En suma, y no encontrándose debidamente notificadas las requeridas a la convocatoria del trámite de mediación pertinente, la decisión de grado resulta ajustada a derecho, razón por la cual no cabe más que rechazar los agravios sometidos a tratamiento.

Téngase presente, que en dicho ámbito nacional el acuerdo en mediación es título que trae aparejada ejecución, con la sola firma del mediador, art. 500 del Cód. Proc. Civ. y Com., el acta de cierre es un acto jurídico procesal que deberá tener todo el efecto. Le asiste como derecho a la parte requirente y como actividad de defesa a la parte requerida. Los derechos tienen una misión social que cumplir, contra la cual no pueden rebelarse; no se bastan a sí mismos, no llevan en sí mismos su finalidad, sino que esta los desborda al mismo tiempo que los justifica; cada uno de ellos tiene su razón de ser, su espíritu, del cual no podrían separarse **(17)**.

Las garantías de los arts. 17 y 18 de la CN, pues el juzgador no puede convertirse en el intérprete de la voluntad implícita de una de las partes sin alterar, de tal modo, el equilibrio procesal de los litigantes en desmedro de la parte contraria, doctrina que cobra particular relevancia en el ámbito nacional, tratándose de un acuerdo mediatorio considerado sentencia no queda subsumido por los vicios de la voluntad. Sobre nulidades de los actos procesales por error se expidió la Suprema Corte de Justicia **(18)** y así también la Cámara de Apelación Nacional en cuanto a la nulidad del acuerdo arbitral **(19)**.

### VII. La teoría de los actos propios

Las teorías aplicadas por todo aquel que hubiera invocado fue la doctrina de los actos propios, que ha estado presente desde que Vélez Sarsfield se anticipó a su época al destinar la Sección Segunda del Libro Segundo a los hechos y actos jurídicos como fuente generadora de los derechos, e incluyó allí un dispositivo genérico sobre la manifestación tácita de la voluntad (art. 918). Tal previsión ha permitido solucionar la mayor parte de los casos que en algún

(17) JOSSERAND, Louis, "Derecho civil", Ed. Jurídicas Europa-América - Bosch, Buenos Aires, 1952, t. 2, vol. I, p. 226.

(18) SCBA, 06/03/2013, "Gómez Humberto c. Empresa de Transporte General Roca SA y otros s/ daños y perjuicios". MJ-JU-M-79124-AR (causas ac. 86.430, sent. del 02/03/2005; Ac. 89.834, sent. del 03/05/2006; C. 98.182, sent. del 10/12/2008; C. 98.992, sent. del 03/11/2010). En efecto, no cualquier error, ni siquiera la apreciación opinable que aparezca como discutible u objetable autoriza a tener por configurado semejante defecto, el cual requiere de un grave vicio lógico del razonamiento o una grosera desinterpretación material de alguna prueba (conf. ac. 89.701, sent. de 8/06/2005), situaciones extremas que los recurrentes no logran patentizar.

(19) CNCom., sala F, 27/12/2012, "Seven Group SA c. ADT Services SA s/ organismos externos", MJ-JU-M-77884-AR. La ley 25.488 —Nulidad del acuerdo arbitral— limitó temporalmente la articulación del beneficio de litigar sin gastos hasta el momento de la audiencia preliminar o de la declaración de puro derecho. Este límite opera en caso de que se aleguen circunstancias vigentes con anterioridad a ese estadio procesal, pero, a fin de coordinar tal restricción con el principio del Cód. Proc. Civ. y Com., art. 78, permitió, excepcionalmente, extender ese plazo hasta la conclusión del proceso, solo en caso de que se aleguen y demuestres hechos sobrevinientes (del voto de la Dra. Alejandra Tévez). Sumarios elaborados por Ricardo A. Nissen. En el caso se persigue la nulidad de un acuerdo arbitral, configurándose el monto imponible por el valor de los actos cuya nulidad se pretende (CNCiv., sala M, sentencia interlocutoria C.M. 264174, "Faisal, Héctor c. Rolón, Adalberto s/ pago de tasa de justicia"; CNCom., sala E, 29/11/2004, "CNP Assurances Cía. de Seguros de vida SA c. Montenegro de Harispe, Gloria s/ ordinario"; sala D, 25/09/2002, "Pombo, Cristina c. Herederos de Oscar N. Pombo s/ inc. de indeterminación de tasa de justicia"; *id.*, sala A, 30/3/2006, "HSBC Bank Argentina SA c. Compagne Blege de la West LB SA (ex Banco Europeo) s/ ord. s/ inc. de tasa de Justicia"). La acción de nulidad no resulta indeterminada cuando existen bases o pautas para la determinación del valor económico en juego (Cfr. CNCom., sala B, 13/10/98, "Chmea, David c. Boeing SA s/ sum."; *id.*, sala E, 20/06/1995, "Química Sudamericana SA c. Duperial SA s/ ord. s/ inc. ley 23.898"), como precisamente ocurre en el supuesto de autos. La procurada declaración de nulidad constituye un recurso judicial contra el acto cuestionado.

tiempo fueron considerados como hipótesis de aplicación de la teoría mencionada.

Actualmente, en el nuevo Código Civil y Comercial dicha doctrina se encuentra estipulada en la letra del art. 1067 de manera positiva, refiriéndose a los actos realizados de cada sujeto de derechos. En el actual Libro Tercero del Nuevo Código se ha plasmado que los actos serán de carácter inadmisible "cuando contradigan una conducta jurídica previa y propia del mismo sujeto".

Entendemos que se pretendió utilizar la palabra "inadmisible" en el sentido de "no aceptado", probar el nexo causal entre un hecho y sus consecuencias jurídicas revela la tarea específica del letrado actuante. Una particularidad del Código Civil y Comercial de la Nación es que la presunción referida a la relación de causalidad deja de ser un argumento jurisprudencial y doctrinario para convertirse en uno de carácter legal. Es que el nuevo art. 1735 le otorga al juez la posibilidad de presumir la relación de causalidad. Si bien ante una primera lectura esto podría considerarse una "involución" de derecho argentino, compensa de alguna manera este desbalance planteado en la redacción del siguiente art. 1736, que dispone con claridad que "la carga de la prueba corresponde a quien la alega". Los artículos mencionados (con una redacción disímil a las anteriores).

Conforme a lo manifestado, intentaremos a continuación realizar un análisis respecto de cómo pueden influir estas cuestiones (teoría de los actos propios y relación de causalidad) en la mediación, acta de cierre por imposibilidad de notificación o posibilidad de declarar cerrada la etapa previa a los efectos de unificar jurisprudencia.

**VIII. Reapertura. Teoría de los actos propios**

En primer lugar, debemos mencionar que estamos a favor de la teoría, la cual sostenemos desde hace años, que a partir de la legislación que obliga la instancia previa de mediación, los actos allí realizados son actos procesales; por ende, es aplicable para dichos actos la teoría de los actos propios.

Pero aun la doctrina que los considera extraproceso, adherimos a la postura de López Mesa, quien manifiesta: "Además de ello, siempre me ha parecido que quitar los actos extrajudiciales del ámbito de vigencia de la doctrina de los actos propios, significa reducir excesivamente su alcance, yendo incluso a contramano de los tiempos actuales y de las tendencias legislativas que se dice compartir. Dejar fuera del radio de aplicación de la doctrina el ámbito prejudicial o extrajudicial significa desertar de cubrir la mayoría de los casos" **(20)**.

La teoría de los actos propios es aplicable a la conducta realizada por los sujetos **(21)** en la instancia previa, a lo judicial, pero no fuera del proceso en general.

**IX. Trasformación de datos sustanciales**

En lo que se refiere a los dos casos mencionados, nulidad del acuerdo de mediación violatorio, solicitar reapertura de la mediación con efectos dilatorio, nos encontramos ante una cuestión distinta a la de la transformación de la demanda por cuanto es válida como adelantamos la reapertura de la mediación que trata el art. 331 del Cód. Proc.

Transformación y ampliación de la demanda: el actor podrá modificar la demanda antes de que esta sea notificada. Podrá, asimismo, ampliar la cuantía de lo reclamado si antes de la sentencia vencieren nuevos plazos o cuotas de la misma obligación. Se considerarán comunes a la ampliación los trámites que la hayan precedido y se sustanciara únicamente con un traslado a la otra parte. Si la ampliación, expresa o implícitamente, se fundare en hechos nuevos, se aplicarán las reglas establecidas en el art. 365 del Cód. Proc. Civ. y Com. En efecto cuando realmente deberá reabrirse la instancia de mediación, se trata de que el formulario aludido no es una demanda en el sentido que fija el art. 330 del Código, es decir que para dilucidar los problemas que se presenten al respecto se debe recurrir en primer lugar a la ley 26.589, sus palabras y espíritu y solo luego a las leyes análogas.

La exposición de fundamentos de ley subraya que el procedimiento de mediación prejudicial

(20) LÓPEZ MESA, Marcelo, *Anuario da Facultades de Ciencias do Traballo* nro. 4, 2013, ps. 223-278.

(21) MORELLO, Augusto M. – STIGLITZ, Rubén S., "Inaplicabilidad de la doctrina del acto propio a la declaración viciada por falta de libertad y por violencia", LA LEY del 10/08/2004, 1 y DJ 2004-2, 1241.

obligatoria tiene por objeto "instaurar un medio alternativo de resolución del conflicto, antes que el mismo sea llevado a cabo por las partes hasta los estrados judiciales (...) Refleja una clara voluntad política de institucionalizar nuevos mecanismos alternativos para la resolución de disputas, que conlleven *a solucionar los problemas de sobrecarga de tareas*, debido al volumen de demandas incoadas que soporta el Poder Judicial" (textual).

En ese sentido y teniendo en cuenta que no existe una directiva expresa del legislador indicando si alguno de los elementos que surgen del mentado formulario pueden ser modificados o sustituidos al momento de presentarse ella, habrá que estar al espíritu de la ley y en todo caso analizar que dicho cambio no se efectúe en fraude a la Ley de Mediación.

Es decir, se deberá verificar en cada caso en particular que la diferencia entre el formulario, "acuerdo de mediación" y la demanda no tenga como finalidad obviar la obligatoriedad de la mediación previa y que, por el contrario, exista una razón lógica, un hecho justifique esa modificación **"**imposibilidad de notificación" (no debe considerarse hecho nuevo). La alternativa es citar por las atribuciones del art. 34 del Cód. Proc. Civ. y Com. previamente al mediador a dar explicación y luego proceder a habilita la reapertura de ser necesario, evitando sobre cargar con medidas dilatoria.

Analizaremos algunas de las diferencias aceptables según lo dicho anteriormente respecto del a) requirente, b) requerido, c) objeto y d) monto del reclamo.

*IX.1. La reapertura por cambios en los sujetos*a)

El requirente podría modificarse, por ejemplo, por muerte de este, en cuyo caso en la demanda serán sus sucesores, o cuando en la mediación se desinterese a uno de los requirentes, los demandantes serán el/los restantes requirentes, o en los supuestos de subrogación o sucesión particular acaecidos entre el momento de presentación del formulario y de la demanda. En esto caso es factible la reapertura de la instancia previa.

b) También pueden existir cambios entre el requerido y el demandado, como por ejemplo cuando *fallece el requerido* antes de iniciar la demanda en el juzgado, o cuando de la mediación surge la exigencia de una aseguradora desconocida hasta el momento o se modifica en ese lapso la titularidad del bien sobre el cual se pretendía dirigir la acción, siendo factible la reapertura.

*IX.2. Cambios en el objeto*

c) Asimismo, el objeto puede variar, así si se disminuye su entidad y se reclamaba por nulidad, daños y perjuicios y finalmente se demanda únicamente por nulidad, o, por el contrario, ante la aparición de daños que no existían, o no se conocían cuando se inició el trámite de mediación, se puede ampliar, el monto puede ser ampliado y disminuido.

d) Cambio en el objeto, los derechos del consumidor, en ambos casos fueron reenviados a mediación, lo cual no funciona como reapertura sino inicio de la instancia previa **(22)**.

Todo lo dicho anteriormente es naturalmente aplicable, también a la transformación de la demanda una vez presentada en el juzgado, en cuyo caso entran a jugar dos tipos de limitaciones; se suman a las ya referidas por aplicación de la Ley de Mediación las contenidas en el art. 331 del Cód. Proc.

(22) CNCom., sala D, 26/04/2012, "Unión de Usuarios y Consumidores c. Nuevo Banco del Chaco SA s/ sumarísimo": "No podría invocarse la imposibilidad de conciliar los derechos colectivos de terceras personas, esto es, los usuarios representados, puesto que la ley 13.951 no prevé esa circunstancia como hipótesis de exclusión de la mediación obligatoria previa, destacándose al respecto que si bien la actora podría estar ciertamente limitada en sus facultades conciliatorias, no por ello cabe presumir sin más el fracaso de la mediación por esa sola circunstancia (cfr. Excma. CNCom., sala D, 'Damnificados Financieros Asociación Civil para su Defensa c. Bainter SA de Ahorro para Fines Determinados s/ Sumarísimo', Resol. 10/05/2007; Excma. CNCom., sala E, 'Damnificados Financieros Asociación Civil para su Defensa c. Efectivo SI Compañía Financiera Argentina s/ Sumarísimo', Resol. 25/09/2007, 'Usuarios y consumidores unidos c. Banco de la provincia de Buenos Aires s/ materia a categorizar. expte. Nº 101.255.—San Nicolás, de marzo de 2013—. En cambio, los magistrados que componen la sala D explicaron que 'esta sala tiene dicho que las acciones que involucran los intereses de los consumidores o usuarios deben someterse a mediación innecesaria dilación en la definición de este juicio (que ya lleva más de dos años), vulnerando así los principios de celeridad y economía procesal que deben regir en todo procedimiento".

Es decir, para admitir o desestimar la transformación propuesta, los ejes a tener en cuenta serán los propios de la Ley de Mediación (evitar su fraude), sin caer en actitudes formalistas que provoquen un retardo innecesario para los justiciables, más los que surgen del Código de rito, que tutelan en el punto el principio de bilateralidad, la celeridad y de defensa en juicio.

e) La denuncia de un domicilio distinto al consignado en el formulario de iniciación de mediación, ya presentada la demanda no representa indudablemente una transformación de esta, mas puede ser una vía para evadir la obligatoriedad del procedimiento de mediación **(23)**.

No obstante ello, sería contrario al espíritu de la Ley de Mediación remitir nuevamente el expediente al mediador cuando se denuncie un nuevo domicilio, distinto al denunciado en el formulario Por ello y dado que si lo creyera necesario, en cualquier momento y obligatoriamente en la oportunidad establecida en el art. 360 del Cód. Procesal el juez puede/debe invitar a las partes a un avenimiento, creemos que en principio y salvo que quede demostrada la intención de actuar en fraude a la ley no corresponde dicha remisión o reapertura.

**X. Conclusión**

En primer lugar, la ley 26.589 cuenta con la posibilidad de la instancia conciliatoria en el proceso judicial. La jurisprudencia demuestra, que, para posibilitar la reapertura de la mediación, dicho pedido no deberá ser a los fines dilatorio, pues si no hubo posibilidad o ánimo conciliatorio, ella se denegará. Motivo de la denegación se fundamentará en la vía de conciliación ante el juez.

La modificación sufrida por la pandemia logro instaurar la mediación a distancia, debiendo las partes ser notificadas de la mediación, pero además aceptar voluntariamente la nueva forma de realizar la mediación por medios electrónicos. Lo expuesto remitió a realizar cierre de actas de audiencia de mediación con la leyenda "imposibilidad de notificación".

La obligación de notificar "eficientemente" recae en el mediador, figura que deberá manifestar ante el juez competente cuáles han sido los motivos de la "imposibilidad", aun en la misma acta de cierre, evitando la nulidad del acto procesal.

Asimismo, al solo fin de evitar abuso del proceso, el mediador deberá realizar conductas que no se contradigan de una conducta anterior, sería factible aplicando la teoría de los actos propios.

En cambio, será factible la reapertura, por cambio en el objeto, sujeto, no susceptible de reapertura de mediación, y que requiera el análisis del juez para determinarlo, o no se haya determinado los sujetos, para la correcta traba de la *litis*. Lo mencionado se refiere a la aplicación de las excepciones procesales, para el correcto planteo del proceso judicial, cuidando de no invadir la excepción procesal de defecto legal en el modo de proponer la demanda.

El cambio de domicilio no habilita la reapertura, lo cual podría considerarse abuso del proceso, considerando que existe en el ámbito nacional la posibilidad de conciliar ante el juez una vez trabada la *litis*.

(23) CNCiv., sala K, 7/07/2007, "Juárez, Patricia A. c. Chávez, Osvaldo D. y otro s/ daños y perjuicios", MJ-JU-M-14349-AR. "Se desestima el planteo de nulidad articulado por la parte demandada, toda vez que no se advierte que el recurrente se haya visto privado de ejercer su debido derecho de defensa en juicio. Ello, en tanto la circunstancia apuntada en cuanto a que la letrada patrocinante de la parte actora invocó su carácter de apoderada —en la notificación de la mediación— cuando en realidad no ostentaba tal calidad, no resulta óbice para que la parte demandada no compareciera a la audiencia de mediación a la que fuera citada. no resultó posible citarlo a la instancia de mediación, podrán solicitar la reapertura de la mediación el requerido o el requirente, o disponerla el juez por sí. El incumplimiento de esta exigencia, es decir, la falta de citación de todas las partes al mentado procedimiento trae como consecuencia que no pueda considerarse habilitada la instancia, correspondiendo disponer la reapertura del trámite de mediación a fin de integrarlo debidamente con quienes no comparecieron (conf. CNCiv., esta sala, c. 292.983 del 29/03/2000, c. 481.404 del 5/07). no pueda considerarse habilitada la instancia. CNCiv., sala E, 25/10/2012.— 'Seriso, Sergio Marcelo c. Pastore, Luisa y otro s/daños y perjuicios-ordinario.' Revocar la resolución apelada a fin de disponer la reapertura del trámite de mediación. Mario P. Calatayud.- Juan C. G. Dupuis.- Fernando M. Racimo".

# DEFENSA DEL CONSUMIDOR

# Doctrina

# La figura del consumidor en los accidentes de tránsito

Facundo Banchero

**Sumario:** I. Introducción.— II. El pasajero como consumidor.— III. El usuario de ruta concesionada sometida a peaje.— IV. El contrato de seguro obligatorio de responsabilidad civil. El asegurado: ¿consumidor?.— V. Conclusiones.— VI. Bibliografía.

## I. Introducción

Los primeros pasos legislativos que en nuestro país se dieron en pos de la protección de los consumidores datan de los años sesenta, tanto con leyes dictadas de manera individual y sin relación la una con la otra (p. ej., las leyes 18.284 —Código Alimentario Argentino—, 19.724 —Prehorizontalidad—, 20.680 —Abastecimiento—, 22.262 —Defensa de la Competencia—, etc.), como a través de la reforma que la ley 17.711 introdujo en el Código Civil.

No obstante ello, la consagración normativa en la materia se produjo en el año 1993 con la sanción de la ley 24.240 de Defensa del Consumidor —lo que se reafirmaría al año siguiente con la reforma constitucional y el texto del nuevo art. 42, así como con la reciente introducción de los contratos de consumo a la letra del Código Civil y Comercial, entrado en vigencia en el año 2015—.

Desde ese momento, el derecho del consumidor ha pasado a ser considerado una rama o disciplina dentro del derecho privado, tal como en su momento lo fueron el derecho laboral o el derecho comercial.

Sin embrago, sería erróneo considerar o analizar este derecho ubicándolo únicamente dentro de los parámetros que delimitan el derecho privado. Creemos que, partiendo jurídicamente del art. 42 de la CN, el derecho del consumidor es una rama del derecho interdisciplinaria, que atraviesa transversalmente nuestro ordenamiento jurídico, nutriéndose y teniendo relación directa no solo con el derecho de fondo civil y comercial, sino también con el resto del sistema legal argentino. La protección del consumidor es un principio general del derecho: al decir de Zentner, "[f]ue luego la consagración constitucional en el año 1994, según se analizó en el acápite precedente, la que terminó por erigir a la protección del consumidor en un nuevo principio general del derecho, al mismo tiempo que la incorporación con rango constitucional de tratados internacionales vinculados con el sistema normativo de protección del consumidor" **(1)**.

Partiendo de esta base y asumiendo como un principio general del derecho el deber de proteger al consumidor —y a la persona humana—, es fácil identificar la presencia del derecho del consumo en muchos ámbitos y sucesos de la cotidianeidad, entre ellos, aquellos que quedan enrolados dentro de la materia "accidentes de tránsito", propia del derecho civil y del derecho comercial, como también del derecho penal.

Es muy fácil plantearse preguntas tales como ¿es la víctima de un accidente de tránsito un consumidor? ¿Es una relación de consumo la que surge entre el pasajero y la empresa de colectivo, subte o tren que lo transporta a cambio del pago de un precio? ¿Qué sucede en caso de que el accidente de tránsito se produzca en una ruta o autopista concesionada sometida a peaje? ¿Puede la relación jurídica existente entre el concesionario vial y el usuario afectado —víctima— quedar enmarcada dentro de los límites

(1) ZENTNER, Diego H., "Contrato de consumo", Ed. La Ley, 2ª ed. act. y amp., p. 23.

legales que hacen a la relación de consumo? ¿Cuál es la naturaleza jurídica del asegurado en el marco de un contrato de seguro obligatorio de responsabilidad civil?

Las respuestas a estas y a muchas otras preguntas vinculadas a la materia han sido durante muchos años un tema de gran y arduo debate, tanto a nivel doctrinario como jurisprudencial. Sin embargo, la solución a estos interrogantes no debe ser algo que debamos buscar a la ligera, toda vez que la dirección en la que decidamos ir nos ubicará —tanto a nosotros desde el punto de vista teórico como a los protagonistas de los hechos en la práctica— en situaciones o escenarios muy disímiles. Siendo la protección al consumidor un principio general del derecho que surge, ni más ni menos, del art. 42 de la CN, ubicar a la víctima de un accidente de tránsito dentro de la figura del consumidor le traerá, indudablemente, muchos beneficios jurídicos y procesales. Atento a ello, es fundamental a la hora de interponer una demanda —en el caso de los abogados— o de dictar una sentencia —en el caso de los magistrados— responder a la pregunta: ¿es el asegurado, el pasajero o la víctima del accidente de tránsito un consumidor? Si la respuesta es *sí*, toda la batería de principios, derechos y figuras jurídicas destinadas a la protección del consumidor —desde el art. 42, CN, hasta la ley 24.240 y el Cód. Civil y Comercial— les serán aplicables, tanto en las cuestiones de fondo como en las cuestiones procesales. En estos casos, por ejemplo, ante la duda, toda interpretación que se haga de los principios o normativa aplicables, o de los medios de prueba, siempre se resolverá por la más conveniente para el consumidor (art. 3º, ley 24.240); se le otorgará el beneficio de gratuidad (art. 53, ley 24.240); y el proceso tramitará por vía sumarísima —o proceso de conocimiento más abreviado que rija en la jurisdicción del tribunal competente— (art. 53, ley 24.240).

En virtud de todo lo expuesto, en el presente trabajo nos dedicaremos a analizar, estudiar y entender cuál es el grado de influencia y/o de relación que existe entre el derecho del consumidor y la materia "accidentes de tránsito"; qué tan involucrado se encuentra el primero con en el segundo; y cuáles son las consecuencias jurídicas que ello produce —o debería producir— tanto en la teoría como en la práctica.

## II. El pasajero como consumidor

El contrato de transporte de personas puede ser definido como aquel en el cual una de las partes, denominada transportista, se obliga a trasladar a otra, llamada pasajero, de un lugar a otro a cambio del pago de un precio, garantizando su seguridad e indemnidad.

También se ha dicho que "habrá contrato de transporte toda vez que una persona (transportista) se obligue a trasladar personas de un lugar a otro, por un precio determinado y con indemnidad para la misma" **(2)**.

Si tomamos la letra del art. 1280 del Cód. Civ. y Com., podemos llegar a un resultado muy similar, definiendo el contrato de transporte de pasajeros como aquel en el que una de las partes, llamada transportista, se obliga a trasladar personas de un lugar a otro, mientras que la otra, llamada pasajero, se obliga a pagar un precio en concepto de contraprestación.

Lo cierto es que, previo a la sanción del Código Civil y Comercial, la única norma escrita que en nuestro ordenamiento jurídico hacía alusión al transporte de personas era el art. 184 del Cód. Com., que rezaba: "En caso de muerte o lesión de un viajero, acaecida durante el transporte en ferrocarril, la empresa estará obligada al pleno resarcimiento de los daños y perjuicios".

El problema, como puede observarse, era que dicha norma únicamente se refería a la responsabilidad civil por daños sufridos en el marco del transporte ferroviario. Sin perjuicio de ello, a través de diversos fallos, la jurisprudencia se hizo cargo de expandir tal regulación al resto de los tipos de transporte de pasajeros por tierra (autos, colectivo, subterráneo, etc.), por lo que, ante el vacío legal, los distintos casos de daños y perjuicios sufridos por pasajeros que se iban dando en la práctica, pasaron a tener una solución pretoriana.

La sanción del Código Civil y Comercial en el año 2015 trajo luz en la materia, regulando expresamente las cuestiones relativas al transporte de pasajeros a partir del art. 1280 antes mencionado. De este modo, lo que antes se re-

(2) GHERSI, Carlos A., "Manual de contratos civiles, comerciales y de consumo", Ed. La Ley, 1ª ed., p. 778.

solvía en los tribunales siguiendo una decisión o estrategia jurisprudencial, pasó a ser resuelto con base en el texto legal.

Asimismo, cabe agregar que, más allá de que el artículo en comentario se refiera al traslado de pasajeros "de un lugar a otro" (similar al "durante el transporte" contenido en el art. 184, Cód. Com.), la relación contractual entre las partes no queda limitada a ello, sino que comienza cuando el transportista recibe o embarca al pasajero, y finaliza al momento del desembarco, tal como expresamente lo dispone el art. 1288. Esto quiere decir que la relación contractual que vincula jurídicamente a las partes —transportista y pasajero— comprende no solo el transporte en sí mismo, sino también los momentos previos —embarco— y posterior —desembarco—. Atento a ello, y retomando los elementos que conforman las definiciones dadas *ut supra*, es deber del transportista garantizar la seguridad y la indemnidad (deber de seguridad) del pasajero desde el ascenso o embarque hasta el descenso o desembarco. Esta solución que hoy nos brinda el Código es acertada y cristaliza la postura que durante años fue construyendo la jurisprudencia. A modo ejemplificativo, podemos señalar algunos fragmentos de fallos que van en este sentido, antes mayoritario en el ámbito tribunalicio, hoy parte del texto legal que conforma nuestro derecho positivo:

"El transportista es responsable de los daños sufridos por los transportados —en el caso, un pasajero que ascendía a un ómnibus cayó al pavimento por el brusco arranque del vehículo—, pues en virtud de su deber de seguridad debe trasladar a la persona sana y salva al lugar convenido, salvo que demuestre las eximentes que establece el art. 182 del Cód. Com" (CNCiv., sala D, "Álvarez, Víctor H. c. Devoto SA").

"Lo expuesto evidencia que la interpretación dada por los juzgadores, invierte el curso de razonamiento que impone el art. 184 del Cód. Com. en cuanto a los daños sufridos por el pasajero en su persona, y que comprende el ascenso y descenso del vehículo, sin descartar la aplicación del art. 1113 del Cód. Civil, en cuanto ambos establecen una responsabilidad objetiva del porteador o dueño de la cosa riesgosa (v. doctrina de Fallos 316:2774; 321:1462; 323:2930), desvirtuando estas normas hasta tornarlas inoperantes al restringir dogmáticamente el alcance de las mismas, particularmente de la última, cuyo fin específico es posibilitar la indemnización del daño causado por el riesgo o vicio de la cosa en las situaciones en que este se produce (v. doctrina de Fallos 312:145; 323:3251; 324:1344, entre otros)" (CS, "Ledesma, María Leonor c. Metrovías SA s/ recurso de hecho deducido por la actora").

"Ante todo, conviene recordar que el transportador es responsable por el daño que sufran los pasajeros durante el viaje, debido al deber de seguridad que le impone el contrato, en virtud del cual debe conducir a la persona transportada sana y salva al lugar de destino. Y si algún daño sufre durante el transporte, nace la obligación de indemnizarla por parte del porteador, sin que pueda exonerarse alegando y probando que no hubo culpa de su parte o de sus dependientes o subordinados (conf. Bustamante Alsina, Jorge, 'Teoría general de la responsabilidad civil', p. 319). Esta obligación de la empresa de transportes no se limita a lo que acontezca exclusivamente mientras el pasajero se encuentre en el medio que lo traslada, sino que también comprende el deber de seguridad durante el ascenso y el descenso necesarios para que el contrato cumpla su objeto (CS, 22/04/2008, 'Ledesma, María Leonor c. Metrovías SA', L 1170 XLII; CNCiv., sala F, 8/9/2004, 'Redini Valle, Horacio Renzo c. Pérez, Omar Gustavo y otros s/ daños y perjuicios', L. 394.229; CNCiv., sala H, 11/02/2004, 'Pomar, Omar Ricardo c. Cordal, Juan Carlos y otros s/ daños y perjuicios', elDial.com AA1EE3, entre muchos otros)" (CNCiv., sala B, "Centurión, Mirta S. c. Gral. Tomás Guido SACIF y otro s/ daños y perjuicios (acc. trán. c/ les. O muerte").

"Es abundante y pacífica la jurisprudencia actual del fuero que considera que la responsabilidad contractual del transportador, emergente del art. 184 del Código de Comercio, se extiende a todos los ámbitos en que este desarrolla su actividad y que deben ser transitados obligadamente por el usuario del servicio a partir del momento en que celebra el contrato de transporte hasta que, finalizado el viaje propiamente dicho, abandona esos ámbitos. Por ello, andenes, escaleras, túneles de conexión entre estaciones o de salida a la superficie una vez finalizado el viaje, etcétera, son lugares que se hallan bajo la

vigilancia y control del transportador que explota el servicio quien será responsable de los daños sufridos por los usuarios en los términos de la norma legal citada, 'a menos que pruebe que el accidente provino de fuerza mayor o sucedió por culpa de la víctima o de un tercero por quien la empresa no sea civilmente responsable' (conf., CNCiv., sala F, junio 20/2002, 'Picchi, Adela c. Trenes de Buenos Aires SA s/ daños y perjuicios', L.340.629; id. sala K, mayo 6/1996, 'Fernández, M. c. Subterráneos de Buenos Aires s/ daños y perjuicios', L.82.173, entre otros) (...). Como se señaló en un precedente de similares características 'el tumulto de gente no es un hecho ajeno al transporte. Los empujones producto del aglutinamiento de los pasajeros apresurados por ingresar a la formación no responden sino a una omisión previa del prestador, cual es la de preparar y asegurar un ascenso y descenso seguro de los pasajeros de modo que no sufran daños a su integridad física' (Conf. CNCiv., sala I, junio 5/2014, 'Brunstein, Marta E. c. Metrovías SA s/ daños y perjuicios', expte. Nº 72.863/2011). Como bien sostiene la sentenciante 'la emplazada tiene el deber de adoptar medidas destinadas a cuidar la salud y vida de los usuarios (...) y ello implica el deber de organizar en forma adecuada el ascenso, descenso y circulación de pasajeros mediante una adecuada distribución del espacio y con la asistencia del personal necesario a ese fin' (fs. 411 vta. *infra*)" (CNCiv., sala F, "Vernáz, Pablo César c. Metrovías SA s/ Daños y perjuicios".

Sobre la base de ello, y ya metiéndonos de lleno en las cuestiones relativas en la responsabilidad civil, tanto por lo dispuesto por el Cód. Civ. y Com. como por lo que hace años viene resolviendo la jurisprudencia, en aquellos casos en los que un daño se produce en el marco de un contrato de transporte de pasajeros —abarcando el lapso temporal desde el embarco, pasando por el transporte en sí mismo, hasta el desembarco—, nos encontramos ante un supuesto de responsabilidad contractual objetiva del transportista para con la persona dañada. Dicha solución surge de lo establecido por el art. 1286, que en estos casos sujeta la responsabilidad del transportista a lo que disponen los arts. 1757 y 1758.

Sin perjuicio de ello, a la hora de analizar la responsabilidad civil del transportista, y a la hora de plantear un eventual reclamo en busca de una indemnización resarcitoria del perjuicio sufrido, una cuestión realmente importante a tener en cuenta es el hecho —jurisprudencialmente aceptado desde hace años— de que el contrato de transporte de pasajeros queda encuadrado dentro de los límites de la relación y/o contrato de consumo, es decir, dentro de la órbita de los Derechos del Consumidor.

El art. 3º de la ley 24.240 establece que la relación de consumo es "el vínculo jurídico entre el proveedor y el consumidor". Es evidente que, en el marco del contrato de transporte de pasajeros, el transportista cumple la función o el rol de proveedor (persona física o jurídica, de naturaleza pública o privada, que de manera profesional u ocasional desarrolla la comercialización de un servicio a favor de un consumidor o usuario —art. 4º, ley 24.240—) y el pasajero la de consumidor (persona física o jurídica que adquiere, en forma gratuita y onerosa, un servicio como destinatario final —art. 1º, ley 24.240—).

En este sentido se ha expresado nuestra jurisprudencia, desde nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación hasta los tribunales de grado, a lo ancho y ancho de nuestro país.

Al respecto se ha dicho:

"La interpretación de extensión de la obligación de seguridad que tiene su causa en un contrato de transporte de pasajeros integrada con lo dispuesto —por el entonces vigente— por el art. 184 del Código de Comercio, debe ser efectuada teniendo en cuenta el derecho a la seguridad previsto en la Carta Magna para los consumidores y usuarios. Ha afirmado, asimismo, que la seguridad debe ser entendida como un valor que debe guiar la conducta del Estado así como a los organizadores de actividades que, directa o indirectamente se vinculen con la vida o la salud de las personas, ya que la incorporación de este vocablo en el art. 42 de la CN, es una decisión valorativa que obliga a los prestadores de servicios públicos desempeñar conductas encaminadas al cuidado de lo más valioso que existe: la vida y la salud de sus habitantes, sosteniendo, por otra parte, que 'los usuarios y consumidores son sujetos particularmente vulnerables a los que el constituyente decidió proteger de modo especial, y por lo tanto no corresponde exigirles

la diligencia de quien celebra un contrato comercial'" (CS, "Ledesma, María Leonor c. Metrovías SA").

"El vínculo entre las actoras y la línea de colectivos demandada por los daños que sufrieron al intentar descender de una unidad puede encuadrarse en una relación de consumo, correspondiendo la aplicación del art. 42 de la CN, que impone un deber de seguridad con carácter objetivo, y de los arts. 5º, 6º, 40, 53 tercer párr., y ccdtes. de la ley 24.240 de Defensa del Consumidor (reformada por la ley 26.361)" (CNCiv., sala B, "C. A. M. y Otros c. Micro Ómnibus Mitre SA y otros s/ daños y perjuicios").

"Corresponde admitir la demanda promovida, contra la empresa de transporte público de pasajeros y el chofer del colectivo, por la pasajera que sufrió lesiones al caer al suelo del ómnibus como consecuencia del impacto del mismo contra una columna de un puente, dado que la responsabilidad debe ser considerada dentro de una relación de consumo, originada en el contrato de transporte. Cabe destacar que resulta de aplicación no solo el mandato constitucional referido en el art. 42 (protección de la salud y la seguridad de los consumidores y usuarios), sino también los Códigos Civil y de Comercio, en tanto por estos últimos no aparezcan restringidos o modificados los principios generales del derecho del consumidor" (JNCiv. Nº 109, "Ávila, Magdalena C. c. Dota SA de Transporte Automotor y otros s/ daños y perjuicios (acc. trán. c/ les. o muerte)".

En palabras de Nidia Salignac, "[t]endencias más modernas consideran al transporte de personas como una 'relación de consumo' (art. 42 de la CN y art. 1º de la ley 26.361), que se traduce en una obligación de resultado, cual es el desplazamiento hasta el lugar de destino de la persona" **(3)**.

Queda más que claro que, aun cuando el transportista cabe a la perfección dentro de la figura del proveedor y el pasajero en la de consumidor o usuario, la llave jurídica para introducir y contemplar al contrato de transporte de pasajeros dentro del derecho del consumidor es el "deber de seguridad".

Al respecto, el Dr. Lorenzetti tiene dicho que "[e]l transportista es responsable por el incumplimiento del deber contractual de seguridad que le acarrea responsabilidad contractual objetiva (...). Es una responsabilidad objetiva contractual, de la que el transportador solo se libera demostrando la causa ajena. En un régimen basado en el distingo entre las órbitas contractual y aquiliana de responsabilidad, como el nuestro, es necesario precisar que no se trata de la imputación por riesgo creado que fundamenta el riesgo o vicio de las cosas, sino del incumplimiento de la obligación determinada de trasladar al pasajero y de la garantía de seguridad, que consiste en evitar que sufra daños. De tal modo, no es necesario probar el riesgo o vicio de las cosas, sino la frustración del plan prestacional acordado (...). En cuanto a las eximentes y como corresponde a la responsabilidad objetiva, el transportista no se libera demostrando su falta de culpa, es decir, la diligencia prestada, sino solo mediante la evidencia de que no existió un nexo causal, esto es, que hubo un caso fortuito, hecho de la víctima o de un tercero por el cual no se es responsable" **(4)**.

Partiendo de esta opinión —compartida por la mayoría de los autores y por una extensa trayectoria jurisprudencial—, esta obligación de mantener indemne, sano y salvo al pasajero es una obligación de resultado que comienza al momento del ascenso o embarque y finaliza una vez se produce el descenso —momento en el cual la relación jurídica contractual y consumeril se extingue—. Así, si en cualquier instante que quede comprendido dentro de ese lapso temporal el pasajero sufre un daño o perjuicio, se constituirá un incumplimiento sobre el deber de seguridad a cargo del transportista, motivo por el cual, automáticamente, recaerá sobre él una responsabilidad civil objetiva (en tanto el deber de seguridad es pacíficamente reconocido como un factor objetivo de atribución —arts. 5º y 40, ley 24.240—) y contractual (en tanto el deber de seguridad que el transportista tiene para con el pasajero surge del contrato celebrado entre ambos), cuya mayor consecuencia en el ámbito procesal será la inversión de la carga de la prueba —llamada por algunos "carga probatoria dinámica", por otros "deber de

(3) *Ibid.*

(4) LORENZETTI, Ricardo L., "Tratado de los contratos", Ed. Rubinzal-Culzoni, t. III, ps. 739-741.

colaboración y solidaridad procesal"—. Así lo ha dicho la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil: "La obligación de seguridad del transportista se mantiene durante todo el recorrido, ascenso, descenso, sea en viaje o en las paradas terminales intermedias y cesa solo en el momento en que el viajero sale de la estación de llegada. (...) el simple incumplimiento lo hace responsable de los daños ocasionados, pudiéndose eximir de responsabilidad solo si acredita caso fortuito, culpa de la víctima o el hecho de un tercero" **(5)**.

Atento a lo dicho y retomando la cuestión relativa a la inversión de la carga probatoria —cuestión que considero trascendental desde el punto de vista procesal—, siendo la víctima quien alega la ocurrencia del daño, es ella —el pasajero— quien pretende hacer valer la responsabilidad del deudor —transportista—, y por tanto, es ella quien deberá aportar al proceso la demostración de que el hecho dañoso ha existido. Sin perjuicio de ello, al estar el pasajero dañado revestido de calidad de consumidor, y encontrándose frente a un factor objetivo de atribución —incumplimiento del deber de seguridad que surge directamente del contrato de transporte celebrado—, una vez probado el hecho dañoso, la carga probatoria se invertirá a tal punto de que pasará a ser el transportista quien deberá demostrar su ausencia de responsabilidad, la cual se presume.

Asimismo, cabe agregar que los tribunales se han mostrado reticentes a aceptar los eximentes de responsabilidad planteados por los transportistas; al menos, a aceptarlos con la misma permisibilidad en la que lo hacen en casos que se desarrollan fuera de la esfera del derecho consumeril. Y esto se debe a las mayores protecciones que la ley le reconoce a todas aquellas personas que ocupan el lugar de consumidor o usuario —al ser estos la parte más débil de la relación contractual o jurídica con base en la cual se originó el conflicto—, debiendo todo ser analizado y/o juzgado en el marco del art. 42 de la CN. En este sentido, al juzgar recientemente el daño sufrido por el pasajero de un tren como consecuencia de una piedra arrojada desde el exterior, y retomando la doctrina que la Corte Suprema había utilizado en un caso similar (fallo "Mauales, Cecilia V. c. Unidad de Gestión Operativa de Emergencias SA"), la Cámara de Apelaciones de Mendoza exigió que para dar procedencia a eximentes de la responsabilidad como lo son la culpa de la víctima o el hecho de un tercero por el cual no se debe responder, que aquellos cuenten con el carácter de imprevisibles e inevitables propio del caso fortuito. Es decir, en aquellos casos en los que la víctima del daño sea un pasajero —consumidor—, los eximentes de responsabilidad serán aplicados con carácter restrictivo.

"Corresponde confirmar la sentencia de grado que condena a la empresa de transportes demandada a resarcir los daños y perjuicios sufridos por la actora cuando, en su calidad de pasajera, terceros extraños arrojaron piedras al colectivo en el que viajaba, provocando la rotura de dos ventanillas, toda vez que una interpretación no solo armónica y sistemática de las normas en juego, sino especialmente teleológica, debe partir de la ponderación de los valores del art. 42 de la CN, impone que las causales de exoneración de responsabilidad del porteador previstas en el art. 184 del Cód. Com., deben ser analizadas a la luz y dentro del marco que dimana del art. 40 de la ley 24.240. De este modo, en estricto rigor lógico-jurídico las causales 'culpa de la víctima o de un tercero por quien no se debe responder' solo podrán liberar la responsabilidad objetiva del transportista si reúnen los caracteres de imprevisible e inevitable típicas del caso fortuito, única eximente mencionada en esta última norma. Y en tal sentido, se coincide en que ante una práctica reiterada y frecuentes en los últimos años de actos de vandalismo de inadaptados sociales que atacan con elementos contundentes el paso de formaciones ferroviarias o de transporte automotor, no puede pretenderse que dichos hechos puedan encuadrarse en el caso fortuito. Además, pueden las empresas transportistas evitar este tipo de daño que no es, a esta altura, imprevisible y obligar a los pasajeros a mantener los vidrios cerrados y las cortinas corridas". (C. 2ª Civ. Com. Minas, Paz y Trib. Mendoza, "C. E. L. c. Nueva Chevalier SA s/ daños y perjuicios").

Misma solución decidió adoptar la CS al resolver el daño sufrido por un pasajero que, luego de ser víctima de un hecho delictivo ocasionado

(5) CNCiv., sala H, 10/04/2000, "Zapata, Jorge E. c. Ferrocarriles Metropolitanos SA".

dentro del vagón del tren, cayó de la formación. Se dijo que, "[e]n este sentido, y en atención a que, como ya se dijo, en el caso no está discutida —cuanto menos— la caída del actor a las vías desde la formación en movimiento corresponde a la empresa demostrar eficazmente alguna eximente para romper el nexo causal: fuerza mayor, culpa de la víctima o hecho de un tercero por el que no deba responder, excusaciones que deben ser apreciadas con criterio restrictivo" **(6)**. En un caso similar —pasajera herida de bala al descender de un tren—, el resultado judicial fue el mismo: "Así, la mera invocación del hecho del tercero resulta ineficaz para lograr la exención de responsabilidad contemplada en el art. 184 del Cód. Com., si no se configuran los extremos propios del caso fortuito que atañen a la imprevisibilidad e inevitabilidad del hecho (v. doctrina de Fallos 313:1184). (...) no consta acreditado por Transportes Metropolitanos General San Martín SA su imposibilidad de evitar el hecho dañoso" **(7)**.

De esta manera resulta evidente la importancia que tiene, a la hora de iniciar una demanda o de resolver un caso sometido a decisión judicial, evaluar y analizar la condición de consumidor que reviste la víctima de un accidente de tránsito en aquellos casos en los que ocupaba, al momento del hecho, el lugar de "pasajero" como consecuencia del contrato de transporte de personas celebrado. El pasajero es consumidor, atento a que el contrato del cual deriva tal posición o título es un contrato de consumo. Partiendo de esta base, al pasajero le caben todas las protecciones que nuestro ordenamiento jurídico concede a los consumidores y usuarios: beneficio de gratuidad, procedimiento judicial más abreviado, derecho a la dignidad, derecho a la información, legitimidad para el reclamo de daño punitivo, protección contra las cláusulas abusivas y demás batería de derechos que emanan desde el art. 42 de la CN hasta la ley 24.240, pasando, a su vez, por todo el articulado que el Código Civil y Comercial de la Nación le dedica a la materia. Y sumado a toda esta plataforma de derechos, en el marco de un proceso judicial rige la carga dinámica de la prueba, el carácter restrictivo aplicable a los eximentes de responsabilidad que eventualmente invoque el transportista demandado y las presunciones a favor del consumidor en materia de prueba y legislación aplicable, que derivan directamente del principio general *in dubio pro consumidor*.

### III. El usuario de ruta concesionada sometida a peaje

La situación de las víctimas de accidentes de tránsito acaecidos en rutas sometidas a concesión es algo más compleja que la descripta en el acápite anterior respecto de los pasajeros de transporte de persona. Hasta el año 2006, momento en el cual la Corte Suprema dictó el *leading case* "Bianchi", el foco de atención en estos supuestos era puesto sobre la relación jurídica existente entre el Estado y la empresa concesionaria de las rutas o autopistas sometidas a peajes, dejándose completamente de lado a la figura de la víctima, es decir, al usuario.

Esta doctrina emana del famoso fallo "Colavita" **(8)**, donde se inició demanda por daños y perjuicios en razón del accidente sufrido por los actores al chocar contra dos caballos en la ruta. En la sentencia, la Corte rechazó la demanda, eximiendo de responsabilidad tanto al Estado (provincia de Buenos Aires) como a la concesionaria vial (Concesionaria Vial del Sur SA), alegando respecto del primero que "[e]l poder de policía de seguridad que corresponde al Estado, no resulta suficiente para atribuirle responsabilidad en un evento en el cual ninguno de sus órganos o dependencias tuvo parte, toda vez que no parece razonable pretender que su responsabilidad general en orden a la prevención de los delitos puede llegar a involucrarla en tal extremo en las consecuencias dañosas que ellos produzcan con motivo de hechos extraños a su intervención directa", y respecto del segundo, que las obligaciones de la empresa concesionaria consistían en la "remodelación, conservación y explotación del corredor vial conferido (Título III, pliego citado), enderezadas al mantenimiento y señalización de calzadas y banquinas, y a la oferta de servicios auxiliares al usuario. Que, de este modo, no resulta admisible

(6) CS, "Uriarte Martínez, Héctor V. y otro c. Transportes Metropolitanos General Roca SA y otros".

(7) CS, "Montaña, Jorge L. c. Transportes Metropolitanos General San Martín s/ daños y perjuicios".

(8) CS, "Colavita, Salvador y otro c. Buenos Aires, Provincia de y otro s/ daños y perjuicios".

extender la responsabilidad del concesionario más allá de tales obligaciones —inherentes al estado de la ruta misma—, ni exigirle el control de los alambrados linderos a la traza". Esta fría postura fue la que, partiendo del tribunal supremo, se adoptó en nuestro país durante los años subsiguientes, dejando al desamparo a todos aquellos usuarios que, luego de sufrir un daño a causa de un accidente de tránsito en una ruta o autopista concesionada sometida a peaje, quedaban imposibilitados de reclamar una indemnización resarcitoria.

Este paradigma se modificó, definitivamente, el 7 de noviembre de 2006, fecha en la cual la Corte Suprema dictó la sentencia en el caso "Bianchi" **(9)**, calificando la relación jurídica que existe entre el concesionario vial y el usuario como una relación de consumo. Digo "definitivamente" atento a que, previo a la sentencia dictada por la Corte, ya había habido tribunales de menor jerarquía pronunciándose en este sentido, por ejemplo, en los casos "D'Onofrio" **(10)** y "Minervino" **(11)**, en los cuales se afirmó que "[l]a vinculación entre la empresa de peaje y el usuario es una relación de consumo" y que "[e]l vínculo que une al que contrata o usa el servicio y el concesionario, es una relación de consumo", respectivamente.

Volviendo al *leading case* "Bianchi", la Corte Suprema afirmó lo siguiente:

"Que el vínculo que se establece entre el concesionario de las rutas y los usuarios de estas debe calificarse como una relación de consumo conforme al derecho vigente en la actualidad. En efecto, a quien transita por la ruta previo pago de peaje le son aplicables —en su condición de usuario— los *principios in dubio pro-consumidor*, el deber de información y demás pautas contempladas por el art. 42 de la CN y por la ley 24.240".

"[E]l concesionario no asume una obligación de dar el uso y goce de una cosa, sino de prestar un servicio. Esta calificación importa que hay una obligación nuclear del contrato, constituida por la prestación encaminada al mantenimiento de la ruta en todos sus aspectos y, también, deberes colaterales con fundamento en la buena fe (art. 1198, Código Civil). Entre estos últimos existe un deber de seguridad, de origen legal e integrado en la relación contractual, que obliga al prestador a la adopción de medidas de prevención adecuadas a los concretos riesgos existentes en la ruta concesionada, en tanto resulten previsibles (...). Que el supuesto particular de accidentes ocurridos con ocasión del paso de animales por rutas concesionadas es claramente previsible para un prestador de servicios concesionados".

Con esto, la Corte ubicó a la concesionaria dentro de la figura del proveedor (art. 2º, ley 24.240), y al usuario dentro de la del consumidor (art. 1º, ley 24.240), y estableció expresamente al deber de seguridad como factor objetivo de atribución para los casos de responsabilidad civil.

Asimismo, al peaje que el usuario paga para poder circular por la ruta se le otorgó la calidad de "precio" o "canon", desechándose la concepción de "tributo" que se venía considerando hasta ese momento. El usuario es un consumidor que, a cambio del pago de un precio —peaje—, adquiere el servicio de transitar por una ruta o autopista, debiendo el proveedor de dicho servicio —concesionaria vial— garantizar la seguridad durante toda la circulación, bajo apercibimiento de recaer sobre ella responsabilidad civil. Tratándose de una obligación de resultado fundada en el deber de seguridad, la responsabilidad de la concesionaria es objetiva, quedando fuera de toda discusión el factor culpa.

Tal paradigma, instaurado en nuestro sistema jurídico hace más de 15 años, sigue reinante al día de hoy. Una clara demostración de ello ha sido el fallo "Riquelme c. Autopistas Urbanas SA" **(12)** dictado en el año 2014, donde la Cámara de Apelaciones de Azul mantuvo vigente la doctrina del fallo "Bianchi" al continuar con-

(9) CS, "Bianchi, Isabel del C. Pereyra de c. Buenos Aires, Provincia de y Camino del Atlántico SA y/o quien pueda resultar dueño y/o guardián de los animales causantes del accidente s/ daños y perjuicios".

(10) CNCom., sala B, "D'Onofrio, Vanesa G. c. Camino del Atlántico SACV s/ sumario".

(11) CNCiv., sala M, "Minervino, Hugo G. c. Red Vial Centro SA s/ daños y perjuicios".

(12) CNCiv., sala D, "Riquelme, Claudio D. c. Autopistas Urbanas SA s/ daños y perjuicios".

siderando relación de consumo a la existente entre el usuario vial y la concesionaria.

Asimismo, es menester agregar que la responsabilidad impulsada por la jurisprudencia en cabeza de los concesionarios viales ha ido un poco más allá gracias a la sanción del Código Civil y Comercial. El art. 1710 introdujo en nuestro derecho positivo el 'deber de prevención', y en el fallo "Biordo" **(13)** la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul lo hizo efectivo al condenar a la concesionaria por los daños sufridos por la parte actora (usuario y consumidor). Se dijo que "[p]ara determinar si el concesionario cumplió o no con su deber de garantía no se debe evaluar su conducta analizando solo si observó las normas y reglamentos impuestos por el Estado en el contrato de concesión (...) la función preventiva de la responsabilidad civil del sistema actual (arts. 1710 a 1713 Cód. Civ. y Com.) resulta de aplicación (...) de la reiteración de siniestros viales que se produjeron en la zona, especialmente los días de visibilidad reducida por la niebla (conf. detalle de todos los hechos ocurridos el 9 de Junio de 2007 relatados en el diario *El Popular* del 10/06/2007, *sic* fs. 214/217), corresponde dictar un mandato de prevención que se asentará sobre las siguientes bases: 1) disponer que sean las autoridades de aplicación y los órganos competentes del Poder Ejecutivo quienes efectúen el relevamiento técnico e implementen las medidas conducentes, con control judicial". De esta manera, además de condenar al pago de una indemnización resarcitoria del daño a favor del usuario afectado, el tribunal ordenó a la concesionaria cumplir una función preventiva, destinada a evitar el acaecimiento de futuros accidentes provocadores de daños.

Sin perjuicio de ello y a pesar de resultar un avance a favor del usuario el cambio de paradigma en lo que hace a su relación jurídica para con la concesionaria vial (pasando esta a ser considerada una relación de consumo), nada cambió respecto de su relación para con el Estado. Retomando el mencionado precedente "Bianchi", la CS dijo que "la situación de la provincia demandada se distingue claramente de la del concesionario vial, desde que los usuarios de una ruta concesionada no se relacionan directamente con el Estado, sino con el prestador del servicio". Con esta simple explicación, luego de definir al usuario de la ruta concesionada como un consumidor —en los términos del art. 42, CN y de la ley 24.240—, la Corte mantuvo fuera de toda responsabilidad objetiva —basada en el deber de seguridad— a la Provincia de Buenos Aires, sin tener en cuenta que la relación que existe entre el usuario y el concesionario (la cual se definió como una relación de consumo) surge directamente de la que el concesionario tiene con el Estado.

Así las cosas, la única responsabilidad que podría caber en cabeza del Estado es la responsabilidad subjetiva basada en la culpa, y exigir al usuario probar la negligencia estatal en casos como este iría claramente en contra de toda la gama de derechos que el ordenamiento jurídico en general le reconoce en su calidad de consumidor. Esto pone el deber probatorio sobre la espalda de quien, reconocido unánimemente por la doctrina y jurisprudencia, es la parte débil de la relación jurídica, liberando de tal carga —y otorgándole la presunción de ausencia de responsabilidad— al ente estatal.

Siguiendo esta postura pretoriana, en el año 2014 se sancionó la ley 26.944 de Responsabilidad del Estado, que en su art. 6º replica esta solución, estableciendo que el Estado no debe responder —ni subsidiariamente— por aquellos daños causados por las concesionarias viales cuando la acción u omisión sea imputable a la función encomendada. De esta manera, en lo que respecta a la responsabilidad del Estado, nuestro sistema jurídico obliga al usuario vial que sufre un daño en una ruta concesionada sometida a peaje a que, aun siendo un consumidor, demuestre la culpa y/o negligencia del Estado para que dicha responsabilidad le sea atribuible. A todas luces, esto constituye un entuerto procesal sumamente criticable, que al poner al usuario en desventaja respecto de todo el aparato estatal ha generado un retroceso desde el punto de vista jurídico y legislativo.

Sin perjuicio ello, encontramos una salvedad: la norma solo tiene aplicación en lo que respecta al Estado Nacional; tanto las provincias como la Ciudad Autónoma de Buenos Aires fueron in-

(13) CCiv. y Com. Azul, sala II, "Biordo, Miguel Á. c. Rutas al Sur Concesionario Vial s/ daños y perjuicios - incumplimiento contractual".

vitadas a adherirse a esta reglamentación (conf. art. 11 de la ley), pero solo una pocas lo han hecho hasta el día de hoy. Este detalle puede dar pie a que, en un caso en que se haya producido el daño de un usuario en el marco de una ruta o autopista sometida a peaje, se condene solidariamente al Estado y al concesionario vial.

En virtud de lo hasta aquí dicho, ya no quedan dudas al respecto: la relación jurídica que vincula al usuario y a la empresa concesionaria cuando el primero transita una ruta o autopista objeto de la concesión a cambio del pago de un precio o canon (peaje) es una relación de consumo. En este marco, el usuario adquiere carácter de consumidor frente a la concesionaria, motivo por el cual queda amparado por las extensas y potentes protecciones que nuestro ordenamiento jurídico le otorga, desde el art. 42 de la CN hasta la ley 24.240 y el Código Civil y Comercial.

Diferente es la situación del usuario afectado frente al Estado que ha otorgado a la empresa concesionaria la concesión de la ruta o autopista sometida a peaje. Tratándose del Estado Nacional, queda claro que, indudablemente, se amparará tras la protección que le confiere la criticable ley 26.944; tratándose de una provincia o de la Ciudad de Buenos Aires, la cuestión se vuelve más casuística, dado que debe analizarse cada caso en particular: ¿ha adherido esa provincia al régimen de la Ley de Responsabilidad Estatal? Para el caso afirmativo, ¿es posible plantear una eventual inconstitucionalidad del art. 6º de dicha ley, que exime de toda responsabilidad objetiva al Estado? En cualquier caso, ¿en qué fuero tendría más posibilidades la procedencia de la acción a iniciar? Todas estas cuestiones —y varias más— deberán ser cuidadosamente analizadas por los letrados a la hora de iniciar una demanda por los daños y perjuicios sufridos por un usuario en un accidente de tránsito ocurrido en una ruta o autovía sometida a peaje y entregada en concesión a una concesionaria vial, cuando pretendan perseguir judicialmente no solo a la concesionaria, sino también al Estado.

**IV. El contrato de seguro obligatorio de responsabilidad civil. El asegurado: ¿consumidor?**

Luego de analizar los puntos que anteceden podemos comenzar a vislumbrar todos los beneficios que en el ámbito jurídico nos puede proporcionar el hecho de ocupar el rol de "consumidor", dado que el ordenamiento jurídico protege a estos actores muy celosamente, debido a que en la generalidad de los casos ocupan la posición más débil dentro de la relación jurídica. El art. 42 de la CN establece la premisa, garantizando la protección de los derechos de los usuarios y consumidores, y desde allí se desprende la protección que ejercen la ley 24.240, el Código Civil y Comercial y toda la gama de principios generales, entre los cuales se destaca con cierto protagonismo el principio *in dubio pro consumidor* (ante la duda respecto de la interpretación o aplicación de una norma, siempre se resolverá por lo más favorable para el consumidor).

Ante este panorama, han surgido interesantes voces intencionadas a introducir la figura del consumidor en el marco de los accidentes de tránsito cuando hablamos de seguros de responsabilidad civil, más conocidos como seguros contratados frente a terceros.

El art. 1º de la ley 17.418 de Seguros establece: "Hay contrato de seguro cuando el asegurador se obliga, mediante una prima o cotización, a resarcir un daño o cumplir la prestación convenida si ocurre el evento previsto", mientras que el art. 2º dice: "El contrato de seguro puede tener por objeto toda clase de riesgos si existe interés asegurable, salvo prohibición expresa de la ley".

Partiendo de esta regulación legal, podemos definir el Contrato de seguro obligatorio de responsabilidad civil como aquel que brinda cobertura frente a daños físicos y/o materiales ocasionados frente a terceros, transportados o no, como consecuencia de un accidente de tránsito. Así, dentro de la relación jurídica encontramos a tres actores: el asegurador, el tomador y el asegurado.

El asegurador no será otro que la compañía frente a la cual se contrata el seguro y que, de producirse el siniestro, hará frente a la reparación económica del daño. El tomador, por su parte, es quien contrata el seguro frente al asegurador, es decir, el dueño del vehículo. Y, por último, dentro de la figura del asegurado caben todos aquellos terceros poten-

cialmente dañados (víctimas) por el tomador en el marco de un accidente de tránsito, que recibirán una indemnización reparadora del daño en caso de que dicho siniestro llegue a producirse.

Aclaradas las definiciones y los protagonistas dentro del contrato de seguro obligatorio de responsabilidad civil (art. 68, ley 24.449 de Tránsito), tratándose de la contratación de un servicio que una persona (tomador) efectúa frente a otra (asegurador) a cambio del pago de un precio y en beneficio de un tercero (asegurado/víctima) como destinatario final, estamos indudablemente ante una relación de consumo.

En este contexto, estoy en condiciones de afirmar que el asegurado, es decir, aquel tercero dañado (víctima) en el marco de un accidente de tránsito, reviste en nuestro ordenamiento jurídico calidad de consumidor.

El art. 42 de la CN nos habla de "relación de consumo", siendo ello abarcativo tanto de la relación contractual como de la extracontractual, y de todas aquellas situaciones de riesgo creadas por comportamientos unilaterales, como consecuencia de la relación, respecto de sujetos no contratantes **(14)**. Aquí es donde la víctima del accidente de tránsito, es decir, el asegurado, queda dentro de los límites de la relación de consumo existente entre el asegurador y el tomador, a partir de la figura del llamado "consumidor expuesto" o "tercero expuesto".

Siendo la víctima del accidente de tránsito —tercero dañado— el beneficiario del seguro contratado por el tomador frente a la aseguradora, es innegable su calidad de consumidor, surgiendo ello expresamente tanto del art. 1º —párr. 2º— de la Ley 24.240, como del art. 1092, párr. 2º, del Cód. Civ. y Com.

Ambas normas, utilizando la misma redacción, afirman lo siguiente:

"Queda equiparado al consumidor quien, sin ser parte de una relación de consumo como consecuencia o en ocasión de ella, adquiere o utiliza bienes o servicios, en forma gratuita y onerosa, como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social".

Al comentar este párrafo, Ivana Centanaro nos dice: "El segundo párrafo de este artículo torna más amplia la definición de consumidor abarcando también a aquellos que se encuentran en ocasión de una relación de consumo" **(15)**. La norma nos define al llamado consumidor o tercero expuesto, que es aquel que se beneficia —adquiriendo bienes o servicios de manera gratuita u onerosa— como consecuencia —o en ocasión— de una relación de consumo constituida entre terceros que le son ajenos, como destinatario final y ya sea en beneficio propio de su grupo familiar o social. Atendiendo a la existencia de esta figura y a las características y elementos jurídicos que la forman, no deben caber dudas de que el asegurado en el marco de un seguro de responsabilidad civil queda incluido dentro de los límites que hacen a la figura del consumidor.

La víctima de un accidente de tránsito —asegurado— (p. ej., un peatón atropellado al cruzar la calle) es aquella persona que se beneficia directamente del contrato de seguro de responsabilidad civil —de consumo— contratado por el dueño del vehículo que produjo el accidente (tomador) por ante la compañía aseguradora (asegurador). De esta forma lo indica expresamente el art. 68 de la Ley de Tránsito, al establecer la obligación legal autónoma derivada de gastos de sanatorio a favor de la víctima del accidente de tránsito, aunque no existiera responsabilidad del asegurado. En la misma postura se escudan Ernesto Caballero Sánchez que, siguiendo el camino del Tribunal Supremo de España, afirmó que "[l]a finalidad principal del contrato de seguro de responsabilidad civil consiste en dejar definitivamente indemne al tercero" **(16)**, y Waldo Sobrino, al decir que "Resulta claro que en los seguros 'obligatorios' el 'beneficiado directo' es la víctima del siniestro y el beneficiado indirecto es el propio asegurado" y que "Respecto a la cuestión que la Víctima de un Accidentes de tránsito es el 'destinatario

(14) CS, 06/03/2007, "Mosca, Hugo A. c. Provincia de Buenos Aires (Policía Bonaerense) y otros s/ daños y perjuicios".

(15) CENTANARO, Ivana C., "Leyes de Defensa del Consumidor - Comentado", Ed. Estudio, Buenos Aires, 2006, 1ª ed., p. 16.

(16) STS, 001/12/1989.

final' de los seguros obligatorios, es un tema que no se discute" **(17)**.

Así, siguiendo con lo que las normas antes citadas disponen, el asegurado es aquel que, sin ser parte de la relación de consumo celebrada entre el tomador y el asegurador, se beneficia directamente y como destinatario final con el servicio que la compañía aseguradora presta como consecuencia de ella (el pago de la indemnización resarcitoria del daño), quedando por tanto amparado por la figura del tercero expuesto y, consecuentemente, por la del consumidor.

Atento a lo dicho, resulta muy clara la escena. A simple vista podemos observar la figura del consumidor recubriendo y dotando de todos sus derechos a la persona del asegurado —víctima del accidente de tránsito—. Es el asegurado quien, como destinatario final, se beneficia a partir del seguro contratado por el tomador frente al asegurador, quedando dentro, por tanto, de los parámetros establecidos por las normas que definen al consumidor. Empero ello, tal postura —que estimo correcta— no es pacífica.

En los Fundamentos del Código Civil y Comercial de la Nación la idea pareciera ser totalmente contraria a lo que surge de la letra del art. 1092 antes mencionado. Allí se afirma que "En especial cabe mencionar la figura del 'consumidor expuesto', incluido en la ley especial dentro de la definición general de consumidor. Ello ha sido una traslación inadecuada del Código de Defensa del Consumidor de Brasil (art. 29), que contempla esta noción general. Como se advierte, la fuente, si bien amplía la noción de consumidor, la limita a quien se halla expuesto a prácticas abusivas, lo que aparece como absolutamente razonable. En cambio, la ley 26.261, carece de restricciones por lo que, su texto, interpretado literalmente, ha logrado una protección carente de sustancialidad y de límites por amplitud. Un ejemplo de lo expuesto lo constituye el hecho de que alguna opinión y algún fallo que lo recepta, con base a la frase 'expuestas a una relación de consumo', han considerado consumidor al peatón víctima de un accidente de tránsito, con relación al contrato de seguro celebrado entre el responsable civil y su asegurador".

De esta manera, podemos observar cómo los redactores del Código Civil y Comercial pretendieron eliminar la figura del consumidor expuesto y cómo buscaron, al criticarla expresamente, erradicar de nuestro ordenamiento jurídico la idea o posibilidad de otorgarle calidad de consumidor al peatón víctima de un accidente de tránsito. Sin perjuicio de ello, y a pesar de todas las opiniones que en contrario se encuentran volcadas en el texto citado, la figura del consumidor expuesto introducida en nuestro ordenamiento jurídico a partir de la ley 26.261 —modificatoria de la ley 24.240—, al día de hoy permanece vigente en nuestro sistema jurídico, y no solo en la Ley de Defensa del Consumidor aludida, sino también, y aunque resulte extraño decirlo, en el propio Código Civil y Comercial. Es decir, más allá de todas las críticas e intenciones de sus redactores, el art. 1092 mantiene vigente en su segundo párrafo a la figura del consumidor expuesto y, por tanto, a la posibilidad de considerar consumidor a todos aquellos peatones víctimas de un accidente de tránsito, con base en la relación de consumo que surge del contrato de seguro de responsabilidad civil celebrado entre el responsable civil del accidente y su asegurador.

La postura que en estas líneas expongo ha sido arduamente defendida por el Dr. Waldo Sobrino, que en este sentido manifestó que "de acuerdo a las pautas del Art. 1092 del Código Civil y Comercial y el art. 1º de la Ley de Defensa del Consumidor, al ser la Víctima de un accidente de tránsito el Beneficiario Directo y el Destinario Final, es que no hay duda de que se encuentra dentro de la categoría de Consumidor" **(18)**.

También nuestra jurisprudencia ha hecho eco de esta idea. Veamos algunos ejemplos:

"Sin dudas que el consumidor de seguros está contenido en el sentido y fin de la ley, ya que el asegurado — consumidor es la persona que, para satisfacer sus necesidades de cobertura de riesgos y reuniendo las características de cualquier otro consumidor, contrata un servicio de aseguramiento y, eventualmente, él o un tercero

(17) SOBRINO, Waldo A., "Las víctimas de accidentes de tránsito siguen siendo consumidores en el Código Civil y Comercial", *www.saij.gob.ar,* junio 2017.

(18) *Ibid.*

recibe una prestación indemnizatoria. En sentido amplio, se ha señalado que consumidor de seguros es toda persona que directa o indirectamente va a sufrir la incidencia de los efectos de un contrato de seguros; con esto queremos decir que no solo son consumidores de seguro los tomadores y los asegurados, sino que además el concepto alcanza a los beneficiarios y perjudicados, lo que encuentra su sentido en la propia mecánica técnica y económica del seguro y hasta podríamos decir en su propia esencia y finalidad, como instituto que hace a la paz social. (Conferencia dictada en Gramado, Brasil, en el 1º Congreso Interamericano de Derecho del Consumidor y 3º Congreso Iberolatinoamericano de Derecho del Consumidor, marzo de 1998)" (STJ Río Negro, "Baffoni, Laura C. c. La Segunda Cooperativa Limitada de Seguros Generales").

"En ese sentido, me interesa destacar, que frente a supuestos como el que tratamos, resulta necesario no perder de vista la función social del seguro, puesta en evidencia por destacados juristas, no solo de nuestro país sino también del extranjero. Indica Sobrino, que precisamente el mayor doctrinario de seguros, Don Isaac Halperín, ya hace varios años alertaba sobre la necesidad de que el seguro cumpla una función social, aun cuando nos encontremos algo lejos de conseguirlo; y si bien la concepción clásica del seguro considera que no es más que un contrato privado entre partes en el cual rige imperativamente el art. 1197 del Código Civil, o lo que es igual el principio de autonomía de la voluntad, sin admitir siquiera algún matiz, en los países desarrollados, la óptica es diametralmente opuesta, dado que se afirma —con toda razón— que el seguro de responsabilidad civil, es preponderantemente para defender a la víctima y que —también— ampara al asegurado. Tan ello es así, que, en los países centrales, se entiende 'consumidor de seguros', no solo al asegurado sino fundamentalmente al damnificado (Confr. 'Consumidores de Seguros', Waldo Sobrino, Ed. La Ley 2009, ps. 29-33, última cita, Caballero Sánchez, Ernesto, 'El consumidor de Seguros: Protección y Defensa', Ed. Fundación Mapfre Estudios, Instituto de Ciencias del Seguro, Madrid, España, 2007)" (STJ Jujuy, "Laime, Carolina L. y otros c. Pacheco, Jorge D., Ingeniería e Industrias y Paraná Seguros SA s/ ordinario por daños y perjuicios").

"La ley 26.361 amplía el concepto de 'consumidor' para incluir a los que se hallan expuestos a una relación de consumo, o quienes se convierten en una víctima de un daño causado por un producto o un servicio (Cfr. Lorenzetti, Ricardo Luis, 'Consumidores', R. Culzoni, 2ª ed., p. 124;) (...). La aplicación de la ley 26.361 ha establecido una ampliación al concepto de consumidor que emerge de la ley 24.240, de modo que se incluye a quienes, sin ser parte integrante de la relación de consumo, en ocasión de esta se han involucrado o utilizan su servicio o de cualquier forma se hallen envueltos en la misma" (CCiv. y Com. de Posadas, sala II, "Caballero, Catalino c. Lima, Ricardo O. y otros s/ daños y perjuicios").

"Los preceptos tuitivos del sistema de defensa del consumidor abarcan no solo al que paga un bien o servicio, sino a todo aquel que se sirve de él (...). La interpretación debe hacerse en forma amplia, extensiva a otros supuestos no previstos" (CNCiv., sala L, "Griessi, Roberto M. c. Empresa de Transportes Microómnibus Sáenz Peña SRL").

Por lo expuesto, no quedan dudas de que la víctima de un accidente de tránsito debe ser reconocida como un consumidor en nuestro sistema jurídico, respondiendo ello tanto a lo que la legislación positiva ordena (arts. 42, CN, 1º, ley 24.240, y 1092, Cód. Civ. y Com.) como a lo que desde hace años vienen pregonando la doctrina y la jurisprudencia. El asegurado —damnificado— es el destinatario final y beneficiario directo del contrato de seguro obligatorio de responsabilidad civil contratado por el tomador frente a su asegurador, y es por ello que, ocupando la posición de tercero o consumidor expuesto, debe ser reconocido y catalogado jurídicamente como consumidor.

Asimismo, es importante recordar que el derecho de seguros forma parte de los derechos humanos, motivo por el cual le resultan aplicables los tratados internacionales que en la materia regula el art. 75, inc. 22, de la CN. Tomando ello como punto de partida, sabemos que todas estas normas son de carácter operativo, es decir, que su aplicación resulta obligatoria. Ante ello, cualquier intento por eliminar la calidad de consumidor que le corresponde a las víctimas de los accidentes de tránsito en su carácter de

asegurados (en el marco del contrato de seguro obligatorio de responsabilidad civil celebrado entre el responsable civil y su asegurador) resultaría, a todas luces, inconstitucional, atento a que, por un lado, transgrediría los tratados internacionales mencionados y, por otro, violaría por completo el principio de no regresividad, cuya importancia y trascendencia es absolutamente reconocida en el marco de los derechos humanos, tanto a nivel local como internacional.

**V. Conclusiones**

De lo expuesto en las líneas que anteceden surge de manera evidente que tanto el pasajero de un transporte de personas, el usuario de una ruta sometida a concesión y sujetas a peaje, como la víctima de un accidente de tránsito en el marco del contrato de seguro obligatorio de responsabilidad civil (asegurado) tienen calidad jurídica de consumidores.

Ha sido muchas veces la jurisprudencia la que, a lo largo y a lo ancho de nuestro país, ha impulsado esta postura consumeril en la materia, siendo este impulso de máxima fuerza en aquellas ocasionas en las que la propia Corte Suprema imponía tal posición doctrinaria (p. ej., lo sucedido en cuanto a la relación entre usuario y concesionario vial a partir del fallo "Bianchi").

Hoy en día, tanto con la sanción —y actualización— de la Ley 24.240 como con la sanción del Código Civil y Comercial —que dedica varios artículos a la materia de consumo—, la posición del consumidor se ha asentado más firmemente en nuestro sistema jurídico, no siendo el ámbito de los accidentes de tránsito la excepción.

Considero que lo más debatido y, quizá, lo más reticente a esta postura que vengo a defender sea el hecho de considerar consumidor al asegurado en el marco de los seguros obligatorios de responsabilidad civil; ha sido clara la postura de las comisiones redactoras del Código al respecto, negando esta posibilidad. Sin embrago, tal como hemos visto, la figura del tercero o consumidor expuesto se encuentra vigente en nuestro Derecho, cosa que no debemos ignorar, atento a que ello generaría un grave perjuicio a quienes eventualmente ocupen el rol de víctimas de un accidente de tránsito en el ámbito tribunalicio.

En este sentido, cabe poner de resalto que el estigma de "consumidor" no debe ser tomado a la ligera ni como una cuestión secundaria (y aquí me dirijo tanto a quienes actúan como letrados como a quienes, en el rol de juzgar, lo hacen como magistrados), dado que muchas veces este elemento (la calidad de consumidor) puede ser trascendental a la hora de interponer una demanda o decisivo para torcer el rumbo de un proceso judicial que ha sido iniciado en razón del daño que una persona ha sufrido como consecuencia de un accidente de tránsito.

Son muchos los beneficios que en el ámbito judicial puede para una de las partes representar el hecho de ser considerada "consumidor", tanto desde el punto de vista procesal como de fondo. Los consumidores —amparados por el art. 42, CN, la ley 24.240, el articulado que el Código Civil y Comercial dedica a la materia en el Libro Tercero ("Derechos personales"), tít. III, y los principios generales del derecho eventualmente aplicables— gozan de ciertos privilegios que nuestro sistema jurídico les concede por el hecho de ocupar, en la relación jurídica, la posición más débil tanto en lo económico, en lo jurídico como en lo social.

Veamos algunos de ellos:

- *Beneficio de gratuidad*: aquel que es consumidor quedará eximido de soportar los gastos que el proceso judicial que vaya a iniciar genere, sin necesidad de iniciar un incidente o acción paralela a la principal para ello (el tribunal debe reconocer esta dispensa a favor del actor por el solo hecho de revestir este calidad de consumidor);

- *Proceso más abreviado*: el art. 53 de la ley 24.240 reconoce a favor del consumidor el derecho de que el juicio que inicie a efectos de producir su reclamo judicialmente, tramite por el proceso más abreviado que regule la ley local, permitiendo de esta forma una rápida resolución del caso y una inmediata reparación del daño;

- *In dubio pro consumidor*: este principio general —incorporado tanto a la letra de la Ley de Defensa del Consumidor como del Cód. Civ. y Com.— permite que, ante la duda respecto en la interpretación de una prueba o en la interpretación o aplicación de una ley, siempre se opte por la solución que más favorezca al consumidor;

- *Carga dinámica de la prueba*, con base en la cual la carga de probar recae sobre la empresa demandada o el Estado, estando estos —generalmente— en mejores condiciones de probar que el consumidor;

- *Acción directa*: reconociéndole el carácter de consumidor, se permite a la víctima de un accidente de tránsito demandar directamente a la empresa aseguradora sin necesidad de, previamente, atacar jurídicamente al responsable civil;

-*Medidas autosatisfactivas*: esta medida, a diferencia de la medida cautelar, constituye por sí misma el proceso principal y es definitiva. Con esto, la víctima del accidente de tránsito o pasajero afectado puede exigir con argumentos jurídicamente válidos a la aseguradora el pago de los gastos de internación, aun cuando el asegurado se encuentre en mora o no haya pagado la póliza de su seguro;

- *Interpretación restrictiva al aplicar eximentes de responsabilidad invocados por el transportista demandado*;

- *Daño punitivo*: teniendo calidad de consumidor, la víctima de un accidente de tránsito está facultada para reclamar no solo la indemnización resarcitoria de los daños sufridos, sino también daño punitivo en los términos del art. 52 bis de la ley 24.240 —opinión a la cual se ha adherido la jurisprudencia— **(19)**.

(19) CCiv. y Com. de Chaco, sala IV, 28/09/2015, "Palacio, María Rosa c. Empresa concesionaria vial SA y/o quien resultare responsable s/ daños y perj. y daño moral p/ accidente de tránsito".

Por todo lo expuesto, entiendo que ha quedado clara, al menos, la postura que defiendo en lo que hace a considerar a las víctimas de los accidentes de tránsito (ya sea, cuando ocupen el rol de pasajero, el rol de usuario en una autovía sujeta a concesión y sometida a peaje, o el rol de asegurado respecto del seguro obligatorio de responsabilidad civil contratado por el responsable civil) como consumidores. Partiendo de esta base, estamos en condiciones de solicitar, al interponer una demanda, todos aquellos derechos, beneficios y privilegios que el ordenamiento jurídico les reconoce.

**VI. Bibliografía**

CARAMELO, Gustavo – PICASSO, Sebastián, "Derecho Privado — Derecho de Consumo", Año III, Nº 8, Infojus.

GHERSI, Carlos A. – WEINGARTEN, Celia, "Tratado de accidentes de tránsito y daños derivados de la circulación", Ed. La Ley, 2011, 1ª ed.

PALMA, Sabrina, "Responsabilidad del transportista en el marco del nuevo Código Civil", *elDial.com*, elDial DCEFF.

WEINGARTEN, Celia – GHERSI, Carlos A. (dir.) – LOVECE, Graciela (coord.), "Tratado de accidentes y daños derivados de la circulación", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2016.

Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación —Mensaje del Poder Ejecutivo Nacional Nº 884/2012— Infojus.

# Obsolescencia programada y consumo sustentable

Sebastián A. Capucci (*)

**Sumario:** I. Origen y evolución de la obsolescencia programada.— II. Progreso y consumo.— III. Diferentes técnicas y clases de obsolescencia programada.— IV. La problemática de la obsolescencia programada desde la óptica constitucional.— V. El derecho del consumo.— VI. Obsolescencia programada y lealtad comercial.— VII. La obsolescencia programada como acto anticompetitivo.— VIII. La obsolescencia programada: una estrategia empresaria antiprogreso.— IX. La superación de la obsolescencia programada como estrategia empresarial.

*"The new paradox of plenty constitutes a challenge to revolutionize our economic thinking"*.
Bernard London (1932)

*"Quien se niega a aplicar remedios nuevos, debe aprestarse a sufrir nuevos males, porque el tiempo es el mayor innovador"*.
Francis Bacon

**I. Origen y evolución de la obsolescencia programada**

El hombre como individuo y la humanidad, como conjunto social, desde sus orígenes han tratado de encontrar la respuesta más eficaz a los problemas de la más diversa índole que se les han presentado en su devenir histórico, algunas respuestas han sido acertadas y otras manifiestamente incorrectas, el tiempo ha sido un juez implacable de las decisiones humanas, por ello, la solución que la humanidad o parte de ella propuso o impuso en un momento y contexto histórico determinado pudo haber sido acertada, mas el paso del tiempo ha provocado que dicha solución se haya transformado en una solución inadecuada o ineficaz.

El tiempo y las circunstancias cambian y así también deben hacerlo las respuestas o las soluciones que se intentan para solventar viejos problemas, a su vez los nuevos problemas, que traen aparejados los nuevos contextos históricos, renuevan los desafíos para la humanidad y, es por ello, que la adaptación, flexibilidad, innovación y readecuación de las ideas y soluciones constituyen un imperativo categórico.

La frase que da comienzo al presente trabajo, la cual fuera expresada por uno de los padres de la obsolescencia programada, Bernard London, paradójicamente hoy en otro contexto nos compele a pensar formas nuevas de producir y comercializar bienes y servicios, en armonía con otro plexo de derechos que vienen hoy a su rígido compás, por el contrario advertimos que si las formas producción y comercialización de bienes y servicios siguen respondiendo a los viejos paradigmas no vislumbramos un destino conveniente para la sociedad e inclusive para las mismas empresas.

El contexto histórico en el cual surge la obsolescencia programada (en adelante, OP) fue aquel que nos muestra el final de la Primera Guerra Mundial y ya establecidos como potencia mundial los Estados Unidos de Norteamérica, se evidencia un avance económico sin

(*) Abogado (UNR); magíster en Asesoramiento Jurídico de Empresas (Universidad Austral); profesor adjunto por concurso de Derecho de la Empresa y el Mercado (UNR).

parangón de la economía impulsada por las expectativas racionales ancladas en el crecimiento objetivo de la economía. Esta situación ilusiona a gran parte de los habitantes de dicho país, desatando un deseo pasional de que el auge económico siguiera un curso de progreso y crecimiento sin fin.

Sin embargo, para el año 1929 el mundo occidental se encuentra atravesando una de sus peores crisis económico-sociales de su historia y si bien el comienzo de los años 20 fue un período de expansión económica **(1)**, las bases sobre las cuales se asentaba tal crecimiento no eran sólidas y fueron el germen de lo que determinaría que la economía de los Estados Unidos de Norteamérica colapsara rápidamente a partir del denominado "Jueves Negro" (24/10/1929) donde la Bolsa de Comercio de Nueva York evidenció un descenso de las cotizaciones de las acciones que operaban en dicha entidad a uno de los valores más bajos desde el año 1800 **(2)**.

La OP fue el intento de solución que esgrimió Bernard London en su informe presentado en 1932 denominado "Ending the depression through planned obsolescence" **(3)** en el cual, en primera instancia, desde su óptica, identifica el problema expresándolo en los siguientes términos: "Principalmente, lo que este país y otros países están padeciendo es debido a la alteración de las relaciones humanas. Las fábricas, almacenes y campos están todavía intactos y están listos para producir en cantidades ilimitadas, pero las ganas de seguir adelante han sido paralizadas por una disminución en el poder adquisitivo. Los problemas existentes han sido generados por el hombre, y el remedio debe ser concebido por el hombre y ejecutado por el hombre" y luego propone una solución: "En pocas palabras, la esencia de mi plan (tesis) para lograr los fines tan deseados consiste en planificar la obsolescencia de los bienes de

(1) La Primera Guerra Mundial favoreció sobre todo a Estados Unidos de una manera brutal, convirtiéndolo en el principal proveedor de materias primas y productos alimenticios e industriales. También era el principal acreedor del mundo y su influencia sobre Europa era espectacular. La guerra también trajo un importante crecimiento industrial, la agricultura también se vio favorecida y las necesidades europeas de comerciar, convirtieron a la flota americana en la segunda marina mercante del mundo. El crecimiento que se inició en los primeros años de 1920 fue muy profundo y estable en los Estados Unidos. En estos años se consolidaron sectores industriales nuevos como la industria eléctrica, la química y la petroquímica, la aeronáutica, el cine y la radiofonía. Como consecuencia del desarrollo industrial, el sistema energético se renovó, sobre todo a partir del aumento de petróleo y electricidad. El taylorismo y el fordismo fueron las nuevas modalidades de producir y organizar el trabajo y la producción. También se desarrollan nuevas actividades relacionadas con las nuevas industrias, como la construcción de carreteras, de aeropuertos. Como la competencia era muy fuerte, aumentó la concentración empresarial, se forman las *trusts*. Sin embargo, la agricultura no vivió un crecimiento tan parecido, pues los precios agrícolas se mantuvieron todavía por debajo de los precios industriales generando un desequilibrio desfavorable al sector primario. LÓPEZ FERNÁNDEZ DE LASCOITI, Enrique, "Crack de 1929: Causas, desarrollo y consecuencias", *Revista Internacional del Mundo Económico y del Derecho*, vol. I (2009), Universidad Autónoma de Madrid.

(2) "Si el sueño americano nació en algún momento fue entonces, esos años en que cualquiera podía hacerse rico, o al menos lo parecía. La bolsa, que en la segunda mitad de los años 20 no paró de subir, prometía la posibilidad de acumular grandes sumas de forma rápida si se disponía de un pequeño capital de partida. O incluso sin él. Los bancos prestaban dinero para comprar acciones a crédito y cientos de miles de pequeños inversores, pero también de empresas, se lanzaron al mercado. Depositar los ahorros en acciones que podían doblar su valor en un año o endeudarse para comprarlas y luego devolver el dinero al banco con un enorme margen de beneficio, era un sistema *a priori* muy interesante. Mientras el mercado subiera. Cuando dejó de hacerlo y cayó abruptamente en octubre de 1929 todo se derrumbó. Miles de ahorradores perdieron su dinero y muchos otros se encontraron con que no podían devolver los créditos" (*https://www.lavanguardia.com/historiayvida/historia-contemporanea/20201019/33826/1929-final-sueno.html)*. "La especulación fue la causa principal del crac de la Bolsa de Nueva York. Los años veinte fueron buenos para los Estados Unidos ya que, querían enriquecerse rápidamente y con un mínimo esfuerzo. La especulación llegó a la Bolsa gracias a las normas de Wall Street y por la subida producida durante la década de los veinte en las acciones. Los negocios eran rápidos y beneficiosos. La mayoría de los pequeños empresarios decidieron invertir y vivieron de ello. Los agentes de bolsa prestaban a sus clientes dinero, a cambio de sus títulos comprados y también pedían prestado a los bancos para poder comprar esos títulos porque con las ganancias de la bolsa se podían pagar los créditos y sus intereses" (LÓPEZ FERNÁNDEZ DE LASCOITI, Enrique, ob. cit.).

(3) El texto completo del Informe puede descargarse en *https://www.semanticscholar.org/paper/Ending- the-Depression-through-Planned-Obsolescence- London/622892147cfe3c4567d0d92d528394423d93e5a4*.

capital y de consumo en el momento de su fabricación" **(4) (5)**.

¿Qué es entonces la OP? Es una estrategia empresarial que puede definirse como la actividad humana industrial aplicada a la producción de bienes o su comercialización, dirigida intencionalmente a reducir su vida útil, afectando su materialidad o la percepción que de ella tiene el consumidor, con el propósito de lograr una rápida sustitución por otro bien **(6)**.

Conforme a la definición propuesta y la mecánica, que será explicada más adelante, podemos concluir que la OP es indudablemente una estrategia empresarial aplicada, voluntaria, planificada y decidida, sobre el producto (OP aplicada sobre la materialidad del producto) o sobre su percepción (OP psicológica o cognitiva) cuyo fin es disminuir el ciclo de vida de los productos, para acelerar los procesos de descarte y consumo, con la intención de incrementar las transacciones comerciales para el empresario pudiendo constituirse también en un instrumento apto para limitar el acceso al mercado de los competidores o lograr la exclusión del mercado de un competidor.

El plan propuesto por Bernard London determinaba la OP como un método de producción que debían seguir todos los fabricantes de todos los productos para despertar una economía recesiva y superar el desastre económico desencadenado en 1929; sin embargo, ya en 1924 la "creatividad" empresaria había dado nacimiento al cártel "Phoebus" integrado por algunas de las empresas más importantes del mundo en la fabricación de lámparas de luz con el objetivo de incrementar la producción, rotación y descarte de dichos bienes, para lograr tal resultado acordaron que ninguna de ellas podía producir ningún tipo de bombillas de luz que superara las 1000 horas de duración, siendo inclusive pasibles de sanción si incumplían los acuerdos suscriptos **(7)**.

En la actualidad, y aún en el tiempo en que fue pensada la OP como herramienta para terminar con la crisis económica, ofrece una solución parcial a la economía y otros aspectos que se le vinculan dado que hace foco en el aspecto económico orientado a un fin social, pero indudablemente no tenía consideración otros factores, como lo son los derechos del consumidor, la formación de mercados competitivos y el medio ambiente, por dichas razones podemos afirmar que su implementación no es inocua, sino directamente perjudicial, respecto de aquellos factores cuya formulación ignora.

En el sentido expuesto, pensar la solución a los desafíos que plantea la vida posmoderna a la humanidad no puede hacerse desde el puro análisis económico. Por el contrario, resulta necesario entender que las relaciones que existen entre la economía, el derecho, el medio ambiente y la sociedad son profundas, multilaterales e interconectadas **(8)**.

---

(4) La traducción de los párrafos transcriptos corresponde Wikipedia, *https://es.wikipedia.org/wiki/Bernard_London*.

(5) El clásico filme inglés del año 1951, "The Man in The White Suit" —protagonizado por el fallecido sir Alec Guiness— presenta al público el concepto de obsolescencia programada. El argumento trata de un químico joven que descubre un hilo que no se gasta y por ende, dura por siempre. Al poco tiempo lo persiguen los dueños de las fábricas por el peligro que representa su invento para la producción textil y luego los obreros ya que, ven amenazados sus trabajos. *https://afinidadelectrica.com/2020/04/29/el-cartel-phoebus*.

(6) Barak Orbach la define como una "estrategia mediante la cual se reduce el período de vida de un producto después de que ha sido lanzado al mercado. Mediante esta estrategia, el fabricante 'convence' al consumidor de reemplazar un producto antiguo por uno nuevo, haciendo que el producto antiguo tenga un período de vida útil menor que su tiempo de vida útil real" (ORBACH, Barak, "The durapolist puzzle: monopoly power in durable-goods markets", John M. Olin Center for Law & Economics, University of Michigan, 2004. disponible en *http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=496175*.

(7) El año en el que el acuerdo fue firmado, un ejecutivo de una compañía de luz escribió: "Todos los fabricantes... se comprometieron con nuestro programa de estandarización... se espera que duplique el negocio de todas las partes en menos de cinco años" (*https://www.bbc.com/mundo/noticias/2014/09/140902_los_que_nos_hicieron_comprar_finde_dv*).

(8) "Este enfoque dista de la visión clásica de ciencia y tecnología heredada del positivismo y la sociología funcionalista, para establecerse como proceso social en el que elementos como valores y convicciones son esenciales en el origen y establecimiento de estas sociedades (López 1998) y se constituyen en un campo de trabajo, en el que se procura entender la diada ciencia-tecnología en el contexto cultural, desde sus condicionantes y sus

A su vez, cada una de estas relaciones no puede ser considerada en forma excluyente de las otras y tampoco pueden ofrecerse respuestas simplistas que impliquen "salvar" el presente, en función de las necesidades imperantes y urgentes que hay que resolver, a costa de condenar el futuro, confiando en una suerte de mejoramiento mágico de la caótica situación que hoy, a la luz de los hechos y las investigaciones científicas, afectan a la humanidad.

La complejidad de los fenómenos sociales actuales, entre los cuales encontramos a la economía, requiere un enfoque también multidisciplinario, del mismo modo que lo requiere el derecho como regulador de muchas de las facetas de la vida del hombre, de la actividad empresarial y económica, a fin de encontrar una solución o al menos un principio de solución que comprenda la totalidad del fenómeno denominado "obsolescencia programada".

**II. Progreso y consumo**

La intervención del hombre en la construcción del significado de la palabra "progreso", y más importante aún en el despliegue de las conductas humanas destinadas a conseguir el ideal de progreso, determinan no solo el presente de la humanidad, sino también su futuro.

El concepto o la idea que se disputan diferentes corrientes de pensamiento sobre el progreso es complejo y, en palabras de José Luis Sampedro, "no es una fuerza sino un proceso social evolutivo resultante de numerosas fuerzas, naturales algunas, pero generadas o manipuladas otras por las actuaciones humanas. La intervención del hombre en la naturaleza y en la vida social influye en el curso del progreso y no siempre con acierto, como se nos revela ahora dramáticamente con el cambio climático y otros problemas ambientales"; así, "[p]rogresar significa avanzar en la dirección adecuada; por lo tanto, supone siempre implementar una mejora. Pero este carácter cualitativo ha de referirse a un marco de valores. Por eso, a veces, el progreso científico puede contradecir al moral. En la primera mitad del siglo XX, al lado de un importante avance científico y técnico se produce en Europa un enorme retroceso social y moral: totalitarismos, guerras civiles, revoluciones destructivas. El progreso lleva consigo rupturas y continuidades, muchas paradojas: bienestar y riqueza de unos, pobreza y guerra para otros. Por eso, incluso en momentos de decadencia, de barbarie y de oscuridad, hay un incremento del progreso aunque no sea explícito" **(9)**.

La idea de progreso en la sociedad posmoderna indudablemente se encuentra ligada a la idea de consumo, peligrosamente se ha llegado a considerar que a mayor nivel de consumo hay un mejoramiento de la condiciones de vida de la personas, lo cual constituye un error, en tanto el enfoque del progreso y de las personas sería de carácter unidimensional, por el contrario sostenemos que el hombre y la humanidad no pueden ser objeto de un enfoque unidimensional y requiere para su determinación un análisis que abarque la totalidad de las factores que intervienen en un determinado fenómeno, en el caso la OP **(10)**.

Indudablemente una mayor adquisición de bienes o servicios es demostrativa de una mayor capacidad económica de un grupo determinado de personas, pero ese enfoque es demasia-

consecuencias sociales y ambientales (Membiela Iglesia, 1997, López 1998, Aikenhead 2005), en otras palabras, entender dicha relación referente a factores sociales, económicos, políticos, éticos, ambientales y culturales" (CASTRILLÓN GIRALDO, María Cecilia – MUÑOZ HIGUIETA, Paola A,, "La obsolescencia programada: ¿El fin de una crisis económica o el inicio de una problemática ambiental?".

(9) CEBRÍAN, Juan Luis, "La idea del progreso en el siglo XXI", *Revista Temas para el Debate*, 163, junio 2008.

(10) Ejemplo de lo expresado lo constituye el índice de la felicidad llevado por la ONU, que se basa en parámetros reducidos que solo toman en cuentan o principalmente toman en cuenta el PBI *per capita*, la esperanza de la vida saludable y el apoyo social, sin embargo, dichos elementos están siendo juzgados como insuficientes en tanto han dejado de lado a valores y a determinadas conductas que nos hacen humanos y tal vez por esa razón los resultados medidos objetivamente contrastan con la realidad (SUÁREZ MARIÑO, Luis, "Las paradojas de la felicidad", *Revista Ethic*). En un profundo estudio llevado a cabo por Richard A. EASTERLING titulado "Does economic growth improve human lot? Some Empiral Evidence", se expresa que no existe una correlación entre mayor índice de felicidad entre naciones ricas y naciones pobres, y que los propios esquemas de valores e intereses que se establecen individualmente y como grupo social influyen significativamente en la apreciación de felicidad.

do parcial para hablar de progreso humano, en tanto la idea de progreso debería incluir otras facetas de la vida y las relaciones humanas para poder hablar de un auténtico progreso que le den un contenido más profundo.

Por el contrario de prevalecer dicho enfoque (unidimensional), a mi entender deliberadamente impulsado por una visión o ideología economicista de la vida, del hombre y la humanidad, dejando absoluta o transitoriamente de lado otros aspectos tan o más importantes para el hombre y la humanidad solo se lograría un progreso aparente, cuando no un retroceso real objetivo (crisis medioambiental).

La obsolescencia programada tiene una profunda y directa relación con la idea de progreso, encontrándose presente en la idea de consumo y descarte acelerado de los productos o servicios con el propósito de incrementar la producción, y de este modo tener en plena marcha la actividad productiva, siendo el avance tecnológico su principal argumento, el cual no siempre se encuentra validado en la realidad.

El costo de esta carrera productiva, con anteojeras, es para el presente cuanto menos perjudicial; es una carrera de 100 metros cuando la humanidad se enfrenta a una eterna maratón, sin descanso, ni entretiempos, ya que el tiempo no se detiene, y porque tampoco podemos cambiar de pista o recorrido porque hay solo uno, un planeta y un destino común como humanidad.

La relación entre el hiperconsumo, motivado en parte por la obsolescencia programada, el acceso al crédito y la publicidad ha sido descripta por Zygmunt Bauman de la siguiente forma: "se piensa hoy el 'progreso', más que nada como la necesidad de deshacerse de algunas herramientas y juguetes viejos y reemplazarlos por uno nuevos que se puedan aprender a usar más rápido, cuya capacidad de satisfacción sea más inmediata, y que preferentemente tengan funciones que los aparatos anteriores no tenían, o puedan cumplir las funciones que los viejos aparatos podían desempeñar, pero más laboriosamente". El progreso, como decía Luc Ferry, "ya no está subordinado, como si lo estaba en el siglo XVIII, con todo su optimismo, a fines trascendentales y superiores, la libertad y el bienestar de los humanos. Más bien, se ha convertido en un movimiento sin causa, que escapa a todo control, que actúa por cuenta sin meta o propósito alguno, igual que un giroscopio o una bicicleta, que no tienen otra alternativa que seguir moviéndose, si no quieren caerse" **(11)**.

El progreso mirado como proceso social colectivo requiere indudablemente estar dotado de valores, y también de dirección o sentido, debe tener un objetivo claro y acciones concretas que sirvan a la consecución del fin propuesto. Definir el sentido colectivo que perseguimos como humanidad es indispensable para poder emprender las acciones correctas para poder contener y orientar nuestros esfuerzos en pos de lograr un objetivo común.

La carencia de valores o la imposición de un único valor (economía/consumo) deja desprovista de sentido y dirección a la idea de progreso y por tanto la deja circunscripta al tiempo presente y desconectada de las consecuencias futuras que tal idea de progreso puede ocasionar a la humanidad, no solo en el futuro, sino también en el presente próximo. La ausencia de trascendencia de las conductas humanas tiende a un progreso vacuo y superficial, atenta inclusive contra sus propios fines, ya que poco quedará por hacer si las acciones empresarias se ejecutan sin un sentido de transcendencia y sin previsión de consecuencias.

En definitiva, la OP busca acelerar y a la vez acortar el ciclo de vida del producto, por tanto su principal preocupación es la económica, podríamos decir casi exclusivamente. Esta situación fue teorizada en 1965 por Theodore Levitt, "en donde armonizaba el producto con el esfuerzo dirigido de la organización hacia su maximización de acuerdo con la etapa de su ciclo en donde se encontraba. Para ello, consideró cuatro etapas dentro de su ciclo de vida, en el primero, tenemos la de Introducción, en ella se consideraba que el producto no se podía mantener por sí solo, requería impulso económico y de mercadotecnia para poder escalar a las siguientes etapas, luego estaba la etapa del crecimiento, en donde se iba abriendo el mercado al producto, el producto ya pagaba su operación aunque aún no se recuperaba su inversión inicial, en esta etapa ya empiezan a aparecer los

(11) BAUMAN, Zygmunt, "La sociedad sitiada", Ed. EFE, p. 178.

competidores buscando una parte de ese nuevo mercado. Posteriormente, pasamos por la etapa de madurez. En ella, ya se obtuvo el volumen de ventas óptimo, utilidades por ese volumen, ya no va a crecer considerablemente, hay que procurar mantener ese nivel y estar muy atentos al menor indicio de cambio de etapa. Por último, la etapa de declive, en ella está la salida del producto, en donde ya no es demandado como antes, hay toda una infraestructura que dio servicio a un producto que está saliendo del mercado" **(12)**.

El acortamiento del ciclo de vida del producto se logra mediante la compactación temporal de todas las etapas del ciclo de vida de un producto, salvo la del crecimiento, a su vez que provoca la finalización abrupta de la etapa de declive, la cual se ve interrumpida por un nueva etapa de crecimiento pero del producto sustituyente o más innovador, de modo que para el fabricante sus productos se encuentran en un permanente clímax, esto se logra mediante en forma directa mediante la utilización de OP, la cual a su vez recurre a diferentes técnicas para lograr la estrategia planificada mediante la continua agitación del ánimo de consumo (estimulada por la publicidad) y el acceso al crédito.

No ignoramos que naturalmente los productos y servicios en algún momento serán obsoletos como consecuencia del avance científico, con lo cual afirmamos que la obsolescencia de los productos o servicios no es ontológicamente perniciosa; por el contrario, es demostrativa de que la innovación es posible, y que el esfuerzo intelectual humano sigue dando frutos.

El punto en discusión gira en torno a la manipulación artificial, dirigida y no informada a los consumidores, el uso abusivo de recursos naturales, la generación incremental de desperdicios y la irracional descontextualización de la producción de bienes y servicios del resto de los factores que guardan relación con el desarrollo humano a la vez de constituir un mecanismo de competencia desleal que incide negativamente en el proceso competitivo.

La colisión entre la idea de progreso, los avances tecnológicos en los productos, su descarte, y sumado a ello, la generación acelerada de deshechos, provocan la denominada "paradoja tecnológica" que designa la contradicción en la que la tecnología acelera el consumismo y consecuentemente, acelera también la producción de deshechos, pero además, permite a través de la innovación hacer más eficientes y sostenibles los productos de los que ya disponemos **(13)**.

La denominada "paradoja tecnológica" es un tema que no hay que pensar como un dogma, por el contrario es necesario analizar sus causas y determinar, cuál es el nivel óptimo y oportuno de introducción de nueva tecnología y cuáles son sus consecuencias.

*II.1. El costo del progreso vacuo (hiperconsumo). El problema medioambiental*

Las empresas para producir bienes y servicios requieren de recursos naturales, muchos de ellos no renovables (p. ej., los minerales) y otros que solo pueden reproducirse si las condiciones naturales se sostienen (bosques, animales), en tanto que otros se pueden obtener artificialmente, pero emulando las mismas condiciones que se encuentran presentes en la naturaleza.

El progreso conectado al hiperconsumo genera una creciente necesidad de recursos naturales y artificiales para abastecer una acelerada demanda de productos por parte de los consumidores, quienes se ven entusiasmados a consumir a través de la utilización de la publicidad **(14)**. El descarte acelerado de esos mismos

(12) TREVIÑO, Francisco – VILLALPANDO, Paula – BLANCO, Mónica – BARRAGÁN, José N., "Factores que influyen en la generación de productos obsoletos en los inventarios de las empresas mexicanas", *Revista Innovaciones de Negocios* 6[2]: 155-171, 2009.

(13) STEARNS, P, N., "Consumerism in world history, The Global Transformation of desire", Rutledge, 2001, ps. 46 y 47; CARRASCOSA, Ariadna, "La obsolescencia programada. Análisis de la posibilidad de su prohibición".

(14) En lo personal tengo un concepto positivo de la publicidad desde muchos puntos de vista, favorece el desarrollo de la actividad comercial, genera un industria propia y numerosos puestos de trabajo, es un elemento válido para sostener la competencia entre diferentes productores de bienes y servicios, aporta información al consumidor en el proceso de toma de una decisión de consumo y así lo expresado en numerosos trabajos. Mi opinión no ha cambiado con el correr del tiempo, pero es cierto que los paradigmas han cambiado y hoy creo que se puede esperar algo más de la publicidad que cumplir con su rol esencial de procurar mayores ventas para los anunciantes. Es más, creo que gran parte del futuro de

productos provocados por un sistema de producción que utiliza en forma recurre a la obsolescencia programada o planificada da origen a una descontrolada cantidad de residuos que terminan contaminando el medio ambiente y afectando la calidad de vida de gran parte de la humanidad.

Los estudios conducidos por el Programa de Naciones Unidas para El Desarrollo reflejan números alarmantes, que nos obligan y compelen a todos los actores sociales a hacer esfuerzos en forma inmediata para revertir una situación de peligro actual en pos de salvar el único hábitat del cual la humanidad dispone.

El programa para el Desarrollo Sostenible impulsado por la ONU en su punto 12 expresa: "El consumo y la producción mundiales (fuerzas impulsoras de la economía mundial) dependen del uso del medio ambiente natural y de los recursos de una manera que continúa teniendo efectos destructivos sobre el planeta. El progreso económico y social conseguido durante el último siglo ha estado acompañado de una degradación medioambiental que está poniendo en peligro los mismos sistemas de los que depende nuestro desarrollo futuro (y ciertamente, nuestra supervivencia). Estos son algunos *hechos y cifras*:

— Cada año, se estima que un tercio de toda la comida producida (el equivalente a 1300 millones de toneladas con un valor cercano al billón de dólares) acaba pudriéndose en los cubos de basura de los consumidores y minoristas, o estropeándose debido a un transporte y unas prácticas de recolección deficientes.

"— Si todo el mundo cambiase sus bombillas por unas energéticamente eficientes, se ahorrarían 120.000 millones de dólares estadounidenses al año.

"— En caso de que la población mundial alcance los 9600 millones de personas en 2050, se podría necesitar el equivalente a casi tres planetas para proporcionar los recursos naturales necesarios para mantener los estilos de vida actuales" **(15)**.

"El consumo de los recursos naturales y el impacto de la actividad humana en el medio ambiente puede ser medido en función de la denominada 'huella ecológica'. La huella ecológica es un indicador ambiental, de carácter integrador, del impacto que ejerce una cierta comunidad humana, país, región o ciudad sobre su entorno. Es el área de terreno necesario para producir los *recursos* consumidos y para asimilar los *residuos* generados por una población determinada con un modo de vida específico, donde quiera que se encuentre esa área" **(16)**.

A modo de ilustración compartimos un gráfico que demuestra el impacto de la vida humana y de los procesos para obtención de recursos para sostenerla en la actualidad **(17)**.

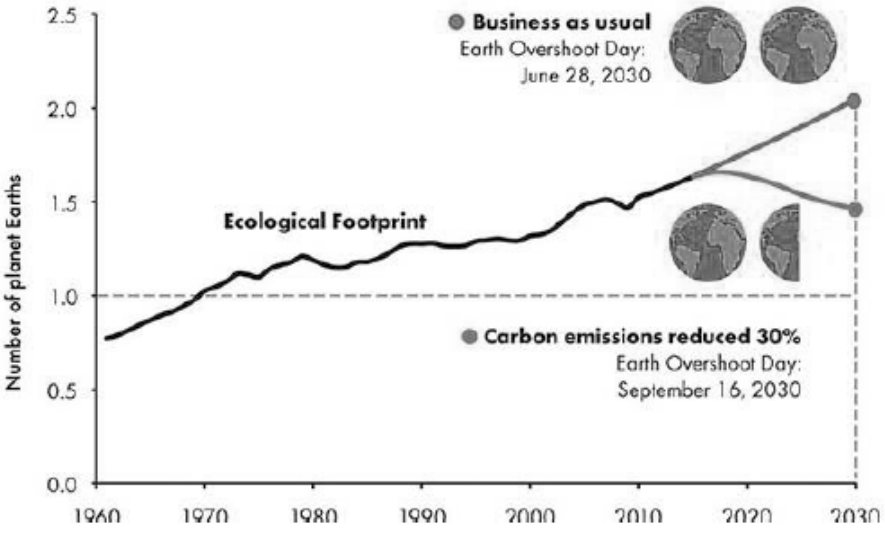
---

la publicidad depende de captar la importancia del rol social que puede tener en la instalación y difusión de valores trascendentales para el hombre, que también son excelentes argumentos de ventas si no se incurre en prácticas engañosas como puede ser el *greenwashing*.

(15) *https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/sustainable-consumption-production*.

(16) Este concepto fue establecido en 1996 por William REES, Mathis WACKERNAGEL y RAQUEL MORENO LÓPEZ| Madrid (España), 03/03/2005, *http://habitat.aq.upm.es/boletin/n32/i1armor.html*.

(17) *https://www.medioambiente.net/la-huella-ecologica*.




El gráfico da cuenta de que ya estamos consumiendo recursos en forma superior a la capacidad de regeneración del planeta, y eso implica un necesario e indispensable cambio en el modo de pensar las relaciones económicas y de consumo si se quiere que la humanidad prospere en el corto plazo y no enfrentarnos a problemas, aún más graves de los que hoy ya gran parte de la humanidad sufre, debido a la escasez de agua (se prevé que en 2030 el mundo tendrá que enfrentarse a un déficit mundial del 40% de agua en un escenario climático en que todo sigue igual) (2030 WRG, 2009) **(18)** o de alimentos (2000 millones de personas en el mundo sufren hambre) o tener migraciones debidas al cambio climático **(19) (20)**.

La economía no ha sido ajena al análisis del impacto de la actividad industrial humana sobre el medio ambiente, Nicolás Georgescu Roegen plantea que "el proceso de producción requiere insumos naturales y usa el espacio de la biosfera como contenedor de los desperdicios arrojados por dicho proceso. Teniendo esto en claro, la pregunta que emerge es ¿la disponibilidad de la biosfera para absorber los desperdicios es infinita? ¿O tiene límites? Para ello es necesario traer a discusión las leyes que dominan el mundo de lo natural. Esto es lo que nos enseña Georgescu Roegen

(18) *http://www.unesco.org/new/fileadmin/MULTIMEDIA/HQ/SC/images/WWDR2015Facts_Figures_SPA_web.pdf.*

(19) ACNUR reconoce que las consecuencias del cambio climático son extremadamente graves, incluso para los refugiados y otras personas de interés. El Pacto Mundial sobre Refugiados, adoptado por una mayoría abrumadora en la Asamblea General de la ONU en diciembre de 2018, aborda directamente esta creciente preocupación. Reconoce que "el clima, la degradación del medio ambiente y los desastres naturales interactúan cada vez más con los impulsores de los movimientos de refugiados". *https://www.acnur.org/cambio-climatico-y-desplazamiento-por-desastres.html.*

(20) Dictamen Comité Económico Social Europeo del año 2013, titulado "Duración de la vida de los productos e información al consumidor" (CCMI/112) Desde el punto de vista medioambiental, actualmente, nuestro consumo anual de materias primas es de aproximadamente 60.000 millones de toneladas, lo que equivale a cerca de un 50% más de recursos naturales que hace 30 años. Así, cada europeo consume 43 kilos de recursos al día, frente a diez kilos por africano. La Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE) considera, basándose en los niveles conocidos en 1999, que con una tasa de crecimiento anual de su producción primaria del 2%, las reservas de cobre, plomo, níquel, plata, estaño y cinc no durarían más de 30 años, y las de aluminio y hierro entre 60 y 80 años. Por otra parte, cada año se generan en Europa (datos de 2012) diez millones de toneladas de residuos de aparatos eléctricos y electrónicos (RAEE), volumen que podría alcanzar los doce millones en 2020. Junto con las políticas de reciclaje e innovación, las políticas de recuperación consagradas por la nueva Directiva que entró en vigor el 13 de agosto de 2012 deben fomentarse paralelamente a la lucha contra la obsolescencia programada.

a los economistas a discutir la Ley de la Entropía" **(21)**: "Esta ley implica que a medida que los recursos naturales son transformados, pasan de un estado de baja entropía a uno de alta entropía. Cuando la entropía es baja, la materia puede transformarse en productos útiles para ser humano. Ocurre lo contrario con niveles altos de entropía" **(22)**.

Conforme a lo expuesto y teniendo en consideración la finitud de los recursos naturales, cabe preguntarse: ¿Es racional sostener un sistema económico que los dilapide? ¿Es racional continuar promoviendo un consumo exacerbado que no podrá ser sostenido en el tiempo, y que casi con certeza provocará problemas de escala global? ¿Es legítima y éticamente responsable la estrategia de producción que acorta artificialmente los ciclos de vida de los productos o que genera estrategias para que el consumidor los perciba obsoletos?

A mi entender, la respuesta más racional posible, tomando en consideración los argumentos expuestos, es que resulta imperioso profundizar el de cambio en las empresas que utilizan como estrategia de producción y comercialización a la OP, abandonando dichos procesos de producción y sobre todo incrementar los esfuerzos en desarrollar más y mejor innovación que permita cambiar la situación actual que se plantea al menos como amenazante **(23)**.

Por su parte la legislación nacional, con la sanción de la ley 25.675 General de Medio Ambiente, dispone en su art. 4º el principio de sustentabilidad: "El desarrollo económico y social y el aprovechamiento de los recursos naturales deberán realizarse a través de una gestión apropiada del ambiente, de manera tal, que no comprometa las posibilidades de las generaciones presentes y futuras", el cual se encuentra alineado con el principio de consumo sustentable establecido en el art. 41 de la CN.

En el ámbito internacional la Comisión Europea ha elevado al Parlamento Europeo una Comunicación en el año 2015 titulada "Cerrar el Círculo un plan de la UE para la Economía Circular", en la cual expresa: "La transición a una economía más circular, en la cual el valor de los productos, los materiales y los recursos se mantenga en la economía durante el mayor tiempo posible, y en la que se reduzca al mínimo la generación de residuos, constituye una contribución esencial a los esfuerzos de la UE encaminados a lograr una economía sostenible, hipocarbónica, eficiente en el uso de los recursos y competitiva. Una transición de ese tipo brinda la oportunidad de transformar nuestra economía y de generar nuevas ventajas competitivas y sostenibles para Europa".

Uno de los puntos centrales de la Comunicación de la Comisión Europea es el uso eficiente de los recursos naturales a fin de lograr una economía sostenible, como se verá más adelante, el planteo que se formula no implica suprimir la actividad empresarial, ni el uso de los recursos naturales, lo que, además, resulta imposible, ya que la necesidad de determinados productos y de los recursos naturales para producirlos es creciente en razón de que la cantidad de personas que nacen tiende a una tasa de crecimiento ascendente, a la vez que el promedio de vida también aumenta, merced de los avances tecnológicos en el área de medicina, equipos, técnicas médicas y medicamentos, sino un uso racional basado en la innovación y en la nuevas tecnologías y pudiéndose utilizar el derecho como elemento de acción y transformación social y productiva.

(21) La Ley de la Entropía es la segunda ley de la termodinámica, que puede ser explicada como "una medida de la disponibilidad de la energía que ya no se puede aprovechar transformándola en trabajo. Un aumento de la entropía supone una disminución de la de la energía disponible: ni el carbón ni el petróleo pueden quemarse dos veces. Podemos vincular la idea de entropía con los recursos naturales que empleamos para nuestra subsistencia de la siguiente forma: el recurso natural más básico y fundamental para nuestra subsistencia e la materia energía de baja entropía (vale decir materia energía con alto grado de orden y disponibilidad). El mineral de hierro con alta concentración de metal en un recurso precioso para nosotros, mientras que el hierro suelto en el océano es prácticamente inutilizable" (RIECHMANN, Jorge, "Entropía, recursos naturales y economía ecológica", www.daphnia.es).

(22) HERNÁNDEZ CERVANTES, Tania, "Breve exposición de las contribuciones de Georgescu Roegen a la economía ecológica y un comentario Crítico", *SCielo*, 56, vol. 21, México, abril 2008, *www.Scielo.org.mx*.

(23) RUIZ TAFOYA, Heriberto, "Crecimiento económico y recursos naturales", *Scielo*, *http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1665-952X2007000100008.*

### III. Diferentes técnicas y clases de obsolescencia programada

La obsolescencia programada comprende diferentes mecanismos para su formulación; así se conoce obsolescencia de base tecnológica, psicológica y de diseño **(24) (25)**.

Los elementos clave de la obsolescencia programada son claramente distinguibles y observables en cualquiera de sus diferentes tipologías: 1) la planificación decidida y consciente de la empresa de producir un bien o una tecnología donde se controle su ciclo de vida, es decir, es una estrategia comercial consciente; 2) la finalidad de aumentar o acelerar los ciclos de consumo, descarte y reposición de los bienes o las tecnologías producidas; y 3) poder ser utilizada para la obtención de una ventaja comercial sobre los competidores, lo que también podría derivar en una práctica desleal o una conducta restrictiva de la competencia.

Cada uno de los tipos de obsolescencia obedece a una planificada estrategia empresarial que se relaciona con el tipo de producto, de mercado y con los costos de producción y de imposición del nuevo producto sustituyente (supuestamente) superador del producto predecesor.

La estrategia de sustitución e imposición del nuevo producto puede operar de distintas formas: en el mercado de productos tecnológicos, el primer argumento será la superación de la tecnología como primer punto de fuerza; sin embargo, aun este tipo de productos y en este especie de mercado se puede observar cómo la obsolescencia de diseño puede intervenir conjuntamente y quizá como un factor más determinante aún que su artificial decrepitud **(26)**.

La obsolescencia programada tecnológica es en principio absolutamente objetable, ya que la vida útil de un producto debería provenir de la imposibilidad de satisfacer la finalidad para la cual fue diseñado y conforme a la durabilidad de sus materiales constitutivos, y no debido a la manipulación de sus elementos constituyentes,

(24) Conforme al análisis efectuado por Fuad Chacón (CHACÓN, Fuad, "La travesía obsoleta: La indefensión del consumidor, tesis de grado para optar por el título de abogado", Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Facultad de Jurisprudencia, Bogotá, 2014), para conseguir el objetivo perseguido por la obsolescencia progresiva se requiere el cumplimiento de las siguientes fases: 1. "Cambio por razones técnicas o de avance científico: en esta una persona habrá adquirido cualquier clase de bien desde hace una cantidad de tiempo bastante considerable y luego, conforme se vayan desarrollando algunas mejoras tecnológicas significativas y se hallen disponibles en el mercado, la sustitución de aquel por el otro se hará regularmente. 2. Cambio por razones prácticas o coordinadas: aquí el producto inicial se ha fusionado exitosamente con otros aditamentos o bienes que les han dado un plus muy atractivo a los ojos de los clientes, pues teniéndolo aparentemente suplirían dos necesidades por el precio de una. 3. Cambio por razones estéticas: estado último del proceso donde el bien en cuestión ha absorbido la función de mueble o accesorio decorativo, excediendo la mera labor técnica que tenía antes. De esta forma, ya el desempeño de la maquinaria pasa a un segundo plano y su agregado como pieza armónica dentro del panorama de algún recinto sobresale como prioridad, lo que inevitablemente hará que su reemplazo dependa de factores que escapan a la finalidad para la que fue construido".

(25) El Comité Económico Social Europeo, en su dictamen del año 2013, titulado "Duración de la vida de los productos e información al consumidor" (CCMI/112) ha clasificado a los distintos tipo de obsolescencia programada de la siguiente forma: "La obsolescencia programada propiamente dicha, consistente en prever una duración de vida reducida del producto, si fuera necesario mediante la inclusión de un dispositivo interno para que el aparato llegue al final de su vida útil después de un cierto número de utilizaciones; la obsolescencia indirecta, derivada generalmente de la imposibilidad de reparar un producto por falta de piezas de recambio adecuadas o por resultar imposible la reparación (por ejemplo, el caso de las baterías soldadas al aparato electrónico); la obsolescencia por incompatibilidad, como es el caso, por ejemplo, de un programa informático que deja de funcionar al actualizarse el sistema operativo; esta obsolescencia guarda relación con la del servicio posventa, en el sentido de que el consumidor será más proclive a comprar otro producto que a repararlo, en parte debido a los plazos y precios de las reparaciones; la obsolescencia psicológica derivada de las campañas de marketing de las empresas encaminadas a hacer que los consumidores perciban como obsoletos los productos existentes".

(26) En la sociedad de consumo, no solo es importante sustituir los productos para satisfacer la necesidad de más y mejor tecnología sino que también es importe que el resto de los consumidores puedan conocer que una persona ha adquirido determinado bien, ello implica la obtención de un determinado estatus declarado hacía el exterior por el consumidor. Así el diseño exterior de los nuevos productos lo hace más reconocible para los restantes consumidores lo implica para el consumidor del nuevo producto la satisfacción de dos necesidades, la de poseer el supuesto mejor producto (argumento objetivo) y la necesidad de declarar un estatus que deriva de la posesión del nuevo producto (argumento psicológico).

físicos o inmateriales con el propósito de alterar su duración por parte de la empresa fabricante.

Entiendo que, para evitar la crítica formulada, un nuevo producto debería producir un verdadero avance y superación de la tecnología predecesora en un grado significativo de modo que las funciones del producto predecesor se tornen claramente obsoletas, y no ser el resultado de una planificación empresaria destinada al acortamiento de los ciclos de vida de los productos.

Este tipo de OP requiere de una importante inversión en investigación y desarrollo, siendo el tiempo otro factor esencial para poder desarrollarla y aplicarla a los nuevos productos, a la vez que supone el riesgo de que el paso del tiempo dicha tecnología sea superada por la tecnología de un competidor y torne improductiva la inversión efectuada. Este último factor acelera los tiempos de lanzamiento de los nuevos productos sustituyentes y de algún modo podría conspirar contra la recuperación de la inversión efectuada en el producto anterior **(27)**.

Poner en riesgo una inversión de tiempo y dinero efectuada en tiempo pretérito no parece una estrategia empresarial acertada, por ello, el lanzamiento de los nuevos productos sustituyentes, como resultado de las nuevas tecnologías incorporadas, son parte de un proceso diagramado cuidadosamente para que esas inversiones no resulten improductivas.

La relación entre velocidad de lanzamiento de los supuestos avances tecnológicos significativos, y el riesgo o temor a la superación de la propia tecnología por un competidor, es una las razones por la cual los distintos mecanismos mediante los cuales se puede arribar a un producto obsoleto se entrelazan para lograr una rápida sustitución, siendo a la vez el motivo por el cual muchas veces no se observa una notable superación de la tecnología existente en los nuevos productos sustituyentes.

En muchos casos se podrá encontrar que un producto no es obsoleto en términos tecnológicos, sino estéticos, y en este caso, nos enfrentamos ante una OP psicológica, donde las acciones de marketing y publicidad tienen una gran importancia para generar en el consumidor la necesidad de cambiar un producto por otro con base en un recurso meramente emocional o anclado en una decisión de apariencia racional, aunque siempre orientada a demostrar la superación del producto anterior por el producto sustituyente.

Lo expuesto en el párrafo precedente pone de manifiesto que los distintos tipos de OP pueden concurrir sobre un mismo producto en un mismo tiempo en tanto sean afines a la estrategia empresaria dirigida a la rápida sustitución del producto.

La razón por la que esto ocurre es que una sola de las técnicas para lograr la OP en muchos casos no es suficiente para convencer al consumidor de que el producto que tiene es verdaderamente obsoleto, por lo tanto, hay que caerle con una catarata de argumentos racionales pero también de emociones, conjugados de modo tal para que la intención de sustitución del producto se transforme en una necesidad irrefutable desde el plano racional y desde el plano emocional, ya que, de esta forma no solo se consigue la pulsión de compra (que dispara el acto de consumo) sino que también se la justifica mediante un argumento racional que librara de toda culpa y remordimiento y sentará las bases para una futura nueva sustitución y descarte.

## IV. La problemática de la obsolescencia programada desde la óptica constitucional

La Carta Magna es un instrumento jurídico determinante en el análisis legal de la OP, en

(27) Una vez que el innovador demuestra durante la etapa de desarrollo del mercado que existe una demanda sólida, ejércitos de imitadores se apresuran a capitalizar y ayudar a crear el boom que se convierte en la etapa de crecimiento del mercado, o despegue. Como resultado, aunque un crecimiento extremadamente rápido ahora caracterizará la demanda total del producto, para la empresa originadora su etapa de crecimiento paradójicamente se ve truncada. Tiene que compartir el auge con nuevos competidores. De ahí que la tasa potencial de aceleración de su propio despegue se vea disminuida y, de hecho, puede no durar tanto como el de la industria. Esto ocurre no solo porque hay tantos competidores, sino, como hemos señalado anteriormente, también porque los competidores a menudo vienen con mejoras de productos y precios más bajos. Si bien estos avances contribuyen en general a mantener el mercado en expansión, restringen en gran medida la tasa de crecimiento de la empresa originaria y la duración de su fase de despegue. "Explotar el ciclo de vida del producto" *https://path.mba/explotar-el- ciclo-de-vida-del-producto/*.

tanto nos brinda pautas concretas para determinar sus contornos y además, expresa y reconoce un serie de derechos que toman contacto directo con los principales desafíos que plantea esta estrategia de producción y comercialización.

Entiendo que de nuestra Constitución Nacional "surge un principio mínimo que, con carácter general, parece evidente. La ideología de la libertad que inspira y da contenido a la constitución desde el preámbulo ('asegurar los beneficios de la libertad') obliga a sostener en materia económica debe existir un espacio suficiente de libertad para la actividad privada, que quede exento de intervencionismo y dirigismo estatales. Las medidas ordenadoras de la actividad económico han de ser suficientemente razonables y moderadas, fundadas en claros fines de bienestar general, y orientadas por el llamado 'principio de subsidiaridad' (según el cual el estado no debe hacer lo que pueden hacer los particulares con eficacia, pero el estado debe ayudarlos, pero no destruirlos y absolverlos" **(28)**.

Por un lado, y en franco apoyo de la OP, vamos a encontrar el derecho a ejercer industria lícita, en tanto, que por otro lado, se van a sumar fundamentos que pueden apoyar una postura directamente prohibicionista, u otra posición más componedora que promueve su regulación **(29)**.

El punto clave creemos que es determinar en primera instancia qué es la obsolescencia programada, lo cual se ha efectuado en los puntos anteriores, y luego a partir de dicho concepto analizar si es una actividad que a la luz de las disposiciones legales vigentes puede ser considerada como una estrategia empresaria dirigida a la producción de bienes y servicios de carácter lícito.

Por tanto, delimitar el alcance de la obsolescencia programada resulta determinante para analizar su licitud y evitar posturas, que merced a dicha definición, puedan sostener posturas contrarias a la innovación o a la creación de nuevos productos y servicios o extender sus efectos a situación que no se encuentran contempladas en su caracterización.

*IV.1. El derecho a ejercer industria l*ícita

Uno de los argumentos determinantes en favor de la posibilidad de las empresas de determinar el ciclo de vida de sus productos y, por ende, diseñar obsolescencia es el derecho a ejercer industria lícita consagrada en el art. 14 cuando ejercer toda industria lícita; de navegar y comerciar la Constitución Nacional no se mantiene al margen de un tema de singular importancia como es la vida económica de un país, por el contrario en numerosos artículos trata aspectos relativos a la economía o a derechos que se vinculan con la actividad económica, a modo de ejemplo, citamos el art. 14, los arts. 14 bis (trabajo), 17 (propiedad privada), 20 (derechos de contenido económico), 27 (comercio exterior), 41 (derechos a realizar actividades productivas), 42 (derecho del consumo) y 75, incs. 18 y 19, entre otras disposiciones. La libertad económica y la protección del derecho de propiedad son las base indispensable sobre la cual puede desplegarse una actividad económica ágil, dinámica y flexible que pueda adaptarse a los cambios de paradigmas y que no encuentre en el estado un creador de normas que artificiosamente limite su potencial creador **(30)**.

Es por ello que, junto con la protección del derecho de propiedad, la Constitución Nacional consagra lo que genéricamente se conoce como libertad económica, la cual guarda una estrecha relación con el derecho de propiedad y abarca toda actividad humana destinada a generar riqueza mediante el trabajo (*lato sensu*), el co-

(28) BIDART CAMPOS, Germán J., "Derecho constitucional Argentino", p. 308.

(29) "Se advierte enseguida que con relación al sistema económico la Constitución debe ser también el marco para que se asiente esa ancestral relación entre derechos individuales y ejercicio de poder" (MORDEGLIA, Roberto M., "Elementos de derecho constitucional económico", p. 235).

(30) "Se afirma, incluso, que la constitucionalización de los principios reguladores de la economía, sería uno de los signos más característicos del constitucionalismo contemporáneo, el pues las constituciones contemporáneas además de su contenido político, formulan, jurídicamente, una constitución económica para ordenar la totalidad de la actividad económica" (LAPLACETTE, Carlos J., "La Constitución Nacional, el mercado, las provincias y el caso del azúcar. Apuntes para un conflicto abierto", *Sup. Const.* 2018 (mayo), 15/05/2018, 8, LA LEY 2018-C.

mercio, la industria, y toda actividad susceptible de producir bienes, quedan englobadas en la libertad económica. Si bien la Constitución no la menciona de manera expresa, en diversas cláusulas encontramos referencias a actividades que la configuran **(31)**.

Sin embargo, este derecho que la Constitución Nacional reconoce se encuentra inserto en un cuerpo normativo que, lejos de dejar librado al azar o al libre ejercicio del poder económico la vida productiva del país, lo encorseta o limita con otro conjunto de derechos que tutelan disímiles bienes jurídicos de igual o mayor valoración, y por lo tanto, resulta indispensable hacer un análisis constitucional para determinar la prevalencia de un derecho sobre otro o establecer su relacionamiento y coordinación.

En los puntos precedentes se hizo referencia a una serie de situaciones en las cuales la OP interfiere o toma contacto con el derecho del consumo, el medio ambiente y el derecho de la competencia, la Constitución Nacional también reconoce la existencia de dichos derechos y toma una directa intervención en la forma en la cual tiene que ser ejercido el derecho de "industria *lícita* y comercio", por lo cual en principio podemos afirmar que este derecho tan trascendental para la actividad económica del país no es absoluto, sino que encuentra un claro condicionamiento en las pautas de ejercicio que están establecidas en numerosas disposiciones constitucionales.

Ahora pues, reconocido el derecho a ejercer industria y comercio y establecido un sistema de libertad económica, la intervención del estado debe ser mínima e indispensable para garantizar el ejercicio de esos mismos derechos por todos los habitantes, y a su vez evitar que la puesta en acción de un derecho menoscabe o torne inexistente otro derecho también consagrado en la Constitución Nacional, por tanto debe existir un razonable y fundado interés que habilite la intervención del Estado, sumado a ello la intervención estatal, vehiculizada a través de la regulación del ejercicio de los derechos, debería aparejar una mejor situación para el conjunto social medida en términos objetivos y verificables.

Es dable destacar que la economía tiene sus propias reglas, es por ello, que la intervención del Estado debe ser acorde en lo expuesto en los párrafos precedentes a fin de evitar distorsiones que no puedan ser reparadas o que tengan por consecuencia general una menor eficiencia en sus resultados analizando y ponderando la totalidad de los elementos que se encuentran vinculados (consumo, medio ambiente, derecho de la competencia).

*IV.2. La responsabilidad social empresaria*

La RSE dejó de ser hace tiempo una lejana aspiración de un grupo reducido de empresarios para afianzarse como una realidad por un sector muy amplio de la comunidad empresaria, ya sea motivados por el interés en generar prácticas empresarias más sanas o con la intención de generar un activo que aporte a la identidad de la empresa, lo cierto es que las prácticas de RSE generan un beneficio, tanto para la empresa, como para la sociedad en su conjunto **(32)**.

Las normas ISO 26.000 se han hecho eco de esta corriente empresaria receptando líneas directrices claras respecto de una conducta esperable por parte de las empresas y expresa: "el desempeño de una organización en relación con la sociedad en la que opera y con su impacto sobre el medio ambiente, se ha convertido en una parte crítica al medir su desempeño integral y su habilidad para continuar operando de manera eficaz. En parte, esto es reflejo del creciente reconocimiento de la necesidad de asegurar ecosistemas saludables, equidad social y buena gobernanza de las organizaciones. En el

(31) BADENI, Gregorio, "Tratado de derecho constitucional", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2010, 3ª ed., t. 2, p. 413, cit. por LAPLACETTE, Carlos J., ob. cit.

(32) "Antes de analizar el concepto de la RSE es conveniente realizar una aclaración respecto a su extensión. Este concepto no se limita a la responsabilidad que se establece en el ordenamiento jurídico y que las empresas están obligadas a respetar y cumplir, ya sean normas laborales, impositivas, ambientales, de derechos humanos, etc. La RSE va más allá de los meros cumplimientos legales, la misma busca que la empresa se encuentre un escalón más arriba, permeando sus prácticas operativas y comerciales de contenido éticos, morales, sociales y medioambientales" (ARIAS, María Lourdes, "El paradigma de la responsabilidad social empresaria. Un factor clave para la sostenibilidad de las empresas", *austral.edu.ar/eedu/wp-content/uploads/2018/02/*.

largo plazo, todas las actividades de las organizaciones dependen de la salud de los ecosistemas mundiales" **(33)**.

Dentro del espectro de las prácticas de RSE, conforme las normas ISO 26000 se ubican el cuidado y el respeto al medio ambiente, el respeto por el consumidor y una correcta o leal competencia, entre otros aspectos contenidos en su formulación, más todos ellos tendientes al objetivo de contribuir al desarrollo sostenible **(34)**.

La RSE, si bien se encuentra conformada por pautas de conducta que deben observar las empresas, no resulta ajena a la consideración y valoración por parte de los consumidores, como así también de los inversores que entienden que dichas prácticas no solo hacen a una correcta ejecución de las prácticas empresarias, sino que también contribuyen a la construcción de una imagen empresaria más acorde con los tiempos que corren, tal es así que ha dado lugar a una nueva estrategia de marketing donde se utiliza, como uno de los principales argumentos de venta, el respeto por la ecología en la utilización de los componentes que forman los productos o servicios comercializados, lo cual a su vez ha dado origen a su antagonista en términos publicitarios, que se denomina *greenwashing* la cual promociona cualidades ecológicas de los productos o servicios de los que estos en realidad no gozan, con la intención de seducir al consumidor o generar una tendencia de consumo **(35)**.

Las pautas dispuestas por las normas ISO 26000 pueden ser consideradas, a nuestro modo de ver, como contrarias a la OP, en tanto esta estrategia empresarial no hace un uso racional de los recursos naturales, no brinda una adecuada información al consumidor, pudiendo además, constituir un caso de competencia desleal o inclusive una práctica anticompetitiva y tampoco contribuye al desarrollo sostenible.

## V. El derecho al consumo

### *V.1. Consumo sustentable*

La incorporación del consumo sustentable como un derecho de alcance constitucional expresa el deseo de alentar formas de consumo aptas para evitar un proceso de autofagia consumista. El hiperconsumo erosiona sus propias bases, en tanto malgasta recursos naturales no renovables, tiende a generar hiperendeudamiento de los consumidores, a la vez que no genera un mayor nivel de felicidad **(36)**.

Queda claro que desde el punto de vista de la economía liberal capitalista el consumo es necesario para insuflar aire a la economía, esta realidad que no ignoramos debe ser encauzada con el propósito de evitar situaciones que a mediano o largo plazo puedan ser perjudiciales para las generaciones futuras, de modo tal que lo que hoy puede ser considerado positivo no se transforme en una pesadilla económica y ambiental.

El consumo es por tanto necesario, ya que, es uno de engranajes de la economía y porque biológicamente necesitamos bienes para satisfacer determinadas necesidades, y también porque el progreso o la evolución de determinadas facetas del desarrollo humano nos han puesto en contacto con otros tipos de necesidades o desafíos que requieren bienes y servicios más complejos

(33) *https://www.iso.org/obp/ui#iso:std:iso:26000:ed-1:v1:es-).*

(34) En la tabla de contenidos de las normas ISO 26000 comprende varias de las cuestiones que resultan fundamentales para el completo análisis del fenómenos de la OP, de modo tal que bajo el título "material fundamental, 6.5. comprende los siguientes temas: 6.5.3 Asunto 1: Prevención de la contaminación, Asunto 2: uso sostenible de los recursos 6.5.4., Asunto 3: Mitigación y adaptación al cambio climático, Asunto 4: Protección del medio ambiente, biodiversidad y restauración de hábitats naturales 6.5.6., título "Prácticas Justas de Operación" Asunto 3: Competencia Justa" y Materia Fundamental: Asunto 1: Prácticas justas de marketing, información objetiva e imparcial y prácticas justas de contratación.

(35) CAPUCCI, Sebastián A., "*Greenwashing* un caso de publicidad engañosa", *Revista del Instituto de Protección Jurídica del Consumidor*, Colegio de Abogados de Rosario 2019.

(36) En el caso distinguimos el consumo el cual es necesario para la satisfacción de las necesidades humanas y el hiperconsumo como fenómeno negativo que atenta contra el principio de "consumo sustentable". El desafío en el caso es determinar objetivamente cuando se alcanzan niveles de hiperconsumo y si los mismos resultan convenientes para el conjunto de la sociedad presente y futura.

que facilitan o perfeccionan determinadas actividades humanas.

Tomando como punto de partida la necesidad del consumo para la humanidad y también de la actividad empresarial, estas deben ser orientadas en su beneficio, entendiendo a la humanidad como un continuo temporal donde las obligaciones del presente se expanden y proyectan temporalmente al futuro y debiendo esta actividad hacerse teniendo en miras el respeto de la manda constitucional que impone el consumo sustentable en defensa de las generaciones futuras.

La obtención de información objetiva y de base científica puede servir como un parámetro para determinar cuándo se alcanzan niveles de consumo no sustentable; ello no implica indicar solo cuanto se consume, sino también, si existen o no fuentes alternativas para obtener los recursos, en qué tipo productos utilizamos los recursos naturales, el ciclo de vida de los productos, la posibilidad de reutilización o no de parte o de todos sus componentes, la disposición final de los excedentes no reutilizables y así se podría seguir en la enumeración de un conjunto de datos objetivos tendientes a evitar un resultado no deseado.

La naturaleza está dando pruebas contundentes de que muchas cosas están alterando su equilibrio y en ello la acción directa del hombre tiene mucho que ver.

*V.2. El derecho a la información y su relación con la obsolescencia programada*

La información es sin lugar a duda uno de los principales derechos del consumidor. Suministrada en forma veraz y completa, permite tomar decisiones de consumo racionales, y a su vez sirve de contrapeso del gran argumento de venta que resultan ser las emociones que operan en un plano distinto, pero dotado de la misma finalidad.

De alguna forma, los datos objetivos constituidos por la información dan más adultez a las decisiones de consumo y permiten realizar análisis serios y meditados en torno a la selección de un producto o servicios entre muchos que se ofrecen en el mercado y permiten determinar qué tipo de necesidad voy a satisfacer con su adquisición, frenando o ralentizando la pulsión de compra irreflexiva que implican las emociones que operan en un campo más irracional y que han determinado disposiciones legales que permiten amortiguar sus efectos **(37)**.

Hasta aquí tenemos, si se quiere, un problema tradicional del consumo, hoy derivado ya en hiperconsumo, donde el foco de la discusión gira en torno a las técnicas y métodos que se utilizan para aumentarlo o expandirlo, la pregunta que quizás uno deba formularse es cuál es el sentido del hiperconsumo. Podemos pesar que en el contexto actual es la satisfacción de una necesidad individual, pero no debemos dejar de lado los costes sociales para las generaciones presentes y las generaciones del futuro, por tanto el consumo es un acto principalmente e inicialmente individual, pero también lo es necesariamente colectivo, en cuanto sus efectos sobre determinados recursos que no son renovables, sobre los deshechos o remanentes de los productos o servicios consumidos que generan en exceso y sin mayor sentido la OP tienen efectos sobre el conjunto social.

El derecho a la información en su relación con la OP tiene una implicancia más profunda y abarcativa; es más profunda porque ya no guarda exclusivamente relación con un bien jurídico de naturaleza individual, como puede ser la afectación de un derecho de carácter patrimonial de un consumidor determinado, como lo puede ser la venta de un electrodoméstico que presente manipulaciones dirigidas a afectar su funcionamiento luego de un determinado uso, o la utilización como herramienta de seducción de una técnica publicitaria que produzca engaño y, por ende, una falsa representación de un producto o servicio promocionado, sino que afecta a un conjunto indeterminado de personas en otra gama de derechos como puede ser la conservación del medio ambiente.

También resulta más abarcativo o ampliado, en cuanto a los derechos que se ven afectados por su implementación, no solo afectan derechos individuales sino derechos individuales sino también de carácter colectivo como es el

(37) P. ej., la posibilidad de revocación de los contratos celebrados fuera de los establecimientos y a distancia dentro de los 10 días computados a partir de la celebración del contrato (art. 1110, Cód. Civ. y Com.), deber de informar el derecho a la revocación de los contratos (art. 1111, Cód. Civ. y Com.).

medio ambiente. El principio de consumo sustentable, que involucra las generaciones futuras y que les da una entidad propia aun no existiendo en el tiempo presente, pero teniendo la certeza de que su existencia futura es inexorable, excede el campo del derecho del consumo y se introduce, sin escalas, en el campo de la lealtad comercial y en el derecho de defensa de la competencia y en el derecho medio ambiental, que de diversas formas establece vínculos con los derechos de los consumidores.

Solamente con lo expresado en este apartado, vemos con claridad como las respuestas que puede dar el derecho del consumo, si bien necesarias, no son suficientes, ni eficientes, para paliar los efectos negativos que surgen de la obsolescencia programada, no obstante ello desde la óptica de los derechos del consumidor se pueden dar ciertas respuestas que van a operar sobre la OP disminuyendo, más no eliminando, su dañosidad.

V.2.a. Conocimiento efectivo y completo del consumidor del diseño de un producto bajo la influencia de la obsolescencia programada

Informar al consumidor que un producto ha sido específicamente diseñado para que tenga un determinado ciclo de vida útil es el primer límite y obligación que debe imponer el derecho del consumo para que el consumidor tome una decisión con pleno conocimiento de la calidad y las cualidades del producto que adquiere.

La OP puede operar sobre los productos de diferentes formas, ya sea limitando su ciclo de vida útil, por ejemplo, inhibiendo su capacidad de cumplir con su función esencial, aun estando sus componentes en perfecto estado, esto se puede lograr mediante la incorporación de un dispositivo que impida la ejecución de las funciones propias del producto, o diseñando y fabricando productos para que con determinada cantidad de usos sus componentes dejen efectivamente de funcionar por sufrir roturas o desperfectos debido a su uso normal, así la lista de ejemplos es inagotable al igual que la creatividad para determinar artificialmente el ciclo de vida de un producto.

El derecho a la información, tal cual como lo tenemos consagrado en la actualidad en el art. 4º de la ley 24.240 y en el art. 1100 del Cód. Civ. y Com. son suficientes para obligar a los empresarios a informar a los consumidores respecto del ciclo de vida útil de un producto cuando han intervenido en su diseño técnicas para fijar su duración o capacidad para cumplir con la función para la cual han sido producidos.

El Cód. Civ. y Com. nos indica, en forma inobjetable, la existencia de una obligación a cargo del proveedor de suministrar información "respecto de todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes y servicios que provee", si además, tenemos en cuenta que la ubicación sistemática de la disposición en el Cód. Civ. y Com. es dentro del Libro III, tít. III, cap. 2 denominado "Formación del consentimiento", es evidente que esta obligación de carácter precontractual está orientada a que los procesos de toma de decisiones de consumo por parte del consumidor se realicen en forma racional y respecto del producto "real" y no del producto que surge de la representación que se construye en la mente del consumidor cuando interviene la publicidad o las acciones promocionales del fabricante.

No queda ninguna duda de que para el consumidor resulta esencial tomar un conocimiento directo si el producto que tiene intenciones de adquirir ha sido objeto de OP en su proceso de fabricación, con el objeto de determinar su ciclo de vida, ya que ello le permite realizar una operación lógica de costo/beneficio y luego arribar a la conclusión acerca de si resulta conveniente o no adquirirlo.

Otro aspecto que no hay que descartar, dado la importancia que el tema reviste en la actualidad, es la posición del consumidor frente a los problemas medio ambientales, ya que sus derechos solo no se refieren a la "calidad del producto", sino también sobre su impacto en el medio ambiente.

El punto es sin dudas controversial, ya que el fabricante podrá argumentar que no ha aplicado técnicas de OP, sino que ha utilizado determinados materiales y componentes acordes a los precios que valida el mercado y que, por ello, las calidades de los productos y sus ciclos de vida útil pueden ser diversos de una época a otra o de un lugar a otro, por ello, determinar la existencia de OP no es algo que pueda resolver un consumidor individual y menos aún un futu-

ro integrante de las "generaciones futuras" sino que es el conjunto de consumidores y el Estado los que pueden llegar a oponer alguna resistencia a esta forma de producción.

El cumplimiento del deber de información, una vez aceptado por un fabricante que ha utilizado técnicas que artificialmente limiten el ciclo de vida útil de un producto, debería incluir al menos: 1. en qué consiste la técnica utilizada, 2. cuál o cuáles componentes afecta, y 3. cuál es el ciclo de vida útil del producto.

En el caso de una hipotética norma que regule el caudal de información a suministrar en el caso de obsolescencia programada, esta podrá incorporar información específica en relación cada uno de los productos que sean comercializados, mejorando de esta forma el suministro de información, a ello cabe agregar que la información, además, deberá ser inteligible por una persona no experta y apuntar a los efectos prácticos que genera la OP en el producto promocionado.

Un tópico muy importante es el momento en el cual el consumidor tiene derecho al suministro de la información indicada en el párrafo precedente y el único momento realmente útil, en tanto permite formar la decisión de consumo, es anterior al acto de la adquisición y por esta razón es que debe operar como una obligación de carácter precontractual por la cual debería advertirse que determinado producto fue fabricado limitando artificialmente su vida útil.

Esta información, entendemos, pondrá al consumidor en condiciones de meditar en forma objetiva cual es la relación costo beneficio que le propone un fabricante vinculada al producto que pretende adquirir, a la vez que puede compararlas con el producto del competidor.

Con lo cual el suministro de información veraz, objetiva y completa respecto de las técnicas de OP efectuadas sobre el producto sirven tanto al consumidor como a la competencia en tanto hace a la lealtad en la disputa por el cliente y tienden al efectivo cumplimiento del art. 1º del dec. 274/2019 **(38)**.

V.2.b. Qué debe entenderse por información suficiente

La OP revela un patrón de conducta en el fabricante que no es nada nuevo; ya expusimos con anterioridad la creación del cártel "Phoebus", el cual en muchos casos conoce con certeza que se está trabajando en paralelo varios proyectos para modificar los productos con avances tecnológicos respecto de los cuales se conoce la fecha lanzamiento, y que ello implicará que un producto nuevo pase a ser comunicado y publicitado en poco tiempo como un producto atrasado tecnológicamente y que se opere sobre el consumidor en pos de convencerlo de que el producto que ha adquirido en un año o menos ya no es apto para la función o ya ha sido superado y, por lo tanto, debe ser descartado.

Cabe preguntarse si no resulta insuficiente la información que se brinda al consumidor, al momento de la adquisición de un producto, cuando ella se limita al producto que efectivamente se promociona o adquiere el consumidor, en el caso de que el fabricante tenga un conocimiento cierto de que la tecnología que se encuentra presente en dicho producto va a ser superada en un lapso breve o peor aún que ya se dispone de una tecnología superadora pero que por motivos comerciales, de fabricación, de búsqueda de proveedores será lanzada dentro de determinado tiempo vista.

En este punto creemos que en los productos donde se espera una rápida superación de la tecnología presentes en los *mismos debería existir un acceso ampliado a la información* de los proyectos y de su posible lanzamiento, con indicaciones estimadas de tiempo y de los avances de la tecnología, de esta forma el consumidor podrá realizar una decisión de consumo suficientemente informada con una adecuada proyección temporal.

Lo apuntado en los párrafos precedentes no es una cuestión de menor importancia sobre todo respecto de los denominados "productos durables", es decir, aquellos de cuales se pretende que tengan una duración prolongada en el

(38) Art. 1º.- Finalidad. Los títs. I, II, III, IV, V, VI y VIII del presente Decreto tienen por objeto asegurar la lealtad y transparencia en las relaciones comerciales y garantizar el acceso a información esencial sobre los productos y servicios comercializados en la República Argentina a través de canales físicos o digitales, en interés de todos los participantes del mercado.

tiempo, para que su consumo no se transforme en un problema económico para el consumidor y en un problema ambiental para todos los habitantes, además, de una pérdida de confianza general en la calidad de los productos que puede inclusive perjudicar a mediano plazo la imagen comercial de la propia empresa **(39)**.

La postura que se sostiene entendemos que mal implementada puede colisionar con los secretos comerciales o con las líneas de investigación de un proveedor, por ello, habría que extremar los cuidados en su implementación. Sin embargo, no debemos soslayar que el problema de la OP excede el ámbito de los derechos individuales y que por tanto requiere un enfoque especial o ampliado y que los valores y derechos en disputa deben ser ponderados correctamente. Asimismo, la información a suministrar puede ser efectuada en sentido práctico respecto de las funciones o cuáles son las próximas mejoras, es decir, no hace falta detallar cómo se logra que el lente de la cámara sea un 10% más preciso o cómo va a incrementarse la velocidad de procesamiento de datos y así complicar al empresario y desalentar la inversión.

*V.3. La obsolescencia programada y la publicidad*

La publicidad es indudablemente un derecho del empresario, es también una actividad lícita y útil en sí misma, tanto para el fabricante, como para el consumidor y es un desprendimiento natural del derecho constitucional de ejercer industria licita (art. 14, CN) en tanto dar a conocer el producto o servicio que se fabrica o el servicio que se provee es necesario para cerrar el circuito productivo que culmina con la adquisición del producto por parte del consumidor.

La finalidad de la publicidad, de neto corte económico comercial, es procurar el mayor número de transacciones comerciales posibles en favor de su anunciante y para ello utiliza las más variadas técnicas y argumentos, los cuales a su vez difieren según cuál sea el canal de comunicación escogido por el anunciante, el tipo de producto o servicio, el tipo de consumidor, la época del año, así el menú de opciones para lograr una publicidad efectiva es inagotable, en tanto se vincula a la comunicación y al arte, pero también se nutre se las ciencias sociales, de la psicología, utiliza *big data*, CRM, redes sociales y muchas más herramientas para lograr el nivel más alto de efectividad posible.

Partiendo de la base de que el objetivo de la publicidad es promocional, parcial y que busca generar una tendencia de consumo en favor del anunciante, la publicidad va a operar sobre sus receptores y potenciales consumidores para generar una determinada representación respecto del bien que es anunciado y es esa representación la que va a guiar, cuando no inducir en forma efectiva, una decisión de consumo. Lo que debe evitarse es que exista una disociación entre el producto real y el producto anunciado, ya que, lo que mueve al consumidor o lo inclina a realizar una transacción sobre un producto determinado es la representación que de él se hace, en virtud del conjunto de acciones promocionales que realiza el proveedor.

Hasta el momento y salvo el caso de las lámparas de luz, primer caso de OP, que informa las horas de duración del producto, no he encontrado publicidad alguna o información de un productor que comunique claramente que se han aplicado técnicas en la fabricación del producto que han determinado su ciclo de vida, pero sí pueden observarse a diario anuncios publicitarios donde la línea argumental va dirigida a generar en el consumidor la convicción de que el bien anunciado es de alta tecnología

(39) "Otras consecuencias son de carácter cultural. Según determinados estudios, la duración de vida media de los electrodomésticos es de seis a ocho años, mientras que hace veinte años oscilaba entre diez y doce años. Los consumidores pueden plantearse legítimamente interrogantes sobre la reducción de la vida útil de los productos pese a que por todas partes se ensalza la innovación. La confianza de los ciudadanos europeos en su industria se construye a largo plazo y se ve socavada por la obsolescencia. Ahora que casi todas las encuestas de opinión indican un distanciamiento máximo entre los europeos y su industria, es evidente que la constatación por los consumidores de averías prematuras o de la imposibilidad de efectuar una reparación no puede ayudar a que se reconcilien con la empresa de que se trate. Ello contribuye a explicar que el 92% de los europeos soliciten un etiquetado sobre la duración de vida (o el número de utilizaciones) de los productos. La competitividad de las empresas europeas requiere también recuperar la confianza de los consumidores en las empresas". Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre "Por un consumo más sostenible: la duración de la vida de los productos industriales y la información al consumidor para recuperar la confianza", Thierry LIBAERT y Jean-Pierre HABER, 17/10/2013.

y sumamente durable en el tiempo, cuando tal vez los mismos han sido fabricados y puestos en el mercado habiendo aplicado técnicas de OP induciendo o determinando su ciclo de vida, lo cual no es informado al consumidor pero, aun en estos casos, se busca generar una sensación de un ciclo de vida prolongado que justifique el gasto o la inversión.

En esta situación nos enfrentamos con claridad no solo frente a una publicidad engañosa, sino también frente a una práctica anticompetitiva por deslealtad en virtud de lo dispuesto en el art. 10, incs. a) (engaño) y c) (infracción arts. 4º, ley 24.240, dec. 274/2019 y 1100, Cód. Civ. y Com.).

La hipótesis señalada en los párrafos anteriores versa sobre las cualidades que no se informan del producto pero que existen y que afectan aspectos esenciales de los productos sobre su "materialidad" **(40)**, las que a su vez han sido determinantes para la formación del consentimiento del consumidor, sin embargo, existe otra variante más de OP que opera directamente sobre el consumidor y es aquella que se denomina obsolescencia programada psicológica o cognitiva, y respecto de ella la publicidad y la comunicación empresaria en general tienen un rol fundamental.

En la OP de base psicológica encontramos que no se opera sobre el producto sino sobre las personas, puntualmente sobre su psiquis. En este particular el producto continúa apto para la función para la cual ha sido creado, pero se convence al consumidor, con los más variados argumentos, de que debe descartar el producto que tiene y adquirir uno nuevo.

Esta tipología de OP es quizá la que mayor incidencia tiene en el despliegue del hiperconsumo, el despilfarro de recursos naturales no renovables y en la generación de basura y contaminación ambiental, la cual es, además, absolutamente evitable.

La insidiosidad de este tipo de OP es clara: se opera sobre psiquis de las personas y, además, se descarta lo que sirve para la función propuesta, siendo la excusa más elegante que la "necesaria sustitución del producto" ocurre en aras del progreso tecnológico, aunque ello no siempre es así.

Descartar un producto que sigue apto para la función para la cual fue diseñado, en un lapso muy breve de tiempo, inducido por la publicidad que se hace del nuevo producto, torna necesario un análisis detallado en cada caso concreto, si es que quiere sostener la vigencia de lo que manda la Constitucional Nacional con relación al consumo sustentable.

El progreso tecnológico en necesario para sortear los actuales desafíos que presenta una población creciente, por ello, no sería criticable dejar de usar un camión viejo que contamina en exceso porque su tecnología en el motor, los filtros etc., ha sido superada, máxime cuando dichas condiciones son comprobables con la medición de las emisiones en el medio ambiente, por el contrario si parece desacertado incitar a descartar un celular que tiene un año de uso porque se cambió su cubierta y porque la cámara de fotos tiene 2 megapixeles más **(41)**.

*V.4. El consumidor del tiempo presente y el consumidor del futuro*

Es indudable que la humanidad necesita proveerse de bienes y servicios para cubrir sus ne-

(40) El entrecomillado es para destacar que con materialidad no nos referimos solamente a las partes físicas del producto (*hardware*), sino también los programas de computación que pueden encontrarse presentes en ellos.

(41) Producto de esta preocupación de carácter planetario en el año 1972 se emitió el reporte denominado "The Limits To Growth" ("los límites del crecimiento"), Ed. Potomac Associates, informe encargado al MIT por el club de Roma, el cual fue realizado por 17 científicos de diversas nacionalidades y arroja la devastadora conclusión que "si el actual crecimiento de la población mundial, la industrialización, la contaminación, la producción de alimentos y la explotación de recursos naturales se mantiene sin variación, alcanzará límites absolutos de crecimiento en la tierra durante los próximos 100 años. La humanidad no receptó del todo este informe y para el año 2004 se emitió el informe denominado "Los límites del crecimiento 30 años después", el cual expresa que "no puede haber un crecimiento poblacional, económico e industrial ilimitado en un planeta con recursos limitados". Este informe tuvo inmediatamente así en 1973 la Universidad de Sussex publicó "Thinking about the future. A critique of The Limits to Growth", criticándolo de tener un enfoque pesimista, indicando además, que la metodología de datos y proyecciones eran equivocadas y que no reflejaban la realidad con precisión. A pesar de la existencia de distintas posiciones, es innegable que ambas posturas reflejan un escenario complicado que debe ser atendido y no ignorado, por otro lado la realidad está a la vista de cada uno de nosotros.

cesidades vitales y que para ello la actividad empresarial, el ingenio y la creatividad humana son indispensables, a la vez que para alimentar dicha maquinaria productiva es necesario utilizar recursos algunos de los cuales son renovables (p. ej., luz solar), otros no tanto (p. ej., madera) y otros no lo son en absoluto (por ej., petróleo, minerales raros, etc.).

A su vez, estoy convencido de que el mejor sistema para proveer las necesidades humanas es aquel que se desarrolla en un marco de libertad económica y con mercados con alta eficacia competitiva, donde existan genuinos intereses para la inversión de capital y donde el esfuerzo, la inteligencia, la asunción del riesgo y el resultado tengan una adecuada contraprestación.

La situación actual, en muchos aspectos, es dramática pero no podemos enrostrar toda la responsabilidad a la actividad empresarial, los consumidores también somos responsables del estado de las cosas en diversas materias que nos afectan a diario (contaminación medioambiental, etc.), del mismo modo que también son responsables los Estados, en tanto son quienes tienen más recursos para provocar transformaciones sociales.

Esta situación ha sido y es consecuencia de diversos factores, entre los cuales podemos mencionar la nula o escasa educación de consumidores, el desconocimiento de las implicancias del acto de consumo, más allá de la satisfacción de una necesidad vital o artificial, la falta de educación financiera y también las ideas egoístas basadas en la prevalencia de la instantaneidad de las emociones y en la total ausencia de trascendencia de la vida individual y de la vida como colectivo humano.

La falta de educación del consumidor y la ambición exacerbada de determinadas empresas, la falta de normas o su insuficiencia y un control ineficiente del cumplimiento normativo pone en colisión al consumidor del tiempo presente con los consumidores del futuro, aquellos que la Constitución Nacional también quiere tutelar, por ello, afirmamos que de existir algún tipo de conciencia de la continuidad histórica de la humanidad, la OP y la cultura del descarte no tendrían tantos seguidores.

No ignoramos que existen estudios que indican que alguna parte de los consumidores del presente no se sienten disgustados con la OP y lo ven como parte del proceso del progreso. Sin embargo, esta posición entendemos es producto de la falta de educación del consumidor, de la escasa o nulo control por parte de los estados respecto de la OP y de la carencia de valores trascendentales que permitan poner de lado, al menos en algunos aspectos, los deseos del consumidor del presente por las necesidades del consumidor del futuro **(42)**.

## VI. Obsolescencia programada y lealtad comercial

El proceso competitivo entre empresas ha demostrado ser la forma más eficiente para generar estímulos para la inversión de capitales y el desarrollo de nuevos productos y servicios, por ello, procurar la generación de ámbitos donde exista competencia es imprescindible para obtener un verdadero y auténtico progreso.

Sin embargo, en los últimos años se observa una creciente tendencia hacia los monopolios, lo cual pone en riesgo la eficiencia de los mercados y también pone en riesgo la curva de crecimiento, ya que, los mercados monopólicos no son tan eficientes como los mercados donde hay una competencia efectiva, es decir, aquellos donde varios competidores auténticamente independientes se disputan una porción del mercado tratando de lograr el mejor producto al mejor precio posible.

El riesgo de la destrucción de los mercados por prácticas monopólicas o por prácticas desleales que limiten el acceso a los mercados a otros competidores, o que permitan la exclusión de los competidores (por medios ilegítimos) una vez que estos se han incorporado al mercado es de una gravedad notable no solo para las empresas, sino también para los consumidores e inclusive para los Estados nacionales **(43)**.

(42) ECHEGARAY, Fabián, "Consumers Reaction to product obsolescence in emerging markets: the case of Brazil", *Journal of Cleaner Production*, 2015 1-13.

(43) "La concurrencia de precios es hoy solo una rara excepción. Las cantidades transadas se ajustan a los precios fijados y no a la inversa. Los ajustes de cantidades son la norma; los ajustes de precios constituyen la excep-

*VI.1. Mejora tecnológica y progreso tecnológico*

A primera vista, el título puede parecer una cuestión retórica, sin embargo, no lo es, entre ambos términos entiendo hay una cuestión cualitativa de suma importancia, donde una mejora tecnológica implica una función o una cualidad de un producto que ya existe, pero se hace de mejor manera sin implicar un salto cualitativo o sustancial, en tanto que el progreso tecnológico si implica un nuevo producto o servicio, o una nueva función o cualidad de carácter sustancial y, por lo tanto, entraña un verdadero progreso. No obstante lo expuesto, no es nuestra intención sostener que solamente constituyen progreso tecnológico, a los fines del presente trabajo, aquellos resultados de investigaciones humanas que tengan entidad suficiente para poder ser objeto de una patente (art. 4º, ley 24.481), sino que para que se pueda argumentar la existencia de progreso tecnológico como argumento para la sustitución y descarte acelerado de productos, debería existir un verdadero salto cualitativo **(44)**.

La diferencia trazada entre mejora tecnológica y progreso tecnológico puede servir como elemento de distinción en un futuro ámbito regulatorio sobre obsolescencia programada, estableciendo niveles crecientes o decrecientes, en algunos aspectos, en la regulación a los fines de paliar las consecuencias negativas detalladas con anterioridad.

En la formulación de dichos límites o diferencias se requiere un profundo y detallado estudio de cada producto o servicio y determinar los niveles de restricciones o estímulos positivos para influir el cambio de una conducta o estrategia empresarial, teniendo en especial consideración los efectos que la introducción de OP en un producto o servicio o un conjunto de productos o servicios tiene sobre los derechos del consumidor, la competencia en el mercado y su impacto en el medio ambiente.

*VI.2. La obsolescencia programada como acto de competencia desleal*

La concurrencia en el mercado es de vital importancia para las empresas y también para los consumidores, quienes son en definitiva quienes resultan ser los recipiendarios de los nuevos o mejores productos y servicios que surgen en virtud del acto competitivo.

La disputa del cliente, a fin de lograr mercados eficientes, debe darse en un marco de lealtad y de corrección en las conductas comerciales desplegadas por los empresarios, de donde el interés en lograr corrección en las prácticas comerciales, no es solo por parte de las empresas, sino también de los consumidores, puesto que existe una íntima relación entre las empresas, los procesos competitivos y los consumidores y también los estados nacionales que ven en los mercados, o al menos deberían ver, un ámbito catalizador de la oferta y la demandada de productos y servicios y un mecanismo necesario para la formación de precios.

La legislación nacional en el dec. 274/2019 hace referencia a que tipo de prácticas o actos pueden ser desleales, estableciendo una premisa general en el art. 8º de la siguiente forma: "Prohibición. Están prohibidos los actos de competencia desleal, cualquiera sea la forma que adopten, el medio a través del cual se realicen y el mercado en el que tengan lugar".

La norma establece la directa prohibición, en forma general, de cualquier tipo de acto desleal sin tener en consideración la forma que adopte, ya sea una acción u omisión, en tanto se ejecute por medios indebidos y resulte objetivamente apto para afectar la posición competitiva de una persona o afectar el proceso competitivo (art. 9º, dec. 274/2019).

ción. La única decisión que pueden adoptar los consumidores es qué cantidad quieren o pueden adquirir a los precios fijados. Ello no significa que no exista competencia sino que esta se libra principalmente por medio de la innovación tecnológica y de la publicidad. Precisamente, el poder de mercado de que gozan las grandes empresas es el reaseguro que garantiza la rentabilidad de la inversión que realizan en investigación y desarrollo" (BEKER, Víctor A., "Estado, mercado, competencia y monopolio: verdaderas y falsas dicotomías" *https://aaep.org.ar/anales/works/works2004/Beker.pdf*).

(44) También se han expresado otros argumentos en la defensa de la obsolescencia programada, que estimulando la demanda de nuevos productos, a través del proceso "destrucción creativa", la obsolescencia programada anima el crecimiento económico, favorece el la competencia y permite los avances tecnológicos y la investigación y desarrollo. En JANA, Valant, "Planned obsolescence exploring de issue", *European Parlamentary Research Service*, mayo 2016.

Los términos utilizados dan cuenta de una cantidad insondable de actos que pueden ser considerados desleales siempre y cuando reúnan los requisitos establecidos, no siendo además, necesaria la acreditación o existencia de un perjuicio concreto, pudiendo ser el perjuicio de carácter potencial. Esta última decisión es correcta, ya que sería absurdo esperar la concreción del daño para la activación del dispositivo legal, máxime teniendo en cuenta la enorme cantidad de personas que pueden resultar afectadas (consumidores presentes y futuros) y la importancia de los derechos comprometidos (medio ambiente/competencia/consumidores).

El dec. 274 profundiza o específica más adelante un conjunto de prácticas a las cuales considera en forma directa desleales y se expresa en los siguientes términos: "se consideran actos de competencia desleal" para luego continuar con la enumeración de actos, por lo tanto, las palabras utilizadas en el decreto hacen innecesaria una interpretación ya que, es la misma ley la que califica de desleales determinadas conductas habiéndose ya efectuado el análisis de por qué son merecedoras de tal consideración.

Naturalmente este dispositivo legal no es de aparición espontánea, sino que es hijo de un largo debate, hitos jurisprudenciales y doctrinarios que han aportado desde hace años argumentos para que las conductas enumeradas puedan ser merecedoras de la calificación de desleal.

En la enumeración de actos que son considerados desleales *per se* y que guardan relación con la OP encontramos al art. 10, inc. a), el cual transcribimos por la amplia extensión de supuestos en los cuales se encuentran incluida la OP: "a) Actos de engaño: Inducir a error sobre la existencia o naturaleza, modo de fabricación o distribución, características principales, pureza, mezcla, aptitud para el uso, calidad, cantidad, precio, condiciones de venta o compra, disponibilidad, resultados que pueden esperarse de su utilización y, en general, sobre los atributos, beneficios o condiciones que correspondan a los bienes y servicios".

VI.2.a. Actos de engaño

Las fases de producción y comercialización de bienes que llevan adelante las empresas se encuentran íntimamente relacionadas, solo se produce aquello que se puede vender en el mercado, para lograr tal fin una de las principales herramientas con las que cuenta el fabricante es la publicidad, la cual como fuera expresado es una comunicación pensada y estudiada con el fin de guiar o inducir al consumidor en la etapa precontractual para la adopción de una determinada decisión de consumo.

Los argumentos que comunica la publicidad, ya sea a través de manifestaciones verbales o escritas o a través de representaciones gráficas, visuales, o sonoras tienden a generar en el consumidor la idea de un producto altamente durable, en aquellos que son de tal naturaleza, de calidad y de alta tecnología **(45)**. Estos argumentos si además, provienen de un anunciante confiable, tienen un nivel de penetración aun superior, con lo cual los niveles de atención y análisis crítico tienden a disminuir, sobre todo frente a argumentos de tipo emotivo, los cuales son en muchos casos más efectivos que los argumentos de tipo racional, ya que presionan sobre el deseo y no sobre la razón.

La publicidad comparativa, tan denostada durante ante años, correctamente utilizada, se revela como un antídoto eficaz para paliar la asimetría en los niveles de información que existe entre anunciante y receptor de la publicidad, a la vez que permite un análisis crítico de los diferentes productos ofrecidos en el mercado.

V.2.a.1. Engaño sobre la existencia o naturaleza

La omisión del fabricante en el anuncio publicitario, en el etiquetado del producto, o en la comunicación que acontezca en la etapa precontractual, en la cual no se haga referencia a que la durabilidad del producto ha sido determinada artificialmente, constituye indudablemente un acto de engaño, en tanto se ha omitido denunciar al consumidor un elemento esencial para la toma de su decisión de consumo.

(45) Cuando hacemos referencia a tecnología no lo reducimos al conjunto de aparatos electrónicos, hoy la tecnología se encuentra presente en la ropa, las zapatillas, los productos cosméticos y medicinales, las casas y así en una infinita gama de productos y servicios que pueden presentar OP.

El contexto previo a la celebración del acto de consumo induce al consumidor a adquirir el bien o el servicio tomando en cuenta la representación que se ha hecho del producto con base en la publicidad y también tomando en consideración a la reputación comercial de la marca y la consideración general del fabricante que también opera sobre el ánimo del consumidor.

Existe en estos casos una disociación artificial, guiada por el fabricante, entre el producto anunciado y el producto adquirido y una ausencia de información sobre elementos esenciales del producto comercializados que no pueden ser admitidos.

VI.2.a.2. Modo de fabricación

El modo de fabricación es en sí la OP, es el diseño o la ingeniería del producto pensado para limitar su vida útil en forma dirigida y pensada, esta situación si no es informada previamente altera la representación del producto y resta información relevante al consumidor, que actúa en función de la publicidad, la imagen de marca y la reputación del proveedor.

VI.2.a.3. Características principales

Conectado con el punto anterior, podemos afirmar que la presencia de OP en el proceso de fabricación de un producto constituye una de sus características principales, las cuales a su vez sirven para distinguirlo de un producto similar de un competidor en la cual no se utilice en su proceso de fabricación OP, la omisión de comunicación de tal circunstancia impide al consumidor conocer con plenitud las características del producto.

VI.2.a.4. Resultados esperados y atributos de los bienes promocionados

La palabra atributo hace referencia a "las características, propiedades o cualidades" de un producto determinado, la ausencia de información sobre la presencia de OP en un bien o confundir al consumidor dando al producto un atributo que no tiene, por ejemplo respecto de su durabilidad, constituye indudablemente un acto de engaño que impide una completa representación del producto anunciado, a la vez que genera una distorsión en el análisis comparativo de los diferentes productos que son volcados al mercado afectando el proceso competitivo.

Existe una íntima relación entre lo expresado en los párrafos precedentes con los resultados esperados del producto, esto no guarda relación solo a las funciones del producto, sino también con el resultado del producto confrontado con su utilización, es decir, no solo el cumplimiento de la función prometida sino también el comportamiento ulterior del producto luego de uso normal y reiterado. Si se ha generado una expectativa elevada como argumento de convicción y diferenciación y los resultados son negativos en función de la manipulación artificiosa del producto tendremos un caso de OP y una infracción a la Ley de Lealtad Comercial.

*VI.3. Lealtad comercial y obsolescencia programada cognitiva o psicológica*

La OP de base cognitiva presenta matices diferentes frente al art. 10, inc. a), del dec. 274/2019, ya que, en esta variante en realidad no hay una obsolescencia programada presente en el funcionamiento o aptitud general del producto, es decir, este continúa apto para cumplir eficientemente sus funciones, no hay atraso tecnológico, ni se lo manipula para que deje funcionar, sino que se introducen cambios estéticos para acelerar su ciclo de descarte, ello acompañado de un conjunto de estrategias de marketing que promocionan el nuevo producto, haciendo ver como obsoleto al anterior cuando en realidad no lo es.

Este tipo de OP, y en realidad todas las variantes de OP, pueden combinarse para lograr con cóctel altamente efectivo en el proyecto de acelerar el consumo y el descarte de productos alterados artificialmente para limitar su ciclo de vida.

En el caso de la variante pura de OP cognitiva no encontramos que pueda hacerse referencia a un engaño respecto del producto en sí mismo, pero si observamos una manipulación del consumidor y un impacto altamente negativo sobre la utilización de recursos naturales.

Como venimos sosteniendo en el presente trabajo, el enfoque de la problemática de la OP debe ser multidisciplinario y abarcar otras ramas del derecho como es la medio ambiental

para lograr un reproche de ciertas conductas empresarias que vulneran normas más generales como lo es el art. 42 de la CN, ya que, sin lugar a dudas la OP de base cognitiva no es afín al consumo sustentable, sobre todo teniendo en consideración que el descarte del producto no entraña ningún progreso tecnológico y por tanto no reporta ningún beneficio al usuario (salvo aquel de tipo emocional) ni a la sociedad.

*VI.4. Violación de normas legales*

La enumeración de actos anticompetitivos en el dec. 274/2019 en su art. 10, inc. c) reprocha "Valerse efectivamente de una ventaja significativa derivada de competir mediante el incumplimiento de normas legales".

La norma requiere para su aplicación el incumplimiento de una norma de carácter legal, lo cual en el caso de la OP se encuentra por el incumplimiento del art. 4º de la ley 24.240, el art. 1100 del Cód. Civ. y Com., pudiendo también incumplir con lo dispuesto en el art. 1101 del Cód. Civ. y Com. en cuanto hace a la publicidad engañosa o por publicidad omisiva (por falta de suministro de información).

No denunciar la existencia de OP en los productos introducidos al mercado claramente es una ventaja competitiva porque una vez obtenida una porción del mercado, sobre todo en aquellos mercados donde hay una alta fidelidad a las marcas o donde existen un mercado de competencia imperfecta acentuada (importante escases de competidores), acelera el ritmo de consumo consolidando su posición y aumentando sus ingresos.

La ventaja competitiva se da en la faz de información que no se provee al consumidor el cual no tiene la posibilidad de efectuar un análisis racional comparando productos que si presentan OP contra aquellos que no la tienen presente.

Una podrá preguntarse cómo puede obtenerse una ventaja significativa con relación a un competidor cuando mi producto es menos durable o cuando mi producto es constantemente superado tecnológicamente por otros productos del propio fabricante. La respuesta no es simple por el contrario es sumamente compleja, pero podemos afirmar que cuando un consumidor compra un bien no compra solo el producto que satisface una necesidad sino que compra un símbolo y además, al ser el principal argumento el progreso tecnológico la obsolescencia es el precio que hay que pagar por tener tecnología de punta **(46) (47)**.

El marketing además, hace su juego y genera la convicción de que el descarte en el progreso tecnológico es un proceso natural y hasta lógico, es decir, si queremos progresar tenemos que apoyar los ciclos de creación, descarte y nueva creación, el punto analizado es muy complejo y plantea un interrogante; de qué lado la balanza de la justicia se inclinará, como serán ponderados los intereses en disputa en un contexto, no ya desde una de visión económica unidimensional, sino desde una concepción que parta por aceptar la diversidad de factores que intervienen en la OP, procurando una análisis múltiple donde participen e interactúen la visión jurídica, económica y ambiental.

En términos generales creo que hoy existe una conciencia más extendida en cuanto hace a la importancia del medio ambiente, los derechos de los consumidores y de la importancia de las empresas para afrontar los desafíos del presente y del futuro, por ello, tal vez la próxima ola de innovación empresarial sea aquella que no necesite destruir lo obsoleto sino tan solo superarlo reincorporando sus componentes a los procesos productivos, no como una cuestión retórica sino real, efectiva y concreta, por ello, es posible que muchas de las nuevas innovaciones, negocios y empresas del futuro y otras que ya están en ejecución tengan que ver con la reparación

(46) Símbolo: Elemento u objeto material que, por convención o asociación, se considera representativo de una entidad, de una idea, de una cierta condición, *www.rae.es*.

(47) "El objeto es cultural, en sentido amplio, no después de su adquisición sino que, precisamente porque el nivel del objeto es superior al de la mercancía, es la relación con el objeto la que puede explicar la relación con la mercancía (adquisición). Aquí la cultura cobra sentido en cuanto a producción colectiva (de relaciones sociales y de formas de individualidad) que debe tanto a la empresa común de transformación de las condiciones de existencia como a la aceptación de su fatalidad: proceso de apropiación más que de adaptación (Terrail, 1990: 68), CALLEJO, Javier, "Elementos para una teoría sociológica del consumo", *https://www.raco.cat/index.php/Papers/article/download/25346/60569.*

de los productos, el reacondicionamiento de los productos el eliminando solo las partes obsoletas, la conservación del medio ambiente y el tratamiento de los residuos desechados durante décadas inaugurando quizás una nueva minería sobre los despojos del progreso **(48)**.

**VII. La obsolescencia programada como acto anticompetitivo**

En el pto. VI hicimos referencia a como la OP puede constituir una práctica desleal que no solo afecta los derechos de los consumidores, sino también de los empresarios o competidores en tanto altera el proceso competitivo y constituye un acto de competencia desleal.

La Ley de Defensa de la Competencia es una herramienta indispensable para el correcto desarrollo de los mercados: "Sabido es que existe un consenso en los campos de la ciencia económica, jurídica y política de que la competencia es buena para la economía de mercado. En efecto, la misma favorece la innovación, la reducción de precios y los esfuerzos de las empresas para rebajar sus costos de producción. La defensa de la competencia es un instrumento fundamental para la organización de una economía de mercado eficiente, dinámica y apta para incorporar al mercado al intenso proceso de innovación que caracteriza a la economía globalizada. Son estas, condiciones necesarias para el desarrollo económico" **(49)**.

La protección y defensa del mercado es necesaria, no solo para incorporar nuevos productos innovadores, sino también nuevos competidores innovadores, así el eje sobre el cual va girar el progreso fija su atención en una figura casi heroica en la Argentina como lo es el Empresario o el Emprendedor.

Este punto entiendo es vital, no solo tienen que volcarse al mercado nuevos productos sino también nuevos competidores porque en definitiva, la competencia no se da solo entre los productos sino entre quienes los producen. Conforme a lo expuesto no podría hablarse de un mercado eficiente si tenemos el mismo producto con distintas marcas pero todas del mismo fabricante, ya que, no habría una real competencia sino tan solo un único oferente, pudiendo solamente el consumidor optar por la marca que más sea de su agrado, esta situación en el tiempo erosionaría la calidad de los productos y probablemente impactaría en su precio en forma perjudicial al consumidor.

Los procesos de innovación van impulsados por esta clase particular de aventurero serial que se arroja a las inestables aguas de economía doméstica tratando con esfuerzo de "de reformar o revolucionar las formas de producir poniendo en uso una invención o, más en general, una posibilidad tecnológica aún no probada de producir una mercancía nueva o producir una ya conocida en una forma nueva: abriendo una nueva fuente de abastecimiento de materias primas o un nuevo mercado, reorganizando la empresa" **(50)**. Debemos reconocer que no existe en forma expresa, en la Ley de Defensa de la Competencia, una mención de la OP, sin embargo, no podemos negar que la ley siempre está detrás de las nuevas formas de producir y comercializar bienes, por lo cual tenemos que trabajar con el material que tenemos efectuando una interpretación dinámica de las disposiciones legales teniendo en especial consideración "sus finalidades (...) los principios y los valores jurídicos, modo coherente con el ordenamiento con todo el ordenamiento jurídico" (art. 2º, Cód. Civ. y Com.) **(51)**.

Siendo conscientes de la inexistencia de una sanción de carácter directo, en tanto no se menciona la OP como una actividad prohibida, debemos desentrañar de qué forma opera sobre los mercados y los competidores a la vez de analizar y develar cuales son los derechos e intereses que afecta **(52)**.

(48) "Cómo las 'minas urbanas' pueden convertirse en una rica fuente de preciados minerales (y cómo puedes beneficiarte de ello", *https://www.bbc.com/mundo/noticias-44749073*.

(49) DE DIOS, Miguel Ángel, "El desafío del regreso al sendero correcto en el diseño institucional", "Comentarios a la Ley de Defensa de la Competencia", Ed. La Ley, 2018, p. 59.

(50) SCHUMPETER, J. A., "Capitalismo, socialismo y democracia", 2010, p. 132.

(51) "También debe tenerse en cuenta los conceptos jurídicos indeterminados que surgen de los principios y valores, los cuales no solo tienen un carácter supletorio, sino que son normas de integración y de control axiológico", "Código Civil y Comercial", Ed. Astrea, p. 24.

(52) "La defensa de la competencia tiene un ámbito de protección que debe valorar los movimientos que en

Expresé con anterioridad que la OP afecta a los consumidores de variadas formas, a la vez que es una práctica o una forma de producción o alteración artificial de los productos que, sumada a la publicidad, afecta a los competidores en virtud de revestir un evidente carácter desleal, ahora resta ver cómo estas mismas conductas pueden operar sobre los mercados y a su vez que la conducta (obsolescencia programada) tenga por objeto o efecto limitar, restringir, falsear o distorsionar la competencia o el acceso al mercado o que constituyan abuso de una posición dominante en un mercado, de modo que pueda resultar perjuicio para el interés económico general (art. 1º, ley 27.442).

El art. 3º de la ley 27.442 enumera un conjunto de conductas que, de reunir los requisitos establecidos en el art. 1º del mismo cuerpo legal, pueden ser consideradas como restrictivas de la competencia, teniendo una especial vinculación con la OP el inc. c) que refiere a la concertación de acuerdos para limitar el desarrollo tecnológico, el inc. d) que hace foco en las barreras de acceso al mercado o su exclusión y el inc. e) que también refiere a la concertación de acuerdos para determinar el desarrollo tecnológico, la producción de bienes y servicios y o dificultar inversiones para el desarrollo tecnológico.

Entre los incs. c) y e) observamos algunas similitudes aunque el campo de acción del inc. e) es más amplio ya que, también contempla las etapas de producción e inversión en investigación, en tanto que inc. d pone de resalto las barreras de acceso al mercado o su exclusión que en muchos casos pueden tener una vinculación con las conductas contempladas en los incs. c) y e).

el mercado se generan en la oferta y la demanda, y debe actuar ante dichos movimientos, indagando acerca de su razón de ser, su naturaleza, sus efectos y todo aquello que le permita identificar ineficiencias, modificaciones improcedentes de la estructura de mercado, la mutación injustificada del entorno competitivo, etc. Por lo que afirmar que la obsolescencia planificada merece una atención especial de la materia, al tener capacidad de influir directa o transversalmente en esos aspectos, puede parecer, además, de justificado, necesario" (SOTO PINEDA, Jesús A., "Obsolescencia programada y defensa de la libre competencia: el indicio de colusión y la creación de barreras de entrada al mercado").

*VII.1. Concertación de acuerdos para limitar el desarrollo tecnológico*

El primer caso de OP descubierto y juzgado fue el cartel "Phoebus" en el año 1924 las principales empresas productoras de lámparas de luz llegaron a un acuerdo para limitar su duración lo cual implicó una baja en su calidad, antes del pacto los artefactos duraban hasta 2500 horas y luego de apenas 1000 horas. El cartel inclusive llegó a determinar multas a las empresas comprendidas que no cumplían con los estándares de calidad y durabilidad de las lámparas de luz que el cartel imponía a sus participantes. El efecto del cartel fue inmediato, la ventas de las bombillas de luz aumentó en forma significativa, el argumento para limitar la duración del producto fue increíblemente la durabilidad (no se entiende como una menor duración beneficia al consumidor) y la eficiencia **(53)**.

Este caso, si bien fue de difícil comprobación, como lo son todos los pactos que a fin de ser efectivos se mantienen ocultos, demuestra que la alteración de los productos en forma dirigida o planificada para acortar su vida útil puede afectar los mercados, concretamente en el caso citado la manipulación del producto altero su durabilidad, impacto en las ventas y posiblemente también en el precio de los productos afectando tanto a los consumidores como a los competidores ajenos al cartel **(54)**.

En este caso, la OP encuadra con facilidad en los incs. c) y e) de la Ley de Defensa de la Competencia en tanto se evidencia la existencia de una práctica colusoria, ahora en el caso de que no exista un convenio entre fabricantes, la alteración artificial de la vida útil del producto podría implicar una autorrestricción al desarrollo tecnológico o una artificial limitación de la tecnología disponible, lo cual solo puede ser útil en un mercado donde efectivamente no exista la

(53) "Cómo las bombillas dispararon el consumismo" *https://www.bbc.com/mundo/noticias/2014/09/140902*.

(54) La dificultad en dar con estos pactos o con conductas individuales de un proveedor determinado dan cuenta de la importancia de tener agencias de control activas que conduzcan investigaciones, en virtud de las amplias facultades conferidas por la ley, para evitar la consolidación de este tipo de estrategia empresarial que afecta al mercado, a los consumidores y juega en forma negativa, en muchos casos, con el medio ambiente.

competencia, ya sea por haya sido anulada mediante la celebración de acuerdos colusorios, o por que una empresa ha alcanzado una cuota tan importante del mercado que no le interesa resignar la otra porción disponible ya que, hacerlo implicaría hacer un esfuerzo económico importante y ello restaría rentabilidad final a la empresa.

En cualquier de los casos si coincidimos en que la finalidad de la Ley de Defensa de la Competencia no son solo los intereses de la empresas que concurren al mercado, sino que también que tiene como destinatario de sus intenciones a los consumidores, podemos concluir que la OP no favorece en absoluto los intereses como consumidores presentes y tampoco a las generaciones de futuros consumidores y no alienta estructuras de mercados competitivas.

*VII.2. Barreras de acceso a los mercados o exclusión de los competidores*

El constante proceso de descarte y recambio de productos merced de la OP con el argumento del progreso tecnológico solo puede ser sostenido por aquellas empresas que cuenten con grandes recursos económicos y una porción importante del mercado.

Las pequeñas empresas, muchas veces generadoras de productos o procesos innovadores, encuentran que es en extremo difícil romper la barrera de acceso al mercado en tanto no pueden seguir el ritmo artificialmente impuesto por los grandes competidores (creación y descarte de productos) poseedores de mayores recursos de diverso orden, que van desde lo financiero, a la trayectoria, penetración en el mercado, mayor escala de producción y menor coste de producción por unidad de producto merced de mayor compra de insumos para la fabricación del producto, integración vertical de empresas, alianzas comerciales, publicidad, etcétera.

Como es entonces que la OP puede constituirse en una barrera de entrada al mercado. El inc. d) de la ley 27.422 en primera instancia utiliza términos amplios para referirse a las posibles barreras, detallando los términos impedir, obstaculizar o dificultar la permanencia o el acceso al mercado pero sujeto a las previsiones del art. 1º, por tanto no cualquier conducta de una empresa que deje obsoleto un producto propio o ajeno de un competidor puede ser considerada restrictiva de la competencia sino todo lo contrario, la innovación y la superación tecnológica es uno de los efectos deseados en los mercados competitivos, es decir, la existencia verdadera innovación y progreso.

La situación de los consumidores en este escenario no es cómoda ya que, eliminando o restringiendo la competencia el impacto sobre los precios y la calidad de los productos es significativa, de modo que promoviendo el cambio constante de productos, ya sea porque se los percibe obsoletos, o se los diseña para alcanzar la obsolescencia en forma anticipada y programada, la compra de productos provoca un ciclo permanente de consumo y descarte, que deriva en la degradación de la competencia, del medio ambiente y de la economía del consumidor.

Ahora, si un producto incorpora nueva tecnología que entraña un salto cualitativo que mejora las funciones y que se su vez genera externalidades positivas, vamos a concluir que la mejoras tecnológicas introducidas en el producto o servicio son verdaderos progresos tecnológicos, pero si tomamos en consideración que en no pocos casos bajo este ropaje o argumento en realidad se quiere ocultar ciertas prácticas que artificialmente acortan la vida de los productos o que a través del rediseño de producto y estrategias de marketing se provoca una OP de base cognitiva o psicológica, las cuales tienden a consolidar una posición en el mercado de una empresa eliminando la competencia, perjudicando a los consumidores, consumiendo en forma excesiva recursos naturales, con el solo fin de aumentar la rentabilidad de la empresa, vamos a develar una práctica anticompetitiva y por tanto sancionable bajo la Ley de Defensa de la Competencia **(55)**.

(55) "Cabe recordar que la creación directa o transversal de barreras de entrada al mercado gracias a posiciones privilegiadas (cuotas de mercado) o a factores estructurales —sea cual sea su origen—, requiere siempre de una intervención de las autoridades públicas de competencia, en el orden de establecer remedios que eliminen el efecto nocivo que aparejan. La obsolescencia programada es, por sus elementos, elegible para la aplicación de aquella premisa, pues repercute en la generación de aquel efecto de creación de barreras de entrada al mercado, al favorecer el ejercicio de economías de escala

Un caso paradigmático en este sentido es la OP de base cognitiva que nada sustancial agrega al producto salvo un diseño distinto y no obstante ello a través de la manipulación del consumidor vía diversas estrategias de marketing para convencerlo de descartar un producto aún apto para la función propuesta por el propio fabricante.

Frente a este estado situación, el campo del derecho de la competencia si bien es suficiente para aplicar sanciones que el propio sistema prevé (art. 46, LDC), la complejidad de la situación planteada hace necesaria la ponderación de la satisfacción del deseo del consumidor actual, del interés del fabricante de aumentar sus ventas, aun provocando el descarte de un producto útil, o debe tenerse con mayor "valor" el hecho de que este tipo de prácticas inhibe el desarrollo de nuevos competidores que a su vez generarán mercados más competitivos y por ende, más eficientes y a la vez termina perjudicando al consumidor y consolidando una cultura de descarte que despilfarra muchas veces recursos naturales no renovables.

Considero que una adecuada integración normativa, partiendo de la Constitucional Nacional (art. 42), Ley de Defensa del Consumidor (24.240), dec. 274/2019 (lealtad comercial), Código Civil y Comercial (arts. 1100 y 1101), Ley General de Medio Ambiente [25.675, art. 2º, incs. a), b) y d) y art. 4º] y la propia Ley de Defensa de la Competencia, no arroja otra posibilidad de considerar a la práctica denominada obsolescencia programada o planificada como una conducta empresaria que establece barreras de acceso al mercado y que constituye una conducta apta para excluir de un mercado a sus competidores.

**VIII. La obsolescencia programada: una estrategia empresaria antiprogreso**

La OP es indudablemente una estrategia empresaria miope, propia de una mentalidad anticuada, no sostenible en el tiempo y contraria a la idea de verdadero progreso.

Sustancialmente, la OP se basa en el engaño al consumidor y en la deslealtad con los competidores y en la articulación de prácticas anticompetitivas que afectan la eficacia de los mercados, generando en el largo plazo un deterioro del proceso competitivo, en tanto importa una barrera de acceso al mercado o sienta las bases para la exclusión del mercado a los competidores, lo que implica para el consumidor una menor cantidad de opciones y de proveedores de bienes y servicios.

La imposibilidad de sostener esta estrategia empresarial se basa en su ilegitimidad, su total falta de ética empresarial (en tanto es un acto de competencia desleal), la ausencia de compromiso social (no tiene en cuenta a la humanidad como una continuidad histórica donde no hay que comprometer a las generaciones futuras), provocando el agotamiento de los recursos naturales (ya que, la aceleración de los ciclos de compra y descarte de productos son compactados temporalmente y ello conlleva a un uso irracional de los recursos naturales) y a la vez genera un aumento de los desechos, transformándose en un factor de importancia para contaminar aún más el planeta.

La idea de progreso real tiene que generar instancias superadoras de las estrategias productivas, así un modo de producción que aliente el uso irracional de recursos naturales es propio de una época donde no se tenía información respecto del impacto de la actividad de la empresa y del hombre en el ecosistema en donde se desarrolla.

Esa información hoy se encuentra disponible, tiene base científica y demuestra con claridad que no se puede apoyar o fomentar procesos productivos que en forma innecesaria afecten al medio ambiente a la vez que implican actos que perjudican a los consumidores del presente y comprometen sin dudas a los consumidores del futuro, que en definitiva es el conjunto de la humanidad.

Tampoco se corresponde con la idea del progreso el ocultamiento o la omisión de información relevante al consumidor, cuando el entorno legislativo, ya de alcance mundial, indica que las asimetrías en la información existentes entre empresa y consumidor deben ser superadas mediante la provisión de información cierta, suficiente y temporánea a efectos de que la

—restringidas a empresas de magnitud con capacidad de asumirlas—, mediante la programación de la vida útil de sus productos" (SOTO PINEDA, Jesús A., ob. cit.).

decisión de consumo se haga con base en una representación cierta del producto o servicio y no a una idea equivocada fundada en el engaño.

No responde tampoco a la idea de progreso la utilización de estrategias empresarias que impliquen actos desleales o prácticas anticompetitivas que afectan la competencia en tanto este proceso es el que permite la innovación, la aparición de nuevos competidores y productos y por ende, el progreso.

Por último, pero no menos importante, este sistema productivo degrada los recursos naturales, contamina el medio ambiente y limita los recursos que serán necesarios en el futuro para poder proveer a las necesidades humanas esenciales.

A la luz de lo expuesto, la OP como respuesta a la depresión económica puede haber sido necesaria en su momento; entiendo que éticamente nunca fue una idea aceptable, pero sin lugar a duda hoy no solo no es necesaria sino que es lo opuesto a la idea de progreso, avance o innovación, los cuales son los argumentos que utiliza para justificar su utilización.

**IX. La superación de la obsolescencia programada como estrategia empresaria**

La idea de progreso no se encuentra siquiera emparentada con la OP, por ello, su superación debe ser inmediatamente abordada desde los más diversos puntos de vista a fin de lograr su voluntaria decadencia y abandono por parte de las empresas, cuando no también su regulación, teniendo en cuenta que es fenómeno que resulta perjudicial para los consumidores, los competidores y el medio ambiente.

En el caso de que la OP no pueda ser suprimida en forma inmediata en función de motivos económicos, aspectos técnicos o por cualquier otro, deben evaluarse alternativas que permitan al menos morigerar sus efectos.

El *acceso a la información* por parte del consumidor respecto de la aplicación de OP en el diseño y fabricación de los productos no es suficiente para contener el problema ya que los productos seguirían su camino productivo y los ciclos de consumo y descarte también seguirían presentes. Sin embargo, si dicha práctica es utilizada necesariamente debe informarse al consumidor en la forma propuesta en el pto. VI.2.

En cuanto hace a la utilización irracional de recursos no renovables puede estimularse o desalentarse su utilización desde el Estado mediante *incentivos fiscales* **(56)** o incrementos de impuestos (caso de los vehículos contaminantes en la UE) **(57)**.

Con relación a los desechos excesivos que genera esta estrategia empresaria puede imponerse la obligación de *contralor de la disposición final de los productos*, sobre todos aquellos que sean contaminantes en determinado grado o que sean escasos para que puedan ser *reutilizados en nuevos ciclos productivos*, a su vez el cumplimiento de la obligación puede también

(56) Directiva 2009/33/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de abril de 2009 relativa a la promoción de vehículos de transporte por carretera limpios y energéticamente eficientes, consid. 11. El objetivo de la presente Directiva es impulsar el mercado de vehículos de transporte por carretera limpios y energéticamente eficientes y, en particular —habida cuenta del gran impacto medioambiental que resultaría de ello—, influir en el mercado de los vehículos normalizados producidos a gran escala como los vehículos de turismo, los autobuses, los autocares y los camiones, garantizando un nivel de demanda de vehículos de transporte por carretera limpios y energéticamente eficientes que sea lo bastante importante como para alentar a los fabricantes y a la industria a invertir en vehículos cuyos costes de consumo energético, emisiones de $CO_2$ y emisiones contaminantes sean poco elevados, y a seguir desarrollando dichos vehículos ulteriormente.

(57) La futura Directiva EU denominada Euro 7 ha generado tal desaliento en la industria automotriz con relación a la fabricación de los motores de combustión, los cuales son una de las principales causas de contaminación que han generado decisiones como las del fabricante Audi Markus Duesmann, declaró que la firma alemana ya no desarrollará más motores de combustión, pues al fabricante ya no le resultarán viables estos proyectos una vez que se apruebe la normativa Euro 7. De acuerdo con Duesmann, ya no se harán más motores tradicionales, sino que se adaptarán los motores ya existentes al nuevo reglamento. En el caso de esta marca alemana, los proyectos estarán más enfocados en el desarrollo de los coches e-tron. Esto no quiere decir que ya no saldrán modelos que utilicen diésel o gasolina, pero al menos ya no se ofrecerán nuevos motores de combustión. Asimismo, los posibles modelos que salgan al mercado (y que no sean eléctricos) probablemente se irán adaptando para cumplir con la nueva normativa. *https://rentingfinders.com*. Así impactará la nueva normativa Euro 7 la movilidad en Europa, julio 2021.

estimularse mediante estímulos fiscales o favoreciendo el desarrollo de empresas que tengan por objeto el reciclado de productos o sus componentes, de sus componentes o el derecho a la reparación de los productos mediante una eficaz provisión de repuestos **(58) (59)**.

Por lo visto existen muchas formas de superar la obsolescencia programada y una de las más importante es la educación del consumidor y del empresario, para que ambos entiendan que la idea de progreso e innovación no van en el mismo carril que la OP, ya que ella se encuentra arraigada en la idea del consumo acelerado (hiperconsumo) y descarte de bienes en un entorno limitado no solo para la extracción de los recursos que son necesarios para su fabricación, sino también para la disposición final de sus desechos, sin lugar a dudas el convencimiento del primero respecto del rechazo de los productos que hayan sido diseñados y fabricados bajo la influencia de la OP provocará los cambios del segundo ya que, estos producen para el mercado y esta entidad ideal se encuentra integrada por el conjunto de consumidores, ello sin ir en desmedro del poder transformador de la realidad social que puede derivar de la aplicación de una ley que rechace esta estrategia de producción empresaria.

---

(58) Directiva 2012/19/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 04/07/2012 sobre residuos de aparatos eléctricos y electrónicos (RAEE), Consids. 5º y 6º. Como el mercado sigue expandiéndose y los ciclos de innovación se hacen más breves, la sustitución de los aparatos se acelera, convirtiendo rápidamente a los AEE en una creciente fuente de residuos. Aunque la directiva 2002/95/CE ha contribuido eficazmente a la reducción de las sustancias peligrosas contenidas en AEE nuevos, en los RAEE seguirán estando presentes durante muchos años sustancias peligrosas como el mercurio, el cadmio, el plomo, el cromo hexavalente y los policlorobifenilos (PCB), así como sustancias que agotan la capa de ozono. Los componentes peligrosos contenidos en los AEE constituyen un problema importante durante la fase de gestión de los residuos y el grado de reciclado de RAEE es insuficiente. La falta de reciclado provoca la pérdida de recursos valiosos. [6] La presente directiva tiene por objetivo contribuir a la producción y consumo sostenibles mediante, de forma prioritaria, la prevención de la generación de RAEE y, además, la reutilización, el reciclado y otras formas de valorización de dichos residuos, a fin de reducir su eliminación y contribuir al uso eficaz de los recursos y a la recuperación de materias primas secundarias valiosas. Asimismo, pretende mejorar el comportamiento medioambiental de todos los agentes que intervienen en el ciclo de vida de los AEE, como, por ejemplo, productores, distribuidores y consumidores, y, en particular, de aquellos agentes directamente implicados en la recogida y tratamiento de los RAEE. En particular, la distinta aplicación nacional del principio de responsabilidad del productor puede hacer que los agentes económicos soporten cargas financieras muy desiguales. La existencia de políticas nacionales dispares en materia de gestión de los RAEE reduce la eficacia de las políticas de reciclado. Por ese motivo deben establecerse criterios fundamentales a escala de la Unión y deben elaborarse normas mínimas relativas al tratamiento de los RAEE para la reutilización de RAEE puede alcanzar los 4700 empleos directos.

(59) Real decreto 110/2015, de 20 de febrero, sobre residuos de aparatos eléctricos y electrónicos. Según los datos de la Subdirección General de Prospectiva y Análisis del Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente, el sector de los residuos es el mayor generador de empleo verde en España y representa el 27% del total del empleo verde en nuestro país. En el Proyecto Biodiversidad-Emplea Verde 2007-2013 se estimó que la cantidad de puestos de trabajo que puede generar el impulso a la preparación.

# Apuntes sobre el *dolus bonus* en la publicidad

Jaime Company (*)

**Sumario:** I. Introducción.— II. Noción de publicidad.— III. Delimitación subjetiva.— IV. Situación jurídica de mercado.— V. Publicidad ilícita.— VI. Arquitectura del *dolus bonus* en la publicidad.— VII. Conclusión.

## I. Introducción

El presente aporte teórico se centra en un instituto que sobrevuela todo el contexto del mercado: la publicidad; los márgenes de actuación en cabeza del empresario resultan de visceral importancia, ante un *estado de cosas* que tiene al *principio protectorio* correspondiente al derecho de los consumidores, en algunas ocasiones avasallando reglas de juego, mediante la simple apelación retórica a reglas o *principios* de carácter constitucional, en una hermenéutica en ocasiones deformante, que conspira contra la misma Constitución Nacional, primera guardiana de las referidas reglas de juego, y consecuentemente, de la *seguridad jurídica*; bien explicaba Sebastián Soler que "la función de las normas, aparte de ser la base que desencadena el acto de autoridad, consiste en que permite calcular las proyecciones y alcances de la propia acción **(1)**".

Desde esta perspectiva, se intenta proponer un "método *cognoscitivo"* del negocio jurídico, en el caso, de la voluntad de las partes en la etapa anterior al contrato, afirmando que la *publicidad* no se identifica con la *información* (si bien debe ser compatible con ella), por cuanto esta última debe ser veraz y adecuada (conf. art. 42, CN), bastando en la publicidad solo con la primera virtud señalada (veraz) **(2)** —ver art. 1101, Cód. Civ. y Com.—; asimismo, ambas se diferencian en los *móviles* del *anunciante* (recuérdese que la publicidad tiende a exaltar las cualidades de un producto o servicio para contribuir al éxito en su comercialización).

Se sostiene aquí la importancia de interpretar el fenómeno jurídico publicitario, desde una "media de representación", propuesta como norte hermenéutico de la voluntad de los receptores, sin soslayar la vinculación inescindible con las características del grupo receptor, en supuestos en los que, por las particularidades de determinados colectivos de personas, sea necesario formular un distingo en la *valoración*. Lo dicho no es otra cosa que extender, en términos semióticos, la lógica de la interpretación del significado de las palabras en los contratos (conf. art. 1063, Cód. Civ. y Com.), en las relaciones precontractuales, a los sonidos, signos y símbolos que pudieran difundir los distintos mensajes publicitarios.

Vale aclarar que, en este análisis, se concentra la atención en la relación jurídica anunciante-destinatario, soslayando la concomitante afectación que eventualmente podría producirse respecto de los derechos de los *competidores.*

(*) Abogado en ejercicio de la profesión, profesor por concurso de Derecho de los Contratos (UNNE); magíster en Derecho Empresario (UNNE); doctorando en Derecho (UNNE) e investigador de la misma casa de estudios.

(1) SOLER, Sebastián, "La interpretación de la ley", Ed. Olejnik, Santiago de Chile, 2017, p. 183.

(2) Encontra, MOSSETITURRASPE, Jorge–WAJNTRAUB, Javier H., "Ley de Defensa del Consumidor, Ley 24.240", Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2010, p. 99; para quienes "la publicidad —en función de su "tendenciosidad"— debe comulgar aún más con rasgos tales como la veracidad y la completitud.

**II. Noción de publicidad**

Considerando que los métodos utilizados en esta oportunidad son el analítico y el dogmático o normativista, resulta apropiado iniciar esta producción con la noción de publicidad.

La tercer acepción que le imprime el Diccionario de la Real Academia Española a la voz "publicidad", consiste en "Divulgación de noticias o anuncios de carácter comercial para atraer a posibles compradores, espectadores, usuarios, etcétera", significación que sirve aquí como punto de partida para delimitar la noción objeto de estudio. Nicolau ha elaborado una noción interesante, exponiendo que "es la actividad destinada a promover un bien, un servicio o una persona"; y desde la perspectiva comercial ha sido definida como "la actividad de divulgación de un producto o servicio con el propósito de llegar al consumidor o usuario con finalidad comercial: es una acción de persuasión dirigida al público" **(3)**.

Debe agregarse que, si bien esta noción se distancia de la "información", la cual ha sido definida magistralmente por Lorenzetti, desde el punto de vista normativo **(4)**, deber cuya expectativa de cumplimiento busca la tutela no solo de la *autodeterminación* (conf. art. 260, Cód. Civ. y Com.), lo cual se corresponde con las características o propiedades de *veraz y adecuada* que necesariamente debe reunir la información (art. 42, CN) y en forma más detallada aparecen los caracteres necesarios de certeza, claridad, detalle y gratuidad —conf. art. 4º, LDC—, sino también de la *seguridad* y de la *dignidad* (arts. 51, 52, 1737 y ccds., Cód. Civ. y Com., y arts. 5º y 6º, LDC). En tal contexto, *la publicidad* parecería no requerir ser detallada, so pretexto de superponerse ontológicamente con la información; en cuanto a la *claridad*, considerando las técnicas artísticas que la rodean, tampoco parecería ser un presupuesto, conclusiones que se derivan de la ontología del instituto y de su función persuasiva negocial.

Vale destacar que los *daños* no solo se producen en los adquirentes de los productos y servicios, sino también en los *expuestos* a tales prácticas —cuestión que se aborda *infra*— y en los *competidores*, como magistralmente lo ha explicado Junyent Bas **(5)**, tema este que excede los propósitos del texto.

En esta oportunidad, se ubica *temporalmente* el estudio, *a priori,* en la *etapa precontractual*, pudiéndose afirmar que la *publicidad* debería gozar de *coherencia* con la información, si bien se diferencian ambas en sus motivos y caracteres.

Ahora bien, resultaría inconsistente una revisión analítica de la noción de publicidad, sin abordar su naturaleza jurídica. Así, la publicidad constituye una *declaración unilateral de voluntad* (conf. art. 1800, Cód. Civ. y Com.), y, por tanto, fuente jurígena obligacional, en razón de la *situación jurídica de mercado* en la que se encuentra su autor. Por supuesto que su análisis no escapa a lo que la doctrina ha denominado "el paradigma de la sectorización" **(6)** o *fragmentación contractual.* Nótese que esta declaración de voluntad es vinculante solo respecto de consumidores en potencia, integrando *la oferta* (conf. arts. 7º y 8º, LDC), en tanto que, en el marco de las relaciones paritarias, no tendría dicho carácter, considerándose una *invitación a ofertar* (conf. art. 973, Cód. Civ. y Com.). *Ergo,* de celebrarse el contrato de consumo, el contenido publicitario se tendrá por incorporado al reglamento contractual (conf. art. 8º, LDC), en tanto que, celebrado el negocio jurídico paritario, la publicidad solo tendría fuerza obligatoria si cumpliera, en el caso, con los requisitos de la oferta (conf. art. 993, *in fine,* Cód. Civ. y Com.).

En la contratación privada, históricamente ha primado la tutela de la *autonomía de la voluntad*, que en palabras de BETTI configura una "autorregulación y, específicamente, una regulación directa, individual, concreta, de determi-

(3) NICOLAU, Noemí L., "La influencia del marketing...", ob. cit., en HERNÁNDEZ, Carlos – STIGLITZ, Gabriel (dirs.), "Tratado de derecho del consumidor", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2015, t. I, p. 530.

(4) LORENZETTI, Ricardo L., "Consumidores", Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003, ps. 170 a 172.

(5) JUNYENT BAS, Francisco, "Ejes del nuevo ordenamiento sobre lealtad comercial", LA LEY, *Supl. Esp. Comp. Desleal. Análisis del decreto 274/2019*, 08/08/2019, ps. 75 y ss.

(6) SOZZO, Gonzalo, "Las relaciones contractuales en tiempos de emergencia", *Contratos Resilientes*, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2020, ps. 58 y 59.

nados intereses propios, por obra de los mismos interesados **(7)**"; la presencia de *jugadores fuertes* en un mercado imperfecto, justifica la necesidad de la vigencia del *principio protectorio* en las relaciones de consumo, no siendo procedente, en principio, la exorbitancia del derecho de consumo a otras relaciones jurídicas; se podría encontrar alguna excepción en la contratación de empresas con oferentes monopólicos u oligopólicos, *circunstancias* negociales que, sumadas a la particular manera de formación del consentimiento (por adhesión), presentan un escenario negocial altamente dominante. Sin perjuicio de lo dicho, *a priori* no se comparten aquí las conclusiones de Calderón, sobre la viabilidad de la aplicación exorbitante de las normas de consumo **(8)**. En el sentido aquí propuesto ha dicho Santarelli que "la tendencia a la generalización de las normas tuitivas en figuras ajenas al consumidor y al profesional conduce a una negación de la disciplina particular, banalizando sus notas protectorias características" **(9)**.

Resulta ilustrador traer a colación lo resuelto en la Comisión Nº 5 (Saneamiento) de las XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil, celebradas en la ciudad de La Plata, en donde se concluyera por unanimidad que "el concepto de profesional del Cód. Civ. y Com. en materia de obligación de saneamiento es distinto y más amplio que el de proveedor previsto por la Ley de Defensa del Consumidor (LDC) ya que tiene en cuenta principalmente el conocimiento técnico y específico, la experiencia y la habitualidad en la rama de negocios de que se trate". Va de suyo que, esas características del "profesional", advertidas por los expertos en la Jornada científica señalada, evidencian la necesidad de identificar a dichos sujetos, ya no dentro del derecho del consumidor (proveedor), sino, del derecho del mercado, continente del primero. Fíjese, siguiendo con esta suerte de analogía, que el legislador, en materia de vicios ocultos, cuando excluye aquellos defectos del bien que el adquirente conoció, o debió haber conocido mediante un examen adecuado a las circunstancias del caso al momento de la adquisición, en la última parte del inc. a), del art. 1053 del Cód. Civ. y Com., se encarga de indicar que si la apreciación "reviste características especiales de complejidad y la posibilidad de conocer el defecto requiere cierta preparación científica o técnica, para determinar esa posibilidad, se aplican los usos y prácticas del lugar", lo que ha llevado a Leiva Fernández a aclarar que "si el objeto reviste complejidad, el Código requiere que el adquirente respalde su conocimiento con opiniones científicas o técnicas según se acostumbre en el lugar de contratación **(10)**"; la diferencia que marca el legislador con la materia de consumo es ciertamente notoria, sumado que en las relaciones de consumo, la operatividad de la garantía no requiere que el vicio sea oculto ni grave (arts. 11 y ss., LDC).

Por supuesto que las soluciones legales en caso de vicios o afectaciones derivados de la publicidad son diferentes a aquellas derivadas de la responsabilidad por garantía, no obstante, resulta ilustrador y gráfico esta apelación a la analogía en vistas de fortalecer la tesis de la *diligencia debida* que debe existir en cabeza del empresario —profesional— adquirente del producto o servicio publicitado, con la excepción aislada del empresario *cautivo* que se señalara anteriormente.

Existe entonces, una marcada diferencia entre consumidor y empresario como destinatarios del mensaje publicitario del anunciante, en tanto que respecto de este último debería mantenerse intacto el principio de "autorresponsabilidad", conforme a la buena fe subjetiva, diligencia que debe guiar su comportamiento. Debe repararse que en materia de publicidad se está en un *ex ante* respecto del contrato; por supuesto que el análisis sería distinto en caso de situarse en la etapa de formación del negocio, en donde, generalmente, las pequeñas empresas sí reciben una tutela sustancial efectiva y diferenciada (conf. arts. 9º, 10, 11, 984 y ss., Cód. Civ. y Com.).

(7) BETTI, Emilio, "Teoría general del negocio jurídico", Ed. Olejnik, Santiago de Chile, 2018, p. 80.

(8) CALDERÓN, Maximiliano R., "Aplicación exorbitante de normas de consumo", Ed. Rubinzal-Culzoni, 2019, p. 249.

(9) SANTARELLI, Fulvio G., "Contrato y mercado", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2018, p. 161.

(10) LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., "Tratado de los Contratos. Parte general", Ed. La Ley, Buenos Aires, p. 2017, t. II, p. 103.

Desde una lectura del DNU 274/2019, se puede afirmar que sus arts. 11 a 15, constituyen el núcleo normativo duro en la materia, si bien deben ser integrados, en un necesario *diálogo de fuentes,* según el caso, por ejemplo, con la ley 23.344 y modificatorias referente a las limitaciones a la publicidad de tabacos, cigarros, cigarrillos u otros productos similares, con la ley 24.788, de lucha contra el alcoholismo, en donde se prohíbe toda publicidad o incentivo de consumo de bebidas alcohólicas a menores de dieciocho años, con la ley 25.163 que establece un sistema relacionado con identificación de procedencia, indicación geográfica y denominación de origen de los vinos y bebidas espirituosas de origen vínico, con las leyes 25.380 y 25.966 que prevén un sistema sobre la identificación, procedencia y denominación de origen de productos agrícolas y alimentarios, y una larga serie de etcéteras.

**III. Delimitación subjetiva**

Ya se ha señalado que en esta oportunidad se soslaya a los *competidores* de los oferentes o *anunciantes*, centrando la atención, puntualmente, en la relación que descansa entre los anunciantes y los receptores, posibles adquirentes del producto o servicio publicitado.

Respecto del anunciante, resulta ilustradora la Ley General de Publicidad española, que en su art. 8º realiza un deslinde entre anunciante y agencia de publicidad; la norma prescribe: "A los efectos de esta Ley: Es anunciante la persona natural o jurídica en cuyo interés se realiza la publicidad. Son agencias de publicidad las personas naturales o jurídicas que se dediquen profesionalmente y de manera organizada a crear, preparar, programar o ejecutar publicidad por cuenta de un anunciante" **(11)**.

En esta producción por motivos de economía sintáctica y delimitación temática, se soslaya el contrato innominado de publicidad, cuya naturaleza jurídica es afín al contrato de obra, y la relación anunciante-empresa de publicidad, sus obligaciones y responsabilidades contractuales y extracontractuales, concentrando la atención solo en el "anunciante", o sujeto que intenta colocar sus productos o servicios en el mercado. También vale acarar que, siendo la teleología de esta producción, inspirada por las relaciones jurídicas de mercado, se deja afuera de consideración a los anunciantes no empresarios o, permítase la denominación *particulares.*

Desde la órbita del *receptor,* además de los consumidores y sujetos equiparados, se encuentran los *expuestos* a estas prácticas comerciales (conf. art. 1096, Cód. Civ. y Com.), ampliándose la esfera de legitimados activos en tal sentido.

Insertando el tema dentro del derecho de mercado (la publicidad puede quedar atrapada en contratos paritarios o de consumo, fragmentación hermenéutica cuya aplicación podrá dilucidarse, en ocasiones por las cosas o servicios objeto de publicidad, apreciadas *in abstracto* —v.gr., un tractor o un camión de gran tamaño, difícilmente será adquirido para consumo final— otras, en concreto, atendiendo a la finalidad del adquirente [conf. arts. 281, última parte y 1065, inc. c), Cód. Civ. y Com.] —v.gr. una resma de papel, adquirida por una compañía aseguradora—, cuyas impresiones coadyuvan a la marcha del sistema empresario, por ejemplo, imprimiendo las pólizas —contrato paritario—, o adquirida por una madre o un padre para sus hijos menores, para trabajo escolar —contrato de consumo—.

Vale aclarar, respecto de las personas jurídicas como consumidores (conf. arts. 1092 y 1093, Cód. Civ. y Com.), que aquí se comparte un criterio moderado **(12)**, que considera, en principio, al "fin de lucro" como el elemento diferenciador, en tanto las personas jurídicas que actúen sin fines de lucro (v.gr., fundaciones, asociaciones, consorcio de propiedad horizontal), encuadrarían *ab initio,* en la noción jurídica de *consumidor.*

En otro orden de cosas, y recordando que el fenómeno *sub examine* se encuentra dentro del "derecho de mercado", la situación jurídica de los distintos *partícipes* constituye una base sóli-

(11) Para un estudio referente a los sujetos del contrato de publicidad ver MUGUILLO, Roberto A., "Publicidad", Ed. Astrea, Buenos Aires, 2005, ps. 60-66.

(12) APARICIO, Juan Manuel, "Contratos. Parte general", Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2016, t. 1, p. 162; SÁNCHEZ MARIÑO, Gustavo, "Contratos en el Código Civil y Comercial de la Nación, Parte general", Ed. Mave, Corrientes, 2019, p. 294.

da de derechos subjetivos, independientemente de ser destinatarios de la publicidad diseñada por el anunciante y de haber contratado o no. Imagínese el caso de un competidor, la publicidad comparativa o denigratoria, o, de expuestos a la práctica publicitaria o público en general —consumidores, proveedores o profesionales, según el caso—, que aunque el mensaje no vaya dirigido a ellos, el mismo vulnere la dignidad, imagen o intimidad, o sea atentatorio contra la seguridad (por ejemplo, incitando a prácticas riesgosas, o que pongan en peligro la salud pública o el medio ambiente). Esto evidencia que la noción de *licitud* propia de los negocios jurídicos (arts. 51, 52, 240, 279, 1003,1004, y ccds., Cód. Civ. y Com.), en función del fenómeno "mercado", y las situaciones y relaciones jurídicas de allí derivadas, recibe un *ensanchamiento,* alcanzando no solo a las tratativas contractuales, sino, a cualquier partícipe del *mercado,* en una notable excepción al principio *res inter alios acta* (arts. 1021 y 1022, Cód. Civ. y Com.), en su fisonomía decimonónica.

**IV. Situación jurídica de mercado**

Resulta ilustrador traer a colación las enseñanzas de Horacio D. Rosatti, quien luego de identificar al texto del art. 42 de la CN como una "cláusula temáticamente amplia y jurídicamente heterogénea" explica que "es perceptible reconocer una instancia *macro* (vinculada con el funcionamiento de la economía) y una instancia *micro* (vinculada con la relación específica usuario-prestador-servicio y consumidor-oferente-producto). La instancia *macro* tiene como protagonista central —aunque no excluyente— al Estado, refleja un paradigma de vinculación con el mercado (*el paradigma intervencionista*) en el marco legislativo. La instancia *micro* tiene como protagonistas centrales —aunque no excluyentes- al *usuario* y al *consumidor* en su vinculación con los operadores del mercado que ofrecen bienes y servicios, refleja un paradigma de ciudadano (el *paradigma del ciudadano responsable)* y se expresa primariamente (aunque no de modo exclusivo) en el *marco contractual.* Que las citadas dimensiones *macro y micro* sean diferenciables no significa que sean antagónicas" **(13)**, siendo en las prácticas publicitarias un escenario propicio para la intercomunicación o diálogo de ambas dimensiones, como puede advertirse de la lectura de las disposiciones de la ley 27.441 de Defensa de la Competencia, el DNU 274/2019 de Lealtad Comercial, la ley 22.362 de Marcas y Designaciones, la Ley de Abastecimiento y una larga serie de etcétera, pero, advirtiendo que en la relación *micro,* también se encuentra comprendida la relación negocial entre empresas o profesionales.

Según el *rol* que posean los distintos *partícipes del mercado* (proveedor, consumidor, oferente, etcétera), existe una "*situación jurídica de mercado*", en correspondencia con la conceptualización que dieran Díez Picazo y Gullón: "la situación jurídica es un determinado modo o una determinada manera de estar las personas en la vida social, que el ordenamiento jurídico valora y regula" **(14)**.

Por supuesto que esta dimensión de análisis resulta tan extensa, por su generalidad (comprensiva del derecho civil, comercial, penal constitucional, administrativo, tributario, de consumo, etcétera) que desborda cualquier posible análisis "quirúrgico" (si se permite la expresión).

Vítolo, citando al profesor alemán Ulrich Immenga, expone la conceptualización de "derecho de mercado", como "aquella parte del Derecho de la Economía vinculada al mercado como principio básico de ordenación de la economía nacional; como también aquella parte del Derecho de la Economía que se refiere, en principio, al ajuste entre la oferta y la demanda llevado a cabo a través del sistema de economía de mercado" **(15)**; en tal sentido, el mismo DNU 279/2019, en el 2º párrafo del art. 1º, consigna que "a los fines de este decreto, se entiende por "mercado" el ámbito en el cual los oferentes y demandantes de un bien o servicio realizan

(13) ROSATTI, Horacio D., "La 'relación de consumo' y su vinculación con la eficaz protección de los derechos reconocidos por el artículo 42 de la Constitución Nacional", RDPyC, 2012-1, "Eficacia de los derechos de los consumidores", ps. 78 y 79.

(14) DÍEZ-PICAZO, Luis – GULLÓN, Antonio, "Instituciones de derecho civil", vol. I/I, "Introducción. Parte general. Derecho de la persona", Ed. Tecnos, Madrid, 1998, p. 121.

(15) VÍTOLO, Daniel R., "Manual de derecho comercial", Ed. Estudio, Buenos Aires, 2017, 2ª ed., p. 323.

una [1] o más transacciones comerciales". En tal línea, Santarelli, citando a Sacco y De Nova, explica que "a la dinámica de la oferta y la demanda, en condiciones de concurrencia y autonomía, se la denomina mercado" **(16)**.

En esta noción de *mercado,* contenida en el *derecho económico,* revisada desde la esfera *precontractual*, es en donde se encuadra *objetivamente* el estudio propuesto.

**V. Publicidad ilícita**

Por *publicidad ilícita o desleal* podría entenderse a aquella manifestación de voluntad, anunciando públicamente la promoción de algún producto o servicio para estimular su comercialización, contrariando la ley o los usos y prácticas del mercado.

Hace muchos años, Zavala Rodríguez, luego de destacar la importancia del XXV Congreso Mundial de Publicidad, celebrado en Buenos Aires en el año 1977, y de analizar el Código Internacional de Prácticas Publicitarias, ya marcaba que "entre los problemas más serios que debe afrontar la publicidad se cuenta el de la ética **(17)**". En ese entonces, en el contexto de normativa incipiente, destacaba el distinguido autor, un fallo resuelto por la CNFed., caso "Rolex SA c. Orient y otro", del 30/11/1971, en donde el tribunal había resuelto la cuestión apelando a la norma de textura abierta contenida en el otrora art. 953 del Código de Vélez. En ese texto, Zavala Rodríguez concluía que "en el Código de ética, aprobado por estas entidades, ellas se comprometen a evitar, en publicidad, lo referente, lo disociable, lo inmoral, lo obsceno, lo truculento, lo grosero, lo lesivo a la intimidad, lo engañoso o exagerado y la falsedad testimonial" **(18)**.

Lo dicho denota el fuerte contenido de *orden público* que rodea la materia, fenómeno este previsto expresamente en el art. 2º del DNU 279/2019, en concordancia con las previsiones de los arts. 279, 958, última parte y 1004, Cód. Civ. y Com. Con esto no se quiere decir que la *moral* sea la guía en la identificación de las conductas prohibidas en materia publicitaria, sino, que, como sostenía Hart, "la justificación moral de la interferencia que ha de fundar un derecho a interferir está restringida a ciertas condiciones especiales y que esto es algo inherente al significado de "derecho" **(19)**. Sin perjuicio de las distintas facetas de la publicidad ilícita que se destacan a continuación, previstas normativamente, la *identificación* de otros supuestos deberá hacerse a través del análisis sistémico de nuestro orden jurídico, con los ojos puestos, principalmente, en la *costumbre,* los *usos y* las *prácticas* en el mercado (conf. arts. 1º y 1065, Cód. Civ. y Com.), con la correspondiente revisión de contenido o material de orden constitucional.

Se podría desmembrar la *publicidad ilícita*, en cuatro categorías bases: 1º) publicidad engañosa; 2º) publicidad comparativa; 3º) publicidad denigratoria; 4º) publicidad adhesiva.

*V.1. Publicidad engañosa*

El art. 11 del DNU 279/2019, cumpliendo una función pedagógica, respecto de la publicidad engañosa reza: "Queda prohibida la realización de cualquier clase de presentación, de publicidad o propaganda que mediante inexactitudes u ocultamientos pueda inducir a error, engaño o confusión respecto de las características o propiedades, naturaleza, origen, pureza, mezcla, cantidad, uso, precio, condiciones de comercialización o técnicas de producción de bienes muebles, inmuebles o servicios".

Como puede advertirse, las conductas típicas, consistentes en inexactitudes u ocultamientos, son susceptibles de impactar en el comportamiento de los consumidores, y por tanto, de perjudicar a los competidores en el juego de la oferta y la demanda.

Explica Tajan De Saa que "[l]a publicidad engañosa es una infracción de carácter objetiva y formal, es decir, que para su configuración y posterior sanción solo se requiere la simple constatación de la conducta prevista por la norma, sin

(16) SANTARELLI, Fulvio G., "Contrato y mercado", Ed. La Ley, 2018, p. 48.

(17) ZAVALA RODRÍGUEZ, Carlos J., "Normas de ética dictadas por los profesionales de la publicidad", *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1979.

(18) *Ibid*., p. 352.

(19) HART, Herbert L. A., "Derecho y moral, contribuciones a su análisis", Ed. Olejnik, Santiago de Chile, 2020, p. 79.

necesidad de evaluar si hubo intencionalidad por parte del infractor ni tampoco la producción de un daño concreto" **(20)**, afirmación que desemboca, según se sostuviera más arriba, en la *objetivación* en el caso, o preponderancia de la *declaración* por sobre la *voluntad*, con bases ciertas en la *autorresponsabilidad* del oferente, en la *apariencia* y en el *principio de confianza,* necesarios para la ingeniería de los negocios en un contexto de *seguridad jurídica*.

La jurisprudencia ha sostenido que la atención no debe centrarse en la intencionalidad o en la falta de ella (dolo o culpa), en tanto que lo que se sanciona es el incumplimiento desde una perspectiva objetiva con la sola verificación de los hechos que encuadren en el supuesto previsto en la norma **(21)**.

Se encuentra así robustecida una primera conclusión, consistente en el carácter abstracto de la presencia de algún factor subjetivo de atribución, y por tanto, de la búsqueda de deslinde entre el *dolus bonus* y el *dolus malus,* en vistas a la *imputación* de la publicidad ilícita.

Para un análisis completo de la norma, en cuanto a la *valoración* de la conducta de neto corte objetivo, cabe agregar que el DNU "no" exige la producción de la consumación del resultado, limitándose a exigir para la configuración de la conducta reprochada la "potencialidad" ("que pueda producir error, engaño o confusión" —art. 11, DNU—).

A modo simplemente ejemplificativo, como distorsión de las características o pureza del producto, se puede traer a colación la sanción que se imprimió oportunamente a un proveedor por haberse considerado que la ilustración propia de su publicidad, en el caso se utilizaba el limón induciendo a *confusión* al consumidor, en tanto la bebida comercializada no contenía las cantidades mínimas de la fruta de referencia, en función de las previsiones reglamentarias en tal sentido, independientemente de haber incorporado gráficamente la proporción realmente utilizada **(22)**. Recuérdese, por ejemplo, que el Código Alimentario Argentino establece pautas minuciosas para la rotulación y la publicidad de los alimentos **(23)**.

Ya en otro orden de ideas, y en vistas a evitar confusiones, parecería oportuno señalar que la "publicidad exagerada", es decir, aquella que extrema las virtudes o bondades de algún producto o servicio, no siempre caerá en la categoría de publicidad engañosa; será tarea del intérprete dilucidar, no si tal *exageración* se encuentra en la órbita de lo que la doctrina ha denominado *dolo bueno* o lo excede, sino, lisa y llanamente, si ella alcanza a generar error, engaño o confusión en el receptor, respecto del producto o servicio, constituyendo un ilícito, valorado objetivamente, y por tanto, susceptible de ser sancionado.

Piénsese en el caso de la empresa Red Bull, que fuera condenada en un tribunal de Canadá por haberse considerado engañoso su eslogan "Red bull te da alas". Sin entrar en las particularidades del caso, solo se lo trae a colación como ejemplo de lo que, conforme al criterio propuesto, sería una "publicidad exagerada pero no engañosa", en tanto, con base en la diligencia debida, la autoinformación y la autorresponsabilidad, los consumidores no podrían, guiados por parámetros ciertos de "buena fe" (conf. arts. 9º, 961, 991 y ccds., Cód. Civ. y Com.), generar contiendas judiciales de este tipo, en tanto no debería considerarse, salvo casos de personas con capacidad restringida o vicios cognitivos que perturben su discernimiento, que podrían estos podrían creer, realmente, en este caso que "Red Bull te da alas".

*V.2. Publicidad comparativa*

El DNU 279/2019, brinda una conceptualización de esta subclase de publicidad, en su art. 15: "se considera *publicidad comparativa* a la publicidad que aluda explícita o implícitamente a un competidor, o a su marca, o a los productos o servicios ofrecidos por él".

(20) TAJAN DE SAA, Guillermina, "Vinculación entre lealtad comercial, defensa de la competencia y defensa del consumidor", LA LEY, *Supl. Esp. Comp. Desleal. Análisis del decreto 274/2019*, 08/08/2019, p. 10, AR/DOC/2850/2019.

(21) CNCont. Adm. Fed., sala 1ª, 18/09/2015, "Unilever de Argentina SA c. DNCI s/ defensa del consumidor —ley 26.361— art. 35", AR/JUR/32050/2015.

(22) CNPenal Econ., sala B, 29/06/2006, "Aguas Danone de Argentina SA", LL Online: 70029793.

(23) Ver Código Alimentario Argentino, ley 18.284, reglamentada por 2126/1971, cap. V, arts. 220 al 246, actualizado al 10/2017.

Este tipo de publicidad no necesariamente será ilícito; así, posteriormente la norma señalada, incorporando normativamente en nuestro régimen legal, las directivas de la Unión Europea sobre Publicidad Engañosa y Comparativa **(24)**, una *permisión*, siempre que se respeten ciertas pautas o condiciones a saber: "a) No inducir a error, engaño o confusión, entre el anunciante y un competidor, o entre los bienes o servicios del anunciante y los de algún competidor. b) Comparar bienes o servicios que satisfagan las mismas necesidades o tengan la misma finalidad, y que dicha comparación se realice en forma objetiva, entre una o más características esenciales, pertinentes, representativas y comprobables de dichos bienes y servicios entre las que podrá incluirse el precio. c) Su finalidad sea la de informar las ventajas de los bienes o servicios publicitados. d) No desacreditar ni denigrar los derechos de propiedad intelectual e industrial o circunstancias de algún competidor. e) No obtener indebidamente ventaja de la reputación de una marca de algún competidor o de las denominaciones de origen de bienes de algún competidor. f) No presentar un bien o un servicio como imitación o réplica de un bien o un servicio con una marca o un nombre comercial protegidos. g) En el supuesto de bienes amparados por una denominación de origen, indicación geográfica o denominación, la comparación solo podrá efectuarse con otros bienes de la misma denominación".

*V.3. Publicidad denigratoria*

Con respecto a la *publicidad denigratoria,* e encuentra prevista en el inc. d) del art. 15 precitado, siendo sancionada cuando desacredite o denigre los derechos de propiedad intelectual o industrial o cualquier circunstancia del algún competidor; existiendo una disposición enmarcada de modo más genérico, relativa a los actos de competencia desleal en general, en el art. 10, inc. i), del DNU 274/2019.

Mucho se ha debatido en doctrina acerca de si la publicidad denigratoria debía estar compuesta de un sustrato de *falsedad* a los efectos de su correlativa sanción. Recuérdese que, por ejemplo, el art. 10 bis, pto. 3º, inc. 2º, del antes traído a colación Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial, solo menciona como prohibidas "las aseveraciones falsas, en el ejercicio del comercio, capaces de desacreditar el establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial de un competidor". Ya doctrina calificada había sostenido que "las sentencias del fuero civil y comercial parecen exigir la falsedad para que la denigración sea ilícita" **(25)**.

En este sentido, parecería que la normativa *sub examine* (DNU 274/2019) se enrola en la *tesitura restringida*, requiriendo la "falsedad" del aviso publicitario denigrante, en tanto que para la consideración de *desleal* de la conducta del competidor, y su consiguiente ilicitud, requiere que el menoscabo a la imagen, al crédito, la fama, el prestigio o a la reputación del otro competidor *no* se funde en "aseveraciones exactas, pertinentes y verdaderas", permitiéndose así en forma elíptica las "denigraciones verdaderas" mediante esta suerte de *exceptio veritatis.*

El horizonte de diversas hipótesis fácticas que pudieran dar lugar a este tipo de infracción es amplísimo; existen distintas *fattispecies* susceptibles de afectar *inmediatamente* la imagen, fama, crédito, prestigio, reputación o nombradía del competidor, y *mediatamente,* el "valor llave" de la *empresa* de ese competidor, entendiendo este *valor* como una noción vinculada siempre a la aptitud de un negocio o explotación para producir beneficios económicos **(26)**, o, en otros términos, como "superutilidades futuras más probables **(27)**".

Se puede apreciar con suficiente nitidez que más allá de las sanciones derivadas de la apli-

(24) Directiva 97/1955 del Parlamento Europeo y del Consejo de 6/10/1997 por la que se modifica la directiva 84/450/CEE sobre publicidad engañosa, a fin de incluir en ella la publicidad comparativa; norma sustituida en diciembre de 2007 por la directiva 2006/114/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12/12/2006.

(25) MARTÍNEZ MEDRANO, Gabriel, "Publicidad desleal, publicidad comparativa. ¿Dónde está el límite? Enseñanzas que nos deja el caso 'Quilmes/Isenbeck'", en FAVIER DUBOIS (h), Eduardo M. - TAJAN, Guillermina (dirs.), "Derecho de la competencia y su control judicial, Doctrina y Jurisprudencia relevante para la práctica profesional", Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2008, p. 296.

(26) ZUNINO, Jorge O., "Fondo de comercio. Régimen legal de su transferencia", Ed. Astrea, Buenos Aires, 2009, 3ª ed., p. 188.

(27) BÉRTOLA, Héctor R., "Llave de negocio", Ed. Oresme, Buenos Aires, 1956, p. 17.

cación del DNU, al competidor afectado le quedarían indemnes distintas soluciones legales, como la pretensión indemnizatoria por el daño emergente, lucro cesante, la pérdida de chance la acción preventiva, entre otras, correspondientes al derecho común.

Volviendo al horizonte de *fattispecies* que pudieran existir, con excelente capacidad de *síntesis* explica Alejandra Tevez: "las afirmaciones merecedoras de un juicio de reproche pueden abarcar un amplio abanico de posibilidades. En este sentido, podría agraviarse al competidor intentando desprestigiarlo en lo que respecta a: a) su actividad (p. ej., si se sostiene que se desempeña ineficientemente o atiende mal a sus clientes); b) su establecimiento (p. ej., si se afirma que su local es inseguro o sucio); c) sus relaciones comerciales (p. ej., si se asegura que no paga sus deudas); d) su personal (p. ej., si se aduce que sus directivos son corruptos o carecen de profesionalismo); y e) los productos o servicios que fabrica o comercializa (p. ej., si se sostiene que son de mala calidad u obsoletos), entre muchos otros supuestos posibles **(28)**".

*V.4. Publicidad adhesiva*

Para finalizar, resta abordar lo vinculado a la *publicidad adhesiva.* El Diccionario de la Real Academia Española, identifica a esta publicidad como aquella "que supone un acto de competencia parasitaria", entendiendo, la misma Academia que con tal término se hace referencia a la "competencia desleal en la que un empresario equipara su oferta a la de otros, tratando de aprovechar el prestigio que estos hayan podido alcanzar en el mercado".

Lo que se trata en definitiva en esta categoría de publicidad desleal o ilícita, es de explotar, con claros rasgos de *inmoralidad* y mala fe, la reputación ajena, recibiendo su situación normativa en los incs. b), g) y h), del art. 10, DNU 274/2019 e incs. b), e) y f), *a contrario sensu,* del art. 15, DNU 274/2019.

Ahora bien, la búsqueda propuesta de *parámetros objetivos* en esta temática, con su médula en la noción de "miembro medio del grupo" **(29)**, pueden tener matices en razón del tipo de destinatario de la publicidad, como ya se indicara. En tal sentido, con lucidez expone Chamatropulos, "tampoco puede dejar de tenerse en cuenta que determinados consumidores hipervulnerables tendrán una mayor predisposición a sufrir el engaño que los denominados 'consumidores promedio'. Esto incide lógicamente en la apreciación del carácter engañoso de las publicidades dirigidas a ellos. Así, verbigracia, quien está padeciendo una enfermedad muy grave tiene cierta tendencia a 'creer' en las 'bondades mágicas' de ciertos productos por más que un consumidor promedio las hubiese rechazado de plano. De igual manera, una persona poco instruida financieramente y con dificultades económicas seguramente no tendrá la lucidez necesaria para advertir el carácter engañoso de publicidades de préstamos de dinero 'a la tasa más baja del mercado' o que utilizan expresiones similares" **(30)**.

Se estaría así en condiciones de arribar a una segunda conclusión: el dolo bueno o malo, sería un factor de valoración de gran relevancia en lo atinente a la *cuantificación del daño* y a la apreciación del mayor disvalor de la conducta del emisor de la publicidad, conforme a las normas ínsitas en las disposiciones de los arts. 9º, 367, 991, 1725 y ccds. del Cód. Civ. y Com., y, en materia consumeril, podría ser una pauta de estimación de daños punitivos.

## VI. Arquitectura del *dolus bonus* en la publicidad

El *deber de información* padece lo que HART denominó *penumbra,* o, en otros términos indeterminación o textura abierta, en tanto si bien no existe puntualmente un laguna normativa, dado que el art. 42 de la CN es ciertamente operativo (cláusula temática amplia y jurídicamente heterogénea), qué se entiende por información *veraz* y *adecuada* es una cuestión que merece un análisis detenido que escapa al obje-

(28) TEVEZ, Alejandra N., "La denigración como supuesto de competencia desleal", LA LEY, *Supl. Esp. Comp. Desleal. Análisis del decreto 274/2019*, 08/08/2019, p. 245.

(29) Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11/05/02005, art. 5º.

(30) CHAMATROPULOS, Demetrio, "La publicidad engañosa en el nuevo régimen de lealtad comercial", LA LEY, *Supl. Esp. Comp. Desleal. Análisis del decreto 274/2019*, 08/08/2019, ps. 309 y 310.

to de este trabajo; no obstante, vale mencionar que determinados productos o servicios reciben un tratamiento normativo más minucioso en razón de la naturaleza del contrato, como ser en materia de alimentos, la presencia del Código Alimentario, o en la contratación bancaria, las circulares del Banco Central de la República Argentina, etcétera, etcétera; queda la duda si esas regulaciones puntuales marcan por *analogía* una conducta debida a materias no reguladas, o si en aquellas temáticas que no posean una regulación minuciosa imperan simplemente los lineamientos generales más arriba propuestos, susceptibles de lograr *acuerdos* (en doctrina y jurisprudencia) sobre el requisito: *adecuada,* que debe reunir la información. Por supuestos que esta cuestión desborda el marco teórico aquí propuesto, no obstante, no podía dejar de formularse esta brevísima mención, en tanto la proposición aquí sostenida que la publicidad debe tener coherencia con la información.

Ahora bien, la tutela normativa, debe, necesariamente, en pos de velar por la seguridad jurídica y la previsibilidad contractual, respetar *límites*, en tanto situación heterónoma que interviene *equilibrando* las asimetrías económicas e informativas, propias del mercado, pero sin olvidar que el principio general, conforme con un estado de derecho democrático legal y constitucional, debería ser la *libertad*, que en términos de lógica deóntica, podría sintetizarse en la siguiente proposición: todo lo que no está prohibido o mandado a hacer está permitido **(31)**, en consonancia con la cláusula inserta en el art. 19 de la CN.

Lo dicho se conecta con el *dolo bueno* y el *dolo malo* que se intenta exponer, con base en la reflexión teórica de hasta dónde son válidas las conductas sugestivas propias de la práctica publicitaria. Explicaba Emilio Betti que "el criterio de delimitación entre dolo ilícito (lo que los romanos llamaban *dolus malus*) y picardía lícita (que llamaban *dolus bonus*) se deduce de las ideas dominantes, para una sociedad como la actual, en la práctica común del tráfico. Según este canon han de calificarse como lícitas aquellas sutilezas, exageraciones y malicias que la opinión común tolera como inocuas y naturales en el tráfico, porque todos suelen emplearlas en el género de contratación de que se trate (por ejemplo, todo oferente las utiliza al ponderar sus mercancías) y, de otro lado, todo circunspecto contrayente, conociendo su práctica y guardándose la consideración relativa que puedan merecer. Según la misma regla social aplicada al género de relación de que se trate, debe también juzgarse la trascendencia del simple dolo pasivo, consistente en la reticencia, ya al no desengañar a la parte contraria sobre un error reconocible en que incurre, ya en no suministrarle las aclaraciones debidas cuando se está en el deber de hacerlo" **(32)**. No obstante, las disposiciones de los particulares (autonomía), al igual que las normas heterónomas, o dispuestas por el legislador, deben ser susceptibles de pasar por el filtro de lo que Luigi Ferrajoli denomina, *control de contenido*, interno o sustancial del derecho **(33)**, el cual se podría lograr, en el caso que se viene comentando, mediante el cotejo de los usos y prácticas, y las creencias de la mayoría, con las normas constitucionales.

En el tema *sub examine,* interesa, principalmente el *dolo-vicio* —soslayándose el dolo-delictual y el dolo-obligacional **(34)**—, en tanto aserción de lo falso o disimulación de lo verdadero, cualquier artificio, astucia o maquinación que se emplee para la celebración del acto (conf. art. 271, Cód. Civ. y Com.). Esa fisonomía de la conducta dolosa se condice con el denominado *dolus malus.* Los inconvenientes devienen de la valoración del *dolus bonus*, cuya naturaleza se haya más vinculada a la *culpa*, vista quizás, con independencia de su grado (grave, leve o levísima), pero si en su modalidad de *impericia* debido a la profesionalidad del anunciante, conducta que debe ser evaluada a la luz del estándar jurídico del "Buen hombre de negocios" (conf. arts. 59 y 274, LGS).

Para ingresar de lleno a los confines entre el *dolus malus* y el *dolus bonus,* parecería de gran valor, en términos analíticos, la noción de "expectativa", la cual necesariamente deberá apo-

(31) VON WRIGHT, George H., "Lógica deóntica", Ed. Olejnik, Santiago de Chile, 2018, p. 33.

(32) BETTI, E., ob. cit., p. 330.

(33) FERRAJOLI, L., "*Principia Iuris*, Teoría del derecho y de la democracia", Ed. Trotta, Madrid 2016, t. 1.

(34) TRIGO REPRESAS, Félix A. – LÓPEZ MESA, Marcelo J., "Tratado de la responsabilidad civil", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2008, t. I, p. 661.

yarse en la noción de "garantía". Siguiendo en este tema a Ferrajoli, vale traer a colación que "las garantías primarias están implicadas por las expectativas de prestación o de no lesión que constituyen el contenido de todos los derechos subjetivos, y las garantías secundarias están implicadas por las expectativas de sanción o de anulación que constituyen el contenido de la responsabilidad y de la anulabilidad **(35)**".

Recuérdese la primera conclusión expuesta *supra*: el dolo malo o bueno en materia de publicidad es indiferente para la imputación de daños o nulidades devenidos en el negocio jurídico, en tanto basta la simple realización de la conducta indebida, independientemente de la culpa o dolo del agente para la imputación de las consecuencias jurídicas del caso, consecuencia necesaria de la situación jurídica de mercado de los *anunciantes.* Lo dicho importa un corrimiento de la norma de cierre en materia de responsabilidad civil (art. 1721, *in fine,* Cód. Civ. y Com.), de tiente subjetivo, hacia una *objetividad* propia del comportamiento de los oferentes en el *mercado.*

Concordantemente, para que la *expectativa legítima* derivada de la actividad publicitaria pueda ser sancionada, debe ser susceptible de violar la *confianza* creada (conf. art. 1067), es decir, ambos términos se encuentran interrelacionados. Parecería que un método cognoscitivo adecuado sería la dilucidación de la existencia de *incoherencia* con el "deber de información"; a lo dicho se deben sumar las violaciones a las garantías primarias antes aludidas, susceptibles de provocar un daño en el competidor (competencia desleal) o en el destinatario o público del mensaje publicitario (v.gr., seguridad, dignidad, intimidad, etc.), propiedades que coadyuvaran a la identificación de la esfera de lo "no decidible" o contrario al orden público propio en la materia, o *a contrario sensu*, de la *libertad* o autonomía de los jugadores del mercado.

(35) FERRAJOLI, L., ob. cit., p. 192.

## VII. Conclusión

Como corolario se sostienen aquí la inidoneidad en materia publicitaria, del distingo entre *dolus malus* o *bonus* como factor de atribución de responsabilidad, dada la *objetividad* que recibe la imputación en la materia, siendo suficiente con la existencia de una publicidad contraria a las *prohibiciones* arriba destacadas (para lo cual es muy importante definir en el caso la dimensión y características del deber de información, respecto del cual la publicidad debe mantener coherencia); no obstante y efectivamente, esto del *dolus bonus* o *malus* podría ser un indicador de gran importancia en la cuantificación de los daños resarcitorios y punitivos, denotando la necesidad de fortalecimiento de las sanciones en los supuestos de prácticas abusivas propias de jugadores inescrupulosos, sin soslayarse que los cánones de tolerancia, en materia de publicidad, con respecto a las propiedades de adecuada, detallada y clara, deberían encontrar una intensidad o rigurosidad muy distante con respecto a la *información.*

# JURISPRUDENCIA

## BENEFICIO DE JUSTICIA GRATUITA

**Derechos del consumidor. Interpretación de la cláusula constitucional y su reglamentación. Costas del proceso.**

1. — Una razonable interpretación armónica de los arts. 53 y 55 de la ley 24.240 (con las modificaciones introducidas por la ley 26.361) permite sostener que el Congreso Nacional ha tenido la voluntad de eximir a quienes inician una acción en los términos de la Ley de Defensa del Consumidor del pago de las costas del proceso, en tanto la norma no requiere a quien demanda en el marco de sus prescripciones la demostración de una situación de pobreza para otorgar el beneficio, sino que se lo concede automáticamente y solo en determinados supuestos, esto es en acciones iniciadas en defensa de intereses individuales, se admite que la contraparte acredite la solvencia del actor para hacer cesar la eximición.

2. — Al brindar la ley de defensa del consumidor a la demandada —en ciertos casos— la posibilidad de probar la solvencia del actor para hacer caer el beneficio, queda claro que la eximición prevista incluye a las costas del proceso pues, de no ser así, no se advierte cuál sería el interés que podría invocar el demandado para perseguir la pérdida del beneficio de su contraparte.

3. — La voluntad expresada por los legisladores en el debate parlamentario que precedió a la sanción de la ley 26.361, demuestra la intención de liberar al actor de los procesos de defensa del consumidor de todos sus costos y costas, estableciendo un paralelismo entre su situación y la de quien goza del beneficio de litigar sin gastos.

**CS, 14/10/2021. - ADDUC y otros c. AySA SA y otro s/ proceso de conocimiento.**

**[Cita on line: AR/JUR/159295/2021]**

### COSTAS

A la demandada vencida.

CAF 017990/2012/1/RH001

Suprema Corte:

-I-

La Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal declaró desierto el recurso interpuesto por las asociaciones de consumidores accionantes y, en consecuencia, confirmó la decisión de primera instancia que había declarado la caducidad de la instancia (fs. 493).

El tribunal entendió que la expresión de agravios no contenía un análisis serio, concreto y crítico de la resolución recurrida tal como exige el artículo 265 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Al respecto, señaló que el recurso reproducía en forma textual el contenido de la contestación del acuse de caducidad de instancia.

Por ello, concluyó que las asociaciones accionantes no se habían hecho cargo ni refutaron el análisis y las conclusiones arribadas en la sentencia que consideró -de manera fundada y correcta- que había transcurrido el plazo legal sin que mediare impulso de la instancia por parte de los interesados.

-II-

Contra dicha decisión Consumidores Libres Cooperativa Limitada de Provisión de Servicios de Acción Comunitaria, Unión de Usuarios y Consumidores y Asociación de Defensa de Derechos de Usuarios y Consumidores interpusieron recurso extraordinario, cuya denegación dio lugar a la presentación de la queja bajo estudio (fs. 500/508 y 524).

Los recurrentes plantean la existencia de cuestión federal con fundamento en que el pronunciamiento vulnera los derechos previstos en los artículos 17, 18, 31, 42 y 43 de la Constitución Nacional y en el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Asimismo, invocan la existencia de gravedad institucional.

En lo sustancial, se agravian porque consideran que la sentencia recurrida rechaza la aplicación del artículo 52 in fine de la ley 24.240 de Defensa del Consumidor que establece que la acción promovida por una asociación de consumidores que es desistida o abandonada debe ser continuada por el Ministerio Público Fiscal.

Por otro lado, sostienen que resulta jurídicamente imposible adoptar una decisión que pone fin al proceso en una acción colectiva incoada por asociaciones que persiguen la defensa del consumidor, pues la perención de instancia en este tipo de procesos es contradictoria e incompatible con las disposiciones del artículo 52 de la ley 24.240.

Destacan que, según esa norma, ante el abandono de la acción el único remedio es solicitar el apartamiento de la actora, lo que no fue peticionado en el presente caso. Enfatizan que esa interpretación del artículo 52 de la ley 24.240 resguarda el interés colectivo afectado, tanto en el caso de un supuesto aban-

dono como de un desistimiento. Concluyen que la ley 24.240 tiene primacía por sobre los artículos 310 a 318 del Código Procesal Civil y Comercial puesto que se trata de una ley reglamentaria del artículo 42 de la Constitución Nacional.

Finalmente, consideran que la imposición de las costas a las asociaciones actoras es contraria a las previsiones del artículo 55 de la ley 24.240 y a lo resuelto por la Corte Suprema en el precedente U. LO. LIX "Unión de Usuarios y Consumidores c/ Nuevo Banco de Entre Ríos SA si ordinario", sentencia del 30 de diciembre de 2014. Señalan que el artículo 55 de la ley citada determina que el beneficio de gratuidad tiene el mismo alcance que el beneficio de litigar sin gastos.

-III-

De acuerdo a la doctrina de la Corte Suprema las resoluciones que declaran desierto un recurso ante el tribunal de alzada no son, debido a su naturaleza fáctica y procesal, impugnables por la vía del artículo 14 de la ley 48, salvo que lo decidido revele un exceso ritual susceptible de frustrar la garantía de la defensa en juicio (Fallos: 329:997, 5528; 330:3582, entre otros).

Sobre la base de tal criterio, en mi opinión no concurren los supuestos de excepción que permiten revisar la sentencia apelada.

Las asociaciones recurrentes no han demostrado arbitrariedad en el razonamiento de la cámara que concluyó que no llevaron ante esa instancia agravios concretos y razonados de las partes de la sentencia de primera instancia que consideraban equivocadas. En efecto, el recurso no contenía un cuestionamiento a los argumentos medulares de la sentencia apelada sino, más bien, una reiteración de los planteados al responder el pedido de caducidad.

Sin perjuicio de la improcedencia del recurso de queja en ese aspecto, considero pertinente señalar que en autos se le ha dado intervención al Ministerio Público Fiscal en los términos de artículo 52 de la ley 24.240 (fs. 432 y 442). En efecto, la fiscal interviniente evaluó las circunstancias del caso y concluyó que no correspondía que este Ministerio Público continuara la acción. A su entender, la demanda perseguía la reparación de intereses individuales y propios de cada uno de los presuntos afectados y no derechos de incidencia colectiva referidos a bienes colectivos o individuales homogéneos.

Cabe recordar que el representante del Ministerio Público goza, para la determinación de los alcances y modalidades del dictamen requerido, de una plena independencia funcional respecto del tribunal ante el que actúa (Fallos: 315:2255), y más aún respecto de una de las partes del proceso que no podría exigir su participación en un sentido determinado. En consecuencia, la participación de este Ministerio Público en el proceso ya fue suscitada, sin que se le pueda imponer el sentido de su opinión.

Por último, advierto que la clase de consumidores cuya representación asumieron las accionantes en la presente causa no se halla desprotegida -ya sea como resultado del decreto de caducidad o de la manifestación del Ministerio Público de no asumir la titularidad activa- en tanto la acción en su defensa continúa en el marco de los autos "Proconsumer el AYSA S.A. sI proceso de conocimiento", al cual acceden estas actuaciones en los términos del artículo 194 in fine del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (fs. 246).

-IV-

En cuanto al agravio relativo a la imposición de costas, dicha objeción remite al estudio de cuestiones fácticas y procesales, propias de los jueces de la causa y ajenas, en principio, a la vía del artículo 14 de la ley 48. Sin embargo, cabe precisar que en reiteradas ocasiones la Corte Suprema ha hecho excepción a esa regla cuando el pronunciamiento contiene sólo una fundamentación aparente, prescinde de circunstancias relevantes del proceso, o no satisface la exigencia de validez de las decisiones que impone siempre la aplicación razonada del derecho vigente con adecuada referencia a los hechos comprobados en la causa (Fallos: 316:224; 330:4903; 335:353, entre otros).

Opino que esa situación excepcional ocurre en el caso.

El artículo 55, último párrafo de la ley 24.240 otorga a las acciones judiciales iniciadas en defensa de los intereses de incidencia colectiva el beneficio de justicia gratuita. Asimismo, advierto que la ley 24.240, reglamentaria del artículo 42 de la Constitución Nacional, se caracteriza como una norma de orden público (artículo 65, ley 24.240).

Por su parte, la Corte Suprema entendió que no correspondía la imposición de costas en el marco de recursos llevados a su conocimiento en acciones que propenden a la protección de derechos de usuarios y consumidores (U. 66. XLVI, "Unión de Usuarios y Consumidores y otros el Banca Nazionale del Lavoro SA si sumarísimo", sentencia del 11 de octubre de 2011; Fallos: 335:1080; U. 10. XLIX, "Unión de Usuarios y Consumidores c/ Nuevo Banco de Entre Ríos SA s/ordinario", sentencia del 30 de diciembre de 2014; A. 566. XLVIII, "Asociación Protección Consumidores del Mercado Común del Sur cl Loma Negra Cía. Industrial Argentina SA y otros", sentencia del 10 de febrero de 2015; P. 443. XLVII, "Padec Prevención Asesoramiento y Defensa del Consumidor cl Cablevisión

SA si cumplimiento de contrato", sentencia del 22 de diciembre de 2015).

A mayor abundamiento, en el precedente COM 039060/2011/1/RH001 "Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Consumidores Financieros Asociación Civil pi su Defensa c/ Nación Seguros SA si ordinario" de fecha 24 de noviembre de 2015, señaló el máximo tribunal --en ocasión de resolver una petición relativa a la exención del depósito previsto por el artículo 286 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación- que " .. .la gratuidad del proceso judicial configura una prerrogativa reconocida al consumidor dada su condición de tal, con el objeto de facilitar su defensa cuando se trata de reclamos originados en la relación de consumo" (considerando 6).

Así las cosas, consideró que " ... el otorgamiento del beneficio no aparece condicionado por el resultado final del pleito, pues la norma lo prevé 'para todas las acciones iniciadas en defensa de intereses colectivos'" (considerando 7). Y concluyó que "una interpretación que pretenda restringir los alcances del precepto no solo desconocería la pauta interpretativa que desaconseja distinguir donde la ley no distingue (Fallos: 294:74; 304:226; 333:375) sino que conspiraría contra la efectiva concreción de las garantías constitucionales establecidas a favor de los consumidores -y de las asociaciones que pretendan proteger sus intereses- a fin de posibilitar el acceso a la jurisdicción en defensa de sus derechos".

En virtud de lo anterior, en mi modo de ver las asociaciones accionantes han acreditado que la sentencia recurrida no constituye una derivación razonada del derecho vigente con arreglo a las circunstancias del caso, por lo que debe ser dejada sin efecto en base a la doctrina de la arbitrariedad en lo que respecta a la imposición de costas.

-V-

Por esas razones, opino que corresponde admitir la queja y declarar procedente el recurso extraordinario con el alcance expuesto y, en consecuencia, mandar a que se dicte una nueva sentencia en lo relativo a la imposición de costas. Buenos Aires, abril de 2016. — *Víctor Abramovlch.*

Buenos Aires, 14 de octubre de 2021

*Considerando:*

1°) Que contra la sentencia de la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, que declaró desierto el recurso de apelación interpuesto por las asociaciones de consumidores actoras contra el pronunciamiento que había declarado la caducidad de la instancia judicial y les impuso las costas, dicha parte interpuso recurso extraordinario cuya denegación dio lugar a la presente queja.

Para así decidir, el a quo entendió que la expresión de agravios no contenía un análisis serio, razonado y crítico de la resolución recurrida tal como exige el artículo 265 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Al respecto, señaló que el recurso reproducía en forma textual el contenido de la contestación del acuse de caducidad de instancia planteado por su contraria. Por ello, concluyó en que las asociaciones actoras no se habían hecho cargo ni refutado el análisis y las conclusiones de la sentencia que había considerado transcurrido el plazo legal sin que mediare impulso de la instancia por parte de los interesados.

2°) Que en su recurso extraordinario la parte actora, constituida por "Consumidores Libres Cooperativa Limitada de Provisión de Servicios de Acción Comunitaria", "Unión de Usuarios y Consumidores" y "Asociación de Defensa de Derechos de Usuarios y Consumidores" (ADDUC), en lo sustancial se agravia, en primer término, porque considera que la sentencia recurrida rechaza la aplicación del artículo 52 in fine de la ley 24.240 de Defensa del Consumidor, que establece que la acción promovida por una asociación de consumidores que es desistida o abandonada debe ser continuada por el Ministerio Público Fiscal.

En segundo lugar, considera que la imposición de las costas a las asociaciones actoras es contraria a las previsiones del artículo 55 de la ley 24.240 y a lo resuelto por esta Corte en el precedente CSJ 10/2013 (49-U)/CS1 "Unión de Usuarios y Consumidores c/ Nuevo Banco de Entre Ríos S.A. s/ ordinario", sentencia del 30 de diciembre de 2014. Sostiene, en tal sentido, que el artículo 55 de la ley citada determina que el beneficio de gratuidad tiene el mismo alcance que el beneficio de litigar sin gastos.

3°) Que en relación con el primero de los agravios señalados, referido a la caducidad de la instancia cuyo debate ante el a quo concluyó en la declaración de deserción de la apelación de la actora, el recurso extraordinario, cuya denegación dio lugar a la queja en examen, es inadmisible (artículo 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

4°) Que, con respecto al agravio relativo a la imposición de costas, cabe advertir que este Tribunal ha sostenido en reiteradas ocasiones que, si bien dicha objeción remite al estudio de cuestiones fácticas y procesales, propias de los jueces de la causa y ajenas, en principio, a la vía del artículo 14 de la ley 48, corresponde hacer excepción a esa regla cuando el pronunciamiento contiene solo una fundamentación aparente, prescinde de circunstancias relevantes del proceso, o no satisface la exigencia de validez de las

decisiones que impone siempre la aplicación razonada del derecho vigente con adecuada referencia a los hechos comprobados en la causa (Fallos: 316:224 y 330:4903, entre muchos otros).

5°) Que, a fin de efectuar tal evaluación, corresponde recordar, en primer lugar, que el artículo 42 de la Constitución Nacional establece que "[l]os consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno".

Asimismo, asigna un rol fundamental en esta materia a las autoridades públicas, a quienes se designa como encargadas de proveer a la protección de estos derechos, y difiere a la reglamentación legal el establecimiento de "procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos".

Esta cláusula fue incorporada por la Convención Reformadora de 1994 en la primera parte de la Constitución Nacional, dentro del capítulo titulado "Nuevos Derechos y Garantías". La discusión y aprobación de la disposición de que se trata tuvo lugar -ante el dictamen de la Comisión de Redacción y la existencia de despachos de mayoría y de minoría dentro de la Comisión de Nuevos Derechos y Garantías- en el seno de la Convención en las reuniones 31 y 32 -3ª Sesión Ordinaria- que se desarrollaron los días 16 y 17 de agosto de 1994 (conf. www.hcdn.gov.ar, páginas 4168 y siguientes).

6°) Que de la consulta de los debates llevados a cabo en la Convención Constituyente con motivo de su consagración expresa surge que "el derecho del consumidor nace del reconocimiento de que es necesario restablecer el marco de equilibrio en la relación de consumo. Este marco de equilibrio desfavorable al consumidor y favorable al proveedor surge de una debilidad estructural por parte del consumidor (...)".

Junto a los derechos sustanciales expresamente incorporados al texto constitucional en esta materia fueron destacados "...los llamados derechos primarios, que prácticamente son anteriores al propio derecho del consumidor. Uno de ellos es el implícito derecho de libre acceso al consumo para toda la población y otro es la educación del consumidor".

Esta categorización de derechos -en opinión del miembro informante del dictamen de mayoría, convencional Irigoyen- sirve como finalidad de la política, por una parte, como marco teleológico para los poderes del Estado, por la otra, y además, como específica pauta hermenéutica para el Poder Judicial de la Nación.

En tal contexto, se propuso en el texto constitucional el necesario establecimiento de procedimientos eficaces para la prevención y solución de los conflictos que se puedan plantear. "Para ello brindaremos acceso gratuito a la justicia, asesoramiento previo e incorporamos la constitución de asociaciones de consumidores y usuarios para que puedan defender estos derechos" (página 4175 del debate citado).

Por su parte, la señora convencional por Buenos Aires, en su calidad de miembro informante de uno de los dictámenes de minoría (señora Pizzurno), consideró imperioso dotar a la nueva norma de efectivos canales de acceso a la Justicia, en el entendimiento de que de nada sirven todos los textos legales si no se proveen de los instrumentos eficaces para su materialización. En tal sentido, destacó que "[s]in una legitimación activa de todos los ciudadanos para solucionar los problemas que les atañe y, en particular, de las asociaciones (...) —para actuar en su representación y con un efecto erga omnes, asegurando la gratuidad del acceso a dichas vías jurisdiccionales— no podremos garantizar en modo alguno que los objetivos que nos fijamos con este nuevo texto tengan alguna posibilidad de llegar a buen puerto" (página 4180).

Finalmente, el convencional De la Rúa señaló que, desde una óptica procesal, la efectividad de los derechos de los consumidores exige la eliminación de los obstáculos para el acceso a la justicia, constituidos, entre otros, por la onerosidad de los procesos judiciales. En tal entorno, afirmó que la disposición referida, que se aprestaban a sancionar, establece la obligación de adoptar un sistema adecuado de protección fundado, además de otros factores, en la disminución de los costos judiciales. En esa oportunidad destacó que, si bien la ley 24.240 sancionada en 1993 lo había receptado, el veto presidencial neutralizó aspectos significativos establecidos originariamente por el legislador, tales como la gratuidad consagrada originalmente en el artículo 53. En tal sentido, y en relación a los fundamentos de dicho veto, señaló que una efectiva reducción de la litigiosidad basada en que solo la mitad de las personas afectadas se encuentran dispuestas a afrontar los costos de un proceso, menoscaba la garantía del acceso a la justicia (página 4416).

7°) Que respecto de la reglamentación legal de la cláusula constitucional examinada, corresponde recordar que en el segundo párrafo del artículo 55 de la ley 24.240 (con las modificaciones introducidas por la ley 26.361) se establece, en relación con las asociaciones de consumidores, que "[l]as acciones judiciales iniciadas en defensa de intereses de incidencia colectiva cuentan con el beneficio de justicia gratuita".

A los efectos de determinar el alcance que cabe asignar a la frase "justicia gratuita" empleada por el legislador, es importante reparar en que tales térmi-

nos también fueron incorporados en el párrafo final del artículo 53 de la misma ley, en el que se señala que "[l]as actuaciones judiciales que se inicien de conformidad con la presente ley en razón de un derecho o interés individual gozarán del beneficio de justicia gratuita. La parte demandada podrá acreditar la solvencia del consumidor mediante incidente, en cuyo caso cesará el beneficio".

8°) Que una razonable interpretación armónica de los artículos transcriptos permite sostener que, al sancionar la ley 26.361 -que introdujo modificaciones al texto de la ley 24.240-, el Congreso Nacional ha tenido la voluntad de eximir a quienes inician una acción en los términos de la Ley de Defensa del Consumidor del pago de las costas del proceso.

En efecto, la norma no requiere a quien demanda en el marco de sus prescripciones la demostración de una situación de pobreza para otorgar el beneficio, sino que se lo concede automáticamente. Solo en determinados supuestos, esto es en acciones iniciadas en defensa de intereses individuales, se admite que la contraparte acredite la solvencia del actor para hacer cesar la eximición. En este contexto, al brindarse a la demandada -en ciertos casos- la posibilidad de probar la solvencia del actor para hacer caer el beneficio, queda claro que la eximición prevista incluye a las costas del proceso pues, de no ser así, no se advierte cuál sería el interés que podría invocar el demandado para perseguir la pérdida del beneficio de su contraparte.

9°) Que, por lo demás, el criterio de interpretación expuesto coincide con la voluntad expresada por los legisladores en el debate parlamentario que precedió a la sanción de la ley 26.361, en el que se observa la intención de liberar al actor de este tipo de procesos de todos sus costos y costas, estableciendo un paralelismo entre su situación y la de quien goza del beneficio de litigar sin gastos. En efecto, en el informe que acompañó el proyecto de ley presentado ante la Cámara de Diputados por las comisiones de Defensa del Consumidor, de Comercio y de Justicia, en referencia al artículo 53 de la ley 24.240, se señaló que "se reinstala en la ley que nos ocupa el beneficio de justicia gratuita para todos los procesos iniciados en su mérito, que había sido oportunamente vetado al promulgarse la ley en 1993, estableciéndose empero la posibilidad de que la demandada alegue y demuestre la solvencia de la parte actora, haciendo cesar el beneficio. Todo ello en el entendimiento de que se coadyuva a garantizar así el acceso de los consumidores a la justicia, sin que su situación patrimonial desfavorable sea un obstáculo".

En igual documento, en referencia al artículo 55 de la Ley de Defensa del Consumidor, se sostuvo que "por similares razones a las expuestas al fundar la reforma al artículo 53, y aún mayores en consideración a que se acciona en defensa de los intereses colectivos, se propicia el beneficio de justicia gratuita en este tipo de causas. También teniendo en cuenta que cuando alguna autoridad pública o alguna defensoría del pueblo han actuado en procesos colectivos se los ha eximido de gastos por pertenecer al aparato del Estado, con lo que podría configurarse una indebida discriminación en contra del restante legitimado para incoar acciones colectivas, las asociaciones de consumidores, cuya genuina y eficiente representación de la sociedad civil en estos temas está convalidada con jerarquía constitucional en nuestro ordenamiento jurídico" (Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados de la Nación, 25° Reunión – 18° Sesión Ordinaria, agosto 9 de 2006, páginas 102 y 103).

En el mismo sentido, en cuanto al alcance que corresponde adjudicar a los términos aquí examinados, el diputado Pinedo planteó sus observaciones al proyecto por entender que extendía notable e inconvenientemente el carácter de consumidor y, por tanto, el ámbito de aplicación de la ley. Así, en relación a su artículo 53, señaló que "...una pequeña y mediana empresa al ser considerada consumidor, gozará del beneficio de litigar sin gastos, eventualmente aun contra sus proveedores, obligando a éstos a acreditar la solvencia de la compañía" (texto citado, página 114).

Por su parte, en oportunidad de debatirse el proyecto de ley en el Senado de la Nación, se señaló que con la incorporación del beneficio de justicia gratuita se pretendía remover los obstáculos que impedían a la mayoría de los usuarios y consumidores recurrir a la justicia "...para hacer valer la vulneración de un derecho, porque no están en condiciones de contratar los servicios de un profesional del Derecho ni de afrontar los gastos que demande una pretensión judicial en concreto" (senador Petcoff Naidenoff, "Antecedentes Parlamentarios Ley 26.361 - Defensa del Consumidor", Mayo 2008, Editorial La Ley, página 437). En igual sentido se expidió el senador Pichetto, quien sostuvo que "...Si este es un proyecto de ley de defensa del usuario, de los humildes, de los pobres y de los más débiles, el principio de gratuidad tiene que ser inherente a esta norma, si no para qué votar esta iniciativa..." ("Antecedentes Parlamentarios", página 438). Y en coincidencia con ello, el senador Morales afirmó que "...vamos a sancionar una norma que consolidará y reglamentará un derecho establecido en la Constitución, que es de orden público y de aplicación para los usuarios y consumidores de todo el país. Por consiguiente, considero que está bien establecer el principio de gratuidad, de acceso gratuito a la Justicia..." ("Antecedentes Parlamentarios", página 438).

Cabe destacar que si los legisladores descartaron la utilización del término "beneficio de litigar sin gastos" en la norma no fue porque pretendieran excluir de la eximición a las costas del juicio, sino para pre-

servar las autonomías provinciales en materia de tributos locales vinculados a los procesos judiciales. En este sentido, aparecen como esclarecedoras las exposiciones tanto de la senadora Escudero ("Antecedentes Parlamentarios", página 437) como las del senador Guinle, quien afirmó que "...esta es una ley de fondo, pero también es cierto que la tasa de justicia le corresponde ser percibida por los gobiernos provinciales. Entonces, como decía la senadora Escudero, lo pertinente es establecer el principio de gratuidad, porque corresponde en la ley de fondo (...)" ("Antecedentes Parlamentarios", página 438).

10) Que, en igual línea de razonamiento, esta Corte entendió que no correspondía la imposición de costas en el marco de los recursos traídos a su conocimiento en acciones que propenden a la protección de derechos de usuarios y consumidores (CSJ 66/2010 (46-U)/CS1 "Unión de Usuarios y Consumidores y otros c/ Banca Nazionale del Lavoro S.A. s/ sumarísimo", sentencia del 11 de octubre de 2011; Fallos: 335:1080; CSJ 10/2013 (49-U)/CS1 "Unión de Usuarios y Consumidores c/ Nuevo Banco de Entre Ríos S.A. s/ ordinario", sentencia del 30 de diciembre de 2014; Fallos: 338:40; CSJ 27/2013 (49-D)/CS1 "Damnificados Financieros Asociación para su Defensa c/ Bco. Patagonia Sudameris S.A. y otros s/ sumarísimo", sentencia del 7 de abril de 2015; CSJ 443/2011 (47-P)/CS1 "Padec Prevención Asesoramiento y Defensa del Consumidor c/ Cablevisión S.A. s/ cumplimiento de contrato", sentencia del 22 de diciembre de 2015, entre otros).

A mayor abundamiento, en el precedente "Consumidores Financieros Asociación Civil p/ su defensa c/ Nación Seguros S.A." (Fallos: 338:1344), este Tribunal señaló -en ocasión de resolver una petición relativa a la exención del depósito previsto en el artículo 286 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación- que "la efectiva vigencia de este mandato constitucional, que otorga una tutela preferencial a los consumidores [en referencia al art. 42 citado], requiere que la protección que la Constitución Nacional encomienda a las autoridades no quede circunscripta solo al reconocimiento de ciertos derechos y garantías sino que además asegure a los consumidores la posibilidad de obtener su eficaz defensa en las instancias judiciales" (considerando 4°). Y, en el mismo precedente, afirmó que "...la gratuidad del proceso judicial configura una prerrogativa reconocida al consumidor dada su condición de tal, con el objeto de facilitar su defensa cuando se trate de reclamos originados en la relación de consumo" (considerando 6°).

Así las cosas, allí se concluyó en que "una interpretación que pretenda restringir los alcances del precepto no solo desconocería la pauta interpretativa que desaconseja distinguir... donde la ley no distingue (Fallos: 294:74; 304:226; 333:375) sino que conspiraría contra la efectiva concreción de las garantías constitucionales establecidas a favor de los consumidores -y de las asociaciones que pretendan proteger sus intereses- a fin de posibilitar el acceso a la jurisdicción en defensa de sus derechos".

11) Que, en virtud de las consideraciones expuestas, corresponde concluir en que la sentencia recurrida no constituye una derivación razonada del derecho vigente con arreglo a las circunstancias del caso, por lo que debe ser dejada sin efecto en lo que respecta a la imposición de costas.

Por ello, y lo concordemente dictaminado por el señor Procurador Fiscal, se hace lugar parcialmente a la queja y, con igual alcance, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada en lo concerniente a la imposición de costas. Con costas de esta instancia a la demandada vencida (artículo 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por medio de quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo al presente. Agréguese la queja al principal, notifíquese y, oportunamente, devuélvase. — *Horacio Rosatti. — Carlos F. Rosenkrantz. — Juan Carlos Maqueda. — Elena I. Highton de Nolasco. — Ricardo L. Lorenzetti.*

## SENTENCIA *EXTRA PETITA*

**Tasa de interés por descubierto. Sentencia que resuelve sin que la actora haya hecho petición alguna.**

1. — Si la actora no reclamó en su demanda la fijación de un límite máximo para la tasa de interés en las operaciones cuestionadas al banco accionado —por descubierto no autorizado—, el tope establecido por la cámara de apelaciones implicó resolver *extra petita*, pues concedió algo distinto a lo peticionado, que no fue objeto de la demanda y que, en consecuencia, resulta ajena a la relación jurídico-procesal de la causa.

2. — Es arbitraria la sentencia recurrida toda vez que no hace mérito sobre la aplicación de tasas desproporcionadamente elevadas —por descubierto no autorizado—, exhibiendo falta de fundamentación para concluir en la fijación de un límite máximo para la tasa de interés cobrada por el banco mediante una afirmación dogmática.

3. — El planteo relativo a la imposición de un tope para la tasa de interés a percibir por el banco por descubierto no autorizado, suscita cues-

tión federal para su consideración por la vía extraordinaria, si se constata la afectación del principio de congruencia, pues aun cuando —en principio— la determinación de las cuestiones comprendidas en la litis es materia ajena a este ámbito, tal afirmación no constituye óbice para la apertura del recurso cuando con menoscabo de garantías que cuentan con amparo constitucional, el tribunal ha excedido los límites de su jurisdicción.

**CS, 02/09/2021. - Consumidores Financieros Asoc. Civil para su Defensa c. Banco de San Juan SA s/ ordinario.**

**[Cita on line: AR/JUR/134490/2021]**

COM 056570/2008/1/RH001

Buenos Aires, septiembre 2 de 2021

*Considerando:*

1º) Que contra la sentencia de la Sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial que, al revocar parcialmente la de la instancia anterior, admitió –parcialmente- la acción, la parte demandada dedujo recurso extraordinario que, al ser denegado, motivó la presente queja.

2º) Que la sentencia recurrida condenó al banco demandado a: (i) cesar para el futuro en el cobro de sumas en concepto de "comisión por sobregiro", tanto para clientes que tengan autorización para el descubierto como para los que no cuenten con él, en la medida en que esa comisión se superponga con el cobro de un interés por ese descubierto. El fallo estableció asimismo que los intereses, a todo evento, no deben exceder -como tope- la tasa cobrada por el Banco de la Nación Argentina por descubiertos bancarios generados por adelantos transitorios de fondos, según el criterio fijado en un precedente de esa cámara; y, (ii) devolver las sumas indebidamente cobradas en concepto de dicha comisión, respecto de los clientes pertenecientes a la sucursal Buenos Aires en los últimos tres años previos a la interposición de la demanda.

3º) Que la recurrente tacha de arbitraria la sentencia.

Para ello, argumenta que el cobro de una comisión por "sobregiro" no está prohibida por la autoridad de aplicación. Asimismo, señala que al fijar un tope a la tasa de interés por descubierto, los jueces de la cámara han soslayado la función específica que le corresponde al Banco Central de la República Argentina, toda vez que se han arrogado el ejercicio de facultades administrativas que le corresponden a ese organismo. En tal sentido, la apelante subraya que, según las normas de la autoridad monetaria, las partes pueden concertar libremente las tasas de interés; razón por la cual, concluye que el tope fijado en la sentencia es abusivo, infundado, contrario a las normas que regulan la actividad y violatorio del principio de división de poderes.

4º) Que en cuanto a los agravios vertidos en relación con el cobro de la comisión por exceso en el límite autorizado por la entidad, o bien cuando el cliente cuentacorrentista gira en descubierto sin tener acuerdo para ello, el remedio federal es inadmisible (artículo 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

5º) Que, en cambio, el planteo de la recurrente relativo a la imposición de un tope para la tasa de interés a percibir por el banco por descubierto no autorizado, suscita cuestión federal para su consideración por la vía intentada.

En efecto, en relación con ese tópico, se constata la afectación del principio de congruencia, que suscita cuestión federal para su consideración, aun cuando –en principio- la determinación de las cuestiones comprendidas en la litis es materia ajena a este ámbito excepcional. Tal afirmación del principio no constituye óbice para la apertura del recurso cuando, como ocurre en esta causa, con menoscabo de garantías que cuentan con amparo constitucional, el tribunal ha excedido los límites de su jurisdicción.

6º) Que esta Corte ha resuelto en reiteradas oportunidades que la jurisdicción de las cámaras está limitada por los términos en que quedó trabada la relación procesal y el alcance de los recursos concedidos, que determinan el ámbito de su facultad decisoria, y que la prescindencia de tal limitación infringe el principio de congruencia que se sustenta en los artículos 17 y 18 de la Constitución Nacional (Fallos: 301:925; 304:355; 338:552, entre muchos otros).

7º) Que la actora no reclamó en su escrito inaugural, donde estableció el contenido material de la pretensión, la fijación de un límite máximo para la tasa de interés en las operaciones cuestionadas.

En tales condiciones, el tope establecido por la cámara de apelaciones implicó resolver extra petita, pues concedió algo distinto a lo peticionado, que no fue objeto de la demanda y que, en consecuencia, resulta ajena a la relación jurídico-procesal de la causa.

8º) Que sobre tal base, asiste razón a la recurrente en cuanto afirma que la resolución apelada es arbitraria y, por ende, descalificable como acto jurisdiccional. Si bien es cierto que la interpretación y aplicación de las normas de derecho común y procesal constituyen, por regla, facultad de los jueces de la causa y no son susceptibles de revisión en la instancia extraordinaria, tal principio, sin embargo, no es óbice para

que el Tribunal conozca en los casos cuyas particularidades hacen excepción a él con base en la doctrina de la arbitrariedad, toda vez que con esta se tiende a resguardar la garantía de la defensa en juicio y el debido proceso, al exigir que las sentencias sean fundadas y constituyan una derivación razonada del derecho vigente, con aplicación a las circunstancias comprobadas de la causa (Fallos: 297:100; 311:948; 315:1574; 316:1141; 324:2542 y 330:4454, entre muchos otros).

9º) Que la tacha también se configura por cuanto la sentencia recurrida no hace mérito sobre la aplicación de tasas desproporcionadamente elevadas.

Tal omisión, exhibe la falta de fundamentación para concluir en la fijación –con los efectos expansivos propios de esta clase de juicios- de un límite máximo para la tasa de interés cobrada por el banco; conclusión que, de tal forma, se apoya en una afirmación dogmática.

10) Que, por lo demás, el fallo de la misma cámara citado como precedente para fundar la limitación de intereses, en el cual se analizó la procedencia de la acción por arreglo y rectificación de la cuenta corriente bancaria, no modifica la conclusión antecedente, toda vez que refiere a un supuesto fáctico diverso al de estas actuaciones, sin que los jueces hubiesen explicitado la pertinencia para aplicar –analógicamente- el parámetro de tasa establecido en ese fallo anterior.

11) Que, en tales condiciones, lo resuelto por la cámara afecta de modo directo e inmediato el derecho al debido proceso adjetivo (artículo 18 de la Constitución Nacional), por lo que corresponde su descalificación como acto jurisdiccional en los términos de la doctrina de esta Corte sobre arbitrariedad de sentencias, a fin de que los planteos sean nuevamente considerados y decididos mediante un fallo constitucionalmente sostenible (Fallos: 336:421, entre otros).

Por ello se hace lugar parcialmente a la queja y al recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada con el alcance indicado en la presente. Vuelvan los autos al tribunal de origen para que, por quien corresponda, se dicte un nuevo fallo con arreglo al presente. Agréguese la queja al principal y reintégrese el depósito de fs. 2. Notifíquese y, oportunamente, remítase. *— Elena I. Highton de Nolasco. — Juan Carlos Maqueda. — Ricardo L. Lorenzetti. — Horacio Rosatti.*

# CONTRATOS

# Doctrina

# La necesidad de integrar la ejecución prendaria con el contrato de plan de ahorro y la primacía del orden público

Martín D. Petasne (*)

**Sumario:** I. Introducción.— II. Analogía con el llamado pagaré de consumo.— III. El necesario control impuesto por el orden público.— IV. Conclusión.

## I. Introducción

Hoy en día, las ejecuciones prendarias son llevadas adelante, casi mayoritariamente, con total prescindencia del sistema protectorio de los consumidores.

A ello se suma que, como título de tal ejecución, junto con el contrato prendario, solo se exige esgrimir una certificación contable, la cual detalla una deuda, pero no asegura que realmente ella exista o justa, sino que simplemente resulta ser una verificación de los asientos y libros contables puestos a su disposición del contador y la revisión de los cálculos efectuados previamente por la propia ejecutante.

Ambas situaciones ocurren como consecuencia de ser el certificado de prenda un título incausado.

A nuestro modo de ver, esta cuestión exige una revisión a los efectos de determinar si esta práctica naturalizada en los tribunales resulta ajustada al marco normativo protectorio del consumidor que se encuentra vigente, y en especial a los principios de integración normativa y de orden público.

(*) Abogado UMSA, orientación en Derecho Privado (2001); certificado internacional en Ética y Compliance AAEC/IFCA; diplomando en Derecho del Consumidor (Universidad de Mendoza).

## II. Analogía con el llamado pagaré de consumo

No caben dudas de que contratar un plan de ahorro no resulta en sí mismo contratar un crédito ni una financiación en sentido estricto. Si se quiere, se asemejaría más a un caso de autofinanciación colectiva. Sin embargo, lo que indudablemente un plan de ahorro sí resulta ser es una operación económica compleja que se asemeja en algunos aspectos a una operación financiera, por cuanto existen muchas variables de ese estilo que resultan aplicables, como, por ejemplo, la necesidad de considerar el impacto del cíclico proceso inflacionario argentino que afectará dicho plan de ahorro y las cuotas a devengar, el modo de cálculo de los gastos administrativos, el impacto de los llamados diferimientos o la posibilidad y conveniencia de optar por cancelaciones a cuota pura, los intereses moratorios y punitorios aplicables en caso de atrasos en los pagos, el derecho de suscripción prorrateado, entre otros.

A esto cabe agregar que los planes tienen dos etapas bien diferenciadas. La primera, que transcurre desde la contratación del plan hasta la adjudicación, que llamaremos etapa de ahorro, y en la cual quien lo ha contratado esencialmente cancela capital, beneficiándose en la proporción de cancelación que realice en esta etapa ante un eventual aumento de valor

del bien. La segunda etapa, que inicia a partir del momento en que se adjudique el bien y que llamaremos "etapa de préstamo". En esta etapa, el contrato podría incluso sufrir una mutación en alguna modalidad crediticia, en la que hasta podrían ser incorporados terceros prestamistas. Esto podría no ocurrir, pero lo que en todo caso sí ocurrirá será la constitución de una prenda sobre el rodado a través del respectivo contrato de prenda con registro. En casos de ausencia de incorporación de algún medio de financiación por crédito, la prenda se establecerá al solo efecto de la formalización e inscripción de ese contrato, toda vez que la deuda comprometida corresponderá a la prevista en el plan de ahorro.

Es entonces que como consecuencia de que las administradoras de planes de ahorro, a partir de la entrega del automotor, recurren a la prenda como forma de garantizar la deuda existente, que la situación se asimila con la problemática que se viene analizando en la jurisprudencia sobre los llamados pagarés de consumo, por cuanto el pagaré resulta ser un título (cambiario) ejecutivo incausado comparable con el carácter de título ejecutivo que posee el certificado de prenda con registro reconocido en el art. 26 del dec.-ley 15.348/1946, ratificado por la ley 12.962 y sus modificatorias (t.o. dec. 897/1995).

Si bien la prenda posee una naturaleza jurídica distinta al pagaré, que solo reviste el carácter de mero instrumento, ello no quita la similitud de los efectos que ambos poseen como títulos ejecutivos, conexos y derivados de relaciones de consumo.

El contrato de prenda que se instrumenta sobre un documento preimpreso de cláusulas predispuestas, y que incluso suele consignar que se trata de una garantía de un préstamo en dinero, será necesariamente conexo al plan de ahorro y, a la vez, se verá complementado por aquel, ya que, en lo correspondiente al monto de deuda, usualmente hace remisión a lo acordado en la solicitud de suscripción y condiciones del plan de ahorro.

La relación entre la solicitud de suscripción y el contrato de prenda llega al punto de que además comúnmente estas solicitudes de suscripción contienen previsiones futuras sobre el contrato de prenda a suscribirse, las obligaciones que allí deberán consignarse, las modalidades y las obligaciones de las partes a su respecto, entre otros.

Lo mismo ocurre con el pagaré, que guarda íntima relación y es suscripto como derivación de un préstamo o crédito de consumo.

En referencia a lo que sucede entre el contrato de prenda y el plan de ahorro, podemos decir que la situación jurídica de conexidad contractual verificada está expresamente prevista en el régimen del Código Civil y Comercial, donde se busca evitar un ejercicio abusivo de derechos contra el consumidor, quien evidentemente, y como habitualmente ocurre, se verá muy limitado en la autonomía de su voluntad para fijar alguna condición en los contratos a celebrarse. De esa forma, el sistema otorga herramientas para interpretar y resolver las cuestiones que se susciten y para prever las disvaliosas consecuencias de la abusividad, otorgando a los jueces facultades para hacer cesar esas consecuencias abusivas de la situación jurídica. (arts. 1073 y ss., Cód. Civ. y Com.).

Se ha dicho que se está ante el fenómeno de la conexidad contractual cuando varios sujetos celebran dos o más contratos distintos que presentan una estrecha vinculación funcional entre sí por razón de su propia naturaleza o de la finalidad global que los informa, vinculación que es o puede ser jurídicamente relevante **(1)**.

En las XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, llevadas a cabo en Santa Fe, del 23 al 25 de septiembre de 1999, se llegó al acuerdo de que "habrá contratos conexos cuando para la realización de un negocio único, se celebran, entre las mismas partes o partes diferentes, una pluralidad de contratos autónomos, vinculados entre sí, a través de una finalidad económica supracontractual. Dicha finalidad puede verificarse jurídicamente, en la causa subjetiva u objetiva, en el consentimiento, en el objeto, o en las bases del negocio".

La conexidad estará presente cuando, celebrados varios contratos, no puedan ser considerados como absolutamente independientes, por su naturaleza, su estructura, o bien por su fina-

(1) LÓPEZ FRÍAS, Ana, "Los contratos conexos. Estudio de supuestos concretos y ensayo de una construcción doctrinal", Ed. Bosch, Barcelona, 1994, p. 273.

lidad económica en común, que queda en evidencia en los efectos resultantes para las partes ante, por ejemplo, la declaración de ineficacia de uno de ellos **(2)**.

En consecuencia, el contrato de prenda, que servirá como título ejecutivo no podrá escindirse del contrato de suscripción del plan de ahorro, y de cualquier otro contrato que a los mismos fines se hubieran celebrado entre las mismas partes, o partes diferentes (bancos, seguros, etc.) bajo pena de afectar el orden público consumeril.

Concluido ello, entendemos que la complejidad de la estructura jurídica y económica que se presenta en el negocio de los planes de ahorro, donde el consumidor no asume simplemente el pago de una cuota, sino que puede llegar a ser objeto de una ejecución judicial que podría afectar su patrimonio más allá del valor del rodado adquirido, justifica la plena aplicación a la situación en análisis del art. 36 de la LDC, al igual de lo que ocurre en el caso del pagaré de consumo.

Recordemos el art. 36 de la LDC, que establece que "[e]n las operaciones financieras para consumo y en las de crédito para el consumo deberá consignarse de modo claro al consumidor o usuario, bajo pena de nulidad:

"a) La descripción del bien o servicio objeto de la compra o contratación, para los casos de adquisición de bienes o servicios;

"b) El precio al contado, solo para los casos de operaciones de crédito para adquisición de bienes o servicios;

"c) El importe a desembolsar inicialmente —de existir— y el monto financiado;

"d) La tasa de interés efectiva anual;

"e) El total de los intereses a pagar o el costo financiero total;

"f) El sistema de amortización del capital y cancelación de los intereses;

"g) La cantidad, periodicidad y monto de los pagos a realizar;

"h) Los gastos extras, seguros o adicionales, si los hubiere.

"Cuando el proveedor omitiera incluir alguno de estos datos en el documento que corresponda, el consumidor tendrá derecho a demandar la nulidad del contrato o de una o más cláusulas. Cuando el juez declare la nulidad parcial simultáneamente integrará el contrato, si ello fuera necesario.

"En las operaciones financieras para consumo y en las de crédito para consumo deberá consignarse la tasa de interés efectiva anual. Su omisión determinará que la obligación del tomador de abonar intereses sea ajustada a la tasa pasiva anual promedio del mercado difundida por el Banco Central de la República Argentina vigente a la fecha de celebración del contrato.

"La eficacia del contrato en el que se prevea que un tercero otorgue un crédito de financiación quedará condicionada a la efectiva obtención de este. En caso de no otorgamiento del crédito, la operación se resolverá sin costo alguno para el consumidor, debiendo en su caso restituírsele las sumas que, con carácter de entrega de contado, anticipo y gastos este hubiere efectuado.

"El Banco Central de la República Argentina adoptará las medidas conducentes para que las entidades sometidas a su jurisdicción cumplan, en las operaciones a que refiere el presente artículo, con lo indicado en la presente ley.

"Será competente para entender en el conocimiento de los litigios relativos a contratos regulados por el presente artículo, en los casos en que las acciones sean iniciadas por el consumidor o usuario, a elección de éste, el juez del lugar del consumo o uso, el del lugar de celebración del contrato, el del domicilio del consumidor o usuario, el del domicilio del demandado, o el de la citada en garantía.

"En los casos en que las acciones sean iniciadas por el proveedor o prestador, será competente el tribunal correspondiente al domicilio real del consumidor, siendo nulo cualquier pacto en contrario".

Lo trascendente de este artículo, entre otras cuestiones y en particular en lo que interesa a

(2) *Ibid.*, p. 276 y ss.

la cuestión en análisis, resulta que dispone una serie de requisitos informativos obligatorios que bajo pena de nulidad absoluta deben figurar en el contrato a fin de que el consumidor tome real y verdadero conocimiento de los riesgos del negocio jurídico a llevar adelante, además claro de fijar las pautas para establecer la competencia judicial.

La especial relevancia del art. 36 de la LDC reside en su función preventiva, como medio para combatir la vigente temática del sobreendeudamiento del consumidor. Constituye la herramienta especialmente seleccionada desde el ámbito legislativo como medida de política económica. Y dicha solución se corresponde precisamente con la génesis del derecho del consumo que se erigió a partir de la necesidad de superar situaciones de desequilibrio que trajeron aparejadas la globalización, la masificación de los productos de consumo y la provisión de servicios, entre otras circunstancias más profundas que son muy bien analizadas desde la óptica de la sociología **(3)**.

Es así que las disposiciones que tienen por fin la protección de los derechos de los consumidores regulan amplia y detalladamente el acceso al crédito y la información que debe proveerse al deudor. Puntualmente, el ámbito de aplicación del nuevo texto del citado art. 36 de la LDC (t.o. ley 26.361) es más dilatado que el del reemplazado y ello resulta indicativo de la trascendencia que el legislador quiso dar a la solución que diseñó **(4)**.

La justificación de la necesidad de integración en los términos de tal artículo resulta ser también consecuencia lógica del deber de información. La RG IGJ 26/2004 (hoy reemplazada por la RG 8/2015) sobre Sistemas de Capitalización y ahorro para fines determinados, refería que el contrato de ahorro comporta, en la generalidad de los casos, relaciones de consumo. En consecuencia, es una derivación lógica incluir un régimen informativo y de publicidad adecuado que regule una operatoria tan compleja como resulta ser un plan de ahorro, de forma que se satisfaga el derecho de los adherentes a contar con información veraz, oportuna y precisa.

Esta cuestión cobra vital importancia ya que por el principio de integración normativa previsto por el art. 3º de la LDC y en atención a lo establecido en el art. 30, inc. 6º, del dec.-ley 15.348/1946, en el trámite de ejecución prendaria es posible oponer la nulidad del contrato de prenda como excepción, y de esa forma, la nulidad, entre otras causas, podría justificarse en un incumplimiento a lo exigido por el mentado art. 36 de la LDC, tanto en el contrato de prenda, como en cualquier otro contrato conexo que se haya celebrado con causa en la relación de consumo en particular.

Por ello, la aplicación de este artículo a la cuestión resulta una derivación lógica y necesaria de la integración normativa y de la primacía del orden público.

### III. El necesario control impuesto por el orden público

Entendemos entonces que todas las normas mencionadas y aquellas que conforman el llamado microsistema consumeril son aplicables en las ejecuciones prendarias por tratarse de normas protectorias del consumidor destinadas no solo a prevenir un posible abuso del derecho contra él, sino para evitar el "ejercicio de varios derechos entrelazados por una estrategia diseñada por su titular, creando un contexto para desnaturalizar, obstaculizar o impedir el ejercicio de un derecho o una facultad de la otra parte" **(5)**.

La jurisprudencia viene sosteniendo que, como la LDC resulta ser de orden público como consecuencia de lo que establece el art. 65, sus normas resultarían de aplicación imperativa y obligatoria, incluso en los juicios ejecutivos, aun cuando sus disposiciones pudieran considerarse en contradicción a la legislación sustancial y procesal vigente.

(3) BILBAO, Jorge L., "Inhabilidad del pagaré de consumo y un pronunciamiento que dará que hablar", LLBA, 2013 (agosto), 724, AR/DOC/2094/2013.

(4) CNCom., 29/06/2011, en pleno, "Autoconvocatoria a plenario s/ competencia del fuero comercial en los supuestos de ejecución de títulos cambiarios en que se invoquen involucrados derechos de consumidores", voto del Dr. Barreiro.

(5) LORENZETTI, Ricardo, "Código Civil y Comercial de la Nación comentado", t. I, p. 57.

El art. 65 de la LDC es una regla imprescindible para definir la ley aplicable y torcer la puja en favor de la Ley de Defensa del Consumidor **(6)**.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación precisó que el legislador, al disponer que sea de orden público, ha definido la ley como contenedora de un conjunto de principios de orden superior estrechamente vinculados con la existencia y la conservación de la organización social establecida y limitadora de la autonomía de la voluntad **(7)**.

Como la Ley de Defensa del Consumidor se autodeclara de orden público, sus normas son de aplicación imperativa incluso en los juicios ejecutivos, ya que han modificado implícitamente la legislación sustancial y procesal vigente **(8)**.

Sostiene Barocelli que la calificación de una norma por el legislador como de orden público trae aparejadas dos consecuencias: la irrenunciabilidad de los derechos que reconoce, es decir, la indisponibilidad de su contenido por las partes y la aplicabilidad de oficio por los jueces **(9)**.

A esta altura, sería justo que nos preguntaran cuál resulta ser el propósito práctico que perseguimos en este artículo.

Pues bien, la finalidad no es otra que justificar por qué la ejecución prendaria debe ser integrada con la solicitud de suscripción del plan de ahorro, sus condiciones generales y particulares, y todo otro contrato conexo que se hubiera celebrado, como también la obligación de dar cumplimiento a las disposiciones del art. 36 de la LDC, todo ello, en el convencimiento de que esta resulta ser la única solución que permitirá garantizar el ejercicio pleno del derecho de defensa del consumidor ejecutado.

Claro que hablar de un derecho de defensa pleno podría poner nerviosos a aquellos que defienden a capa y espada la total improcedencia de toda discusión de la causa de la obligación de los títulos ejecutivos, en el limitado margen de un proceso pensado a la medida del interés de un determinado sector.

Como todos sabemos, una de las características principales de la ejecución prendaria es la limitación de planteamiento de prueba referida a la causa de la obligación, dado que su trámite específico resulta diametralmente opuesto a los del proceso ordinario. Su sumariedad está dada por varias cuestiones: 1) el conocimiento del juez debe eventualmente circunscribirse al examen de un número limitado de defensas, ya que el juicio ejecutivo carece de actitud para el examen y solución total del conflicto y 2) su objeto no consiste en obtener un pronunciamiento judicial que declare la existencia o inexistencia de un derecho sustancial incierto, sino en lograr rápidamente la satisfacción de un crédito que la ley presume existente, en virtud de la peculiar modalidad que reviste el documento que lo comprueba **(10)**.

La jurisprudencia ha dicho al respecto que, en el juicio ejecutivo, el deudor no puede fundar la excepción de inhabilidad de título en una alegación que haga a la causa de la obligación y no a la perfección del documento en su exterioridad, único aspecto que puede ser objeto de examen a través de la excepción.

La CS ha sostenido que en el juicio ejecutivo no cabe un examen causal del título, atento al estrecho marco de conocimiento de aquel (art. 544, Cód. Proc. Civ. y Com.).

Sin embargo, sostener esta posición no podría aceptarse cuando el proceso ejecutivo se encuentra vinculado con una relación de consumo, porque en caso contrario se estaría violentado el derecho protectorio del consumidor

(6) SHINA, Fernando E., 06/04/2018, *www.saij.gob.ar*, DACF180077.

(7) ALFERILLO, Pascual E., "La función del juez en la aplicación de la ley de defensa del consumidor", LA LEY, 2009-D, 967; con cita del voto del Dr. Fayt en Fallos 316:2117.

(8) CNCom., sala E, 26/08/2009, "Compañía Financiera Argentina SA c. Castruccio, Juan Carlos", LA LEY, del 25/11/2009, 5; LA LEY, 2009-F, 709.

(9) BAROCELLI, "Orden público de consumo y garantía por vicios ocultos. Una mirada desde el Código Civil y Comercial", RCCyC, 2015-273.

(10) PALACIO, Lino E., "Derecho procesal civil", t. VII, ps. 331 y ss.; CNCiv., esta sala, c. 163.956 del 16/02/1995, c. 580.169 del 5/06/2011, c. 51.045/2013 del 06/02/2015, entre muchas otras.

ante la imposibilidad de analizar si los derechos que la ley 24.240, el Cód. Civ. y Com. y la CN reconocen al consumidor se encuentran debidamente resguardados.

Autorizar una ejecución prendaria sin considerar la relación de consumo que le dio origen resultaría una ventaja notoria e injustificada para el proveedor, en virtud de las características limitativas que emanan de las normativas procesales para tales procesos y que van en desmedro de las garantías otorgadas por el régimen consumeril.

Prueba de ello resultan ser los planteos cautelares que, no pocas veces, se intentan en los tribunales con el propósito de lograr medidas de no innovar sobre las ejecuciones prendarias hasta tanto se resuelvan planteos causados.

Creemos por todo lo hasta aquí expuesto que debería obligarse a integrar el certificado de prenda que sirve de título de ejecución prendaria no solo al contrato de suscripción del plan sino a todo contrato conexo suscripto, ello a fin de habilitar al consumidor afectado a oponer plenamente sus defensas, incluso si llegaran al límite de demandar la nulidad de alguno de los contratos o de una o más de sus cláusulas.

La fuerza operativa de los principios y las reglas del derecho tuitivo del consumo, en función de su carácter de orden público, desplazan cualquier norma en contrario **(11)**.

El apego a las normas "de fondo" y "de forma" que regulan los títulos de crédito —con sus notas características de literalidad, autonomía, abstracción y las consecuentes prerrogativas inherentes al ejercicio de las acciones cartulares respectivas (Legón, 1987)—, no puede operar en desmedro de los derechos fundamentales de consumidores y usuarios (art. 42, CN, cit.), los que, en virtud del empleo inconsulto —o, al menos, inevitable para el consumidor— de tales documentos, por parte de proveedores y prestadores, lesiona principios básicos del derecho del consumo, como son, p. ej., el *pro consumidor*, el de la "primacía de la realidad económica o negocial", o el de "buena fe-transparencia" **(12)**.

Frente a ello, si se estima configurada cualquier operación financiera para consumo y/o crédito para el consumo —el art. 36, LDC—, a través de cualquier instrumento o título ejecutivo —pagaré, cheque, letra hipotecaria, *leasing*, obligaciones negociables, hipoteca, prenda, entre otros— y este sea objeto de ejecución, la enunciada "relación jurídica" habilitará la aplicación de toda la preceptiva tuitiva de la legislación consumerista e impondrá que el juez la jerarquice por encima de las limitaciones que la legislación cambiaria o comercial —dirigida a agilizar el tráfico comercial— establece a la hora de impedir indagar en la causa-fuente de la obligación **(13)**. Por eso, la relación de consumo, más allá de que las partes puedan esgrimirla como defensa, en realidad es débito y materia a indagar por el sentenciante **(14)**.

La primacía del estatuto del consumidor por sobre las normas de forma del Código Procesal Civil y Comercial se funda en la necesaria armonización entre las normas procesales y sustanciales, y en la ya referida jerarquía constitucional de la Ley de Defensa del Consumidor **(15)**.

En conclusión, nos encontramos ante normativa de orden público, con base en el derecho constitucional que se estaría violando a favor de normas procesales.

Ello así, no como consecuencia de una interpretación abrogatoria de las normas procesales y propias de los títulos circulatorios, que serán de estricta aplicación a casos en que no se configure una relación de consumo, sino por virtud del respeto a la finalidad última de la LDC, que

(11) CONDOMÍ, Alfredo M., 03/09/2014, *www.infojus.gov.ar*, DACF140607.

(12) CONDOMÍ, Alfredo M., "Primeros pasos en el derecho del consumo. Segunda parte", 25/10/2013, *www.infojus.gov.ar*, DACF130328 y 19/12/2018, *www.saij.gob.ar*, DACF180272.

(13) CNCom., sala F, 07/03/2019, "Banco Hipotecario SA c. Zulpa, Roxana M. s/ ejecutivo", *elDial.com* AAB1C8.

(14) FALCO, Guillermo E. – GARZINO, María Constanza, "El juicio ejecutivo, las defensas causales y la ley de defensa al consumidor", LA LEY del 15/02/2011.

(15) CNCom., sala E, 26/08/2009, "Compañía Financiera Argentina SA c. Castruccio Juan Carlos s/ejecutivo", voto del Dr. Sala.

es restablecer el equilibrio negocial. Ello se evidencia con la sanción legal de nulidad que el art. 36 consagra **(16)**.

Además, las normas consumeriles por su especialidad resultan de aplicación preferente y deben considerarse modificatorias de la legislación sustancial y procesal cuando estas puedan interferir en lo que específicamente es objeto de tutela **(17)**.

De tal modo, entonces, la limitación procesal referida a la discusión de la causa origen de la obligación no puede devenir en un obstáculo para la aplicación de la normativa de la Ley de Defensa del Consumidor a una acción ejecutiva.

Impedir el análisis de la cuestión a tenor de las normas protectorias del régimen de derecho del consumidor resulta igual que afirmar que se elimina todo tipo de control por parte del consumidor sobre la deuda, ello para privilegiar un cobro veloz a favor del acreedor proveedor, sin importar los posibles abusos en los que se pudiera haber incurrido.

Si el proceso de ejecución debe su celeridad al mero hecho de que el deudor no puede invocar otras defensas que las que emanan de las formas extrínsecas del título, sin entrar a discutir la legitimidad de la causa (art. 544, inc. 4º, Cód. Proc. Civ. y Com.), es preferible, desde todo punto de vista, sacrificar esa celeridad en aras de la averiguación de la verdad jurídica objetiva y lograr, del juez interviniente, la obtención de la certeza positiva o negativa sobre el material fáctico en que las partes han fundado sus respectivas pretensiones, como reiteradamente lo ha resuelto nuestro más alto tribunal desde el célebre caso "Colalillo" (Fallos 238:550), mediante una doctrina que continúa plenamente vigente desde la fecha de su dictado, el 18/9/1957 **(18)**.

Por último, agregar, que si bien en este artículo nos referimos a supuestos donde la causa origen de la obligación del consumidor sea un plan de ahorro, entendemos que estas consideraciones también resultarían aplicables a compraventas directas de automotores, instrumentadas conjuntamente por contratos de mutuos o de financiación y garantizados con prendas. En ese caso, a la ejecución debería integrarse el contrato de compraventa y el de mutuo o financiación, sin importar la nominalidad o innominalidad contractual que se le hubiera dado al vínculo jurídico entre proveedor y consumidor.

**IV. Conclusión**

El derecho del consumidor, cimentado constitucionalmente y también incorporado al Código Civil y Comercial con el propósito de conformar un núcleo duro inmodificable, resulta normativa indisponible de orden público.

Su aplicación a toda contienda en la que sea parte un consumidor resulta ineludible, y el supuesto que hemos analizado en este artículo no es la excepción.

Una ejecución prendaria llevada adelante ignorando la relación de consumo habida entre el proveedor ejecutante y el consumidor ejecutado le impediría este último esgrimir defensas que cercenarían garantías, violarían derechos y omitirían la aplicación de principios, todos de orden público. Los daños ocasionados devendrían irreparables e injustificados, dado que no existe norma ritual alguna que pueda sostenerse para impedir los planteos procesales del consumidor en defensa de sus derechos.

La cuestión exige realizar un justo balance entre la finalidad social prevista para el trámite ejecutivo de las prendas y los derechos de orden público de los consumidores.

Existe aún mucho camino que recorrer ya que la jurisprudencia no resulta proclive a admitir el análisis que la normativa exige en procesos ejecutivos.

Será entonces tarea de todos los profesionales que ejercemos la profesión en forma liberal el continuar planteando estas defensas y recursos con fundamento en el ordenamiento consumeril que resulta de orden público y que impera en toda relación de consumo.

(16) Conf. voto del Dr. Barreiro en el fallo plenario "Autoconvocatoria", cit.

(17) Conforme al voto de los Dres. Monti y Tévez en el fallo plenario "Autoconvocatoria".

(18) NISSEN, Ricardo A., "Los títulos de crédito en la Argentina. Esplendor y decadencia. A propósito de un fallo ejemplar", ED del 27/02/2013.

# El contrato de agencia: su tratamiento en la legislación concursal

Augusto H. L. Arduino

**Sumario:** I. Introducción.— II. El contrato de agencia. Caracterización en el Código Civil y Comercial de la Nación.— III. Obligaciones del agente.— IV. Obligaciones del empresario.— V. Representación del agente.— VI. Remuneración.— VII. Plazo.— VIII. Compensación por clientela.— IX. Cláusula de no competencia.— X. El contrato de agencia: su tratamiento frente a la ley 24.522.— XI. Consideraciones finales.

## I. Introducción

Es objeto de este artículo es analizar al contrato de agencia frente a las disposiciones aplicables cuando opera el concurso preventivo de alguna de las partes o su declaración de quiebra.

Para ello comenzaremos exponiendo la caracterización jurídica del contrato tipificado por el Código Civil y Comercial de la Nación, para luego contraponerlo con las disposiciones de la legislación concursal.

## II. El contrato de agencia. Caracterización en el Código Civil y Comercial de la Nación

El art. 1479 señala que hay contrato de agencia cuando una parte, denominada agente, se obliga a promover negocios por cuenta de otra denominada preponente o empresario, de manera estable, continuada e independiente, sin que medie relación laboral alguna **(1)**, mediante una retribución **(2)**.

(1) Demostrada la condición de agente del accionante, esto es, que posee una organización distinta de la del comerciante de quien recibe los cargos, aunque al cumplir su función se sujete a instrucciones del empresario principal, corresponde concluir que el vínculo que unió a las partes fue un contrato de agencia regulado en los arts. 1479 a 1501 del Cod. Civ. y Com., en donde se destaca la nota de autonomía es te contrato, circunstancia que no permite encuadrar la situación en las normas imperativas del orden público laboral (del voto de la Dra. Barrientes) CCiv, Com., Lab., Min. y Familia con competencia en la II, III, IV y V. Circunscripción Judicial Neuquén, 15/09/2015, La Ley Patagonia 2016 (febrero) p. 81; RCCyC, 2016 (marzo) p. 277; DT 2016, mayo, p. 1055.

(2) Vítolo expresa que es claro que dentro de los mecanismos de distribución que los comerciantes y empresarios utilizan para colocar los bienes y servicios que producen en el mercado se destacan: i) El contrato de distribución, es decir, aquel por el cual, generalmente, un productor o industrial concierta el suministro al distribuidor, de uno o más productos determinados, asumiendo este último, entre el plexo de sus obligaciones, la de su colocación en el mercado, actuando en su nombre y su interés, dentro de las condiciones establecidas, y a través de su propia organización. ii) El contrato de agencia, caracterizado por el hecho de que un sujeto asume, en forma independiente y de manera estable, el encargo de promover o explotar negocios en un determinado ramo y dentro de una zona prefijada del territorio, como representante o agente de un empresario nacional o extranjero o como fabricante o distribuidor de uno o varios productos de aquel. iii) El contrato de concesión, es decir, aquel en el cual un comerciante o empresario tiene de un concedente el derecho de vender a título exclusivo los artículos o productos que aquel fabrica a su propio nombre y por propia cuenta, también como la convención que vincula a un proveedor con un número de comerciantes a los cuales reserva la venta de un producto que fabrica a condición de que satisfagan ciertas obligaciones. iv) El contrato de franquicia —conocido en su expresión inglesa como *franchising*—, el cual deriva de la expresión *franchise* (franquicia) y que se utiliza para identificar la modalidad contractual en la que el objeto del contrato es la entrega del productor al comercializador de un sistema, por el cual se instrumenta el montaje, puesta en marcha, servicio y atención de una cadena de locales iguales y pertenecientes a la misma marca, a cambio del pago de regalías; e incluye todos los componentes del proceso de comercialización, planeamiento, promoción y publici-

No se aplican las normas que tipifican al contrato de agencia en el Código Civil y Comercial de la Nación a los agentes de bolsa o de mercados de valores, de futuros y opciones o derivados; a los productores o agentes de seguros; a los agentes financieros, o cambiarios, a los agentes marítimos o aeronáuticos y a los demás grupos regidos por leyes especiales en cuanto a las operaciones que efectúen **(3)**.

En la regulación del Código Civil y Comercial de la Nación se califica al agente **(4)** como un intermediario independiente **(5)**, que no asume el riesgo de las operaciones ni representa al preponente debiendo el contrato instrumentarse por escrito **(6)**.

El agente —de acuerdo con el art. 1480 del Cód. Civ. y Com.— tiene derecho a la exclusividad **(7)** en el ramo de los negocios, en la zona geográfica, o respecto del grupo de personas, expresamente determinados en el contrato pudiendo el agente contratar sus servicios con varios empresarios.

Sin embargo, no puede aceptar operaciones del mismo ramo de negocios o en competencia con las de uno de sus proponentes, sin que este lo autorice expresamente.

El agente tiene vedado constituirse en garante **(8)** de la cobranza del comprador presentado

dad, compras, producción, ventas y permanente análisis de la competencia. v) Los contratos asociativos, que son formas o estructuras jurídicas bajo las cuales las partes pueden relacionarse para colaborar, o participar en un proyecto con comunidad de intereses que no sea una sociedad. VÍTOLO, Daniel R., "Apuntes sobre la regulación del contrato de agencia en el Código Civil y Comercial de la Nación". El Derecho - Diario, Tomo 269, 794.

(3) Marzorati señala que el contrato de agencia se diferencia de los llamados agentes de venta que incluye a los viajantes de comercio, en que estos últimos no son independientes, sino empleados de la empresa, que, si bien tienen carácter estable y actúan en forma continuada, solo toman pedidos, mientras que el agente comercial promueve las actividades confiadas por el empresario y eventualmente las concluye MARZORATI, Osvaldo J., "Comentario al contrato de agencia". El Derecho - Diario, Tomo 252, 469.

(4) Se ha considerado que, al referirse el artículo 1494 a la resolución del contrato, previendo la quiebra de cualquiera de las partes y la disolución de la persona jurídica que celebra el contrato, que no deriva de fusión o escisión, el agente puede ser tanto una persona física como jurídica. PINTO VARELA, Silvia E., "Contrato de agencia: su relación con el estatuto de viajante de comercio", Revista de Derecho Privado y Comunitario, 2017-3, Rubinzal-Culzoni, 2017, p. 117.

(5) El agente es un intermediario independiente que no asume el riesgo de las operaciones ni representa al preponente, sin que medie relación laboral. Aunque se ha considerado que ello es relativo pues, a modo de ejemplo, el artículo 1482 prevé que el agente pueda constituirse en garante de la cobranza del comprador hasta el importe de la comisión que se le pudo haber adelantado o cobrado, por la operación concluida por el principal PINTO VARELA, Silvia E., "Contrato de agencia: su relación con el estatuto de viajante de comercio", Revista de Derecho Privado y Comunitario, 2017-3, Rubinzal-Culzoni, 2017, p. 139.

(6) En el contrato de agencia, como en todo tipo de contratos de colaboración, existe una cierta subordinación vertical del agente respecto del comitente, en tanto ambos no se encuentran en un plano de igualdad. Sucede que en la generalidad de los casos, el agente nace o se desarrolla a causa del contrato que le une con el comitente, que es quien lo redacta y al que aquel debe o no adherir: se trata de un contrato de los llamados 'de adhesión' -instrumentación jurídica necesaria en el derecho moderno continente de cláusulas creadas o impuestas por el predisponente (impuestas, obviamente, no en el sentido de usar violencia el estipulante, sino con el significado de que al adherente no le queda otra opción que adherir o no contratar), bien que el acto reglamentario del que realiza la oferta no tiene validez alguna antes de la adhesión de la otra parte, con lo que, como en todo contrato, lo que genera la relación y debe presidir su interpretación es la voluntad común de las partes. CNCom., Sala D, 17/09/2020, "Betalux SA c. AMX Argentina S.A. s/ ordinario". Cita MJ-JU-M-128572-AR|MJJ128572|MJJ128572.

(7) La exclusividad tiene carácter supletorio en el contrato de agencia. CNCom., Sala: D, 29/10/2020, "Telecomunicaciones Prevea SRL c. Telmex Argentina SA s/ ordinario". Cita: MJ-JU-M-129340-AR|MJJ129340|MJJ129340.

(8) Marzorati señala: "Se trata de la comisión del *credere* prevista en el código italiano, en virtud de la cual el agente cobraba una comisión extra, pero garantizaba frente al principal con su patrimonio la solvencia del comprador. En otras palabras, el agente se constituía en deudor solidario de la deuda que contraía el comprador por el presentado frente a su principal y los términos de esta eran concluyentes, no pagado el crédito acordado al comprador, el principal debitaba la cuenta corriente —así se había pactado— del agente por el mismo importe y la acreditaba cuando el comprador la cancelaba tardíamente. El Proyecto de 1998 permitía al agente constituirse en garante del cliente presentado por pacto especial. No compartimos esa solución. Creemos que la solución del Proyecto tutela mejor al agente: el agente vive de su comisión, no tiene riesgos de inventario, solo los gastos de su organización que financia con los ingresos producto de las comisiones generadas. Tentarlo con una comisión extra que pone su patrimonio o crea contingencias que exceden largamente el importe de su comisión sumada a la comisión extra por su garantía pone en riesgo su actividad

al empresario, sino hasta el importe de la comisión que se le puede haber adelantado o cobrado, en virtud de la operación concluida por el principal.

**III. Obligaciones del agente**

Son obligaciones del agente:

a) velar por los intereses del empresario y actuar de buena fe en el ejercicio de sus actividades;

b) ocuparse con la diligencia de un buen hombre de negocios de la promoción y, en su caso, de la conclusión de los actos u operaciones que le encomendaron;

c) cumplir su cometido de conformidad con las instrucciones recibidas del empresario y transmitir a este toda la información de la que disponga relativa a su gestión;

d) informar al empresario, sin retraso, de todos los negocios tratados o concluidos y, en particular, lo relativo a la solvencia de los terceros con los que se proponen o se concluyen operaciones;

e) recibir en nombre del empresario las reclamaciones de terceros sobre defectos o vicios de calidad o cantidad de los bienes vendidos o de los servicios prestados como consecuencia de las operaciones promovidas, aunque él no las haya concluido, y transmitírselas de inmediato;

f) asentar en su contabilidad en forma independiente los actos u operaciones relativos a cada empresario por cuya cuenta actúe **(9)**.

**IV. Obligaciones del empresario**

Son obligaciones del empresario:

a) actuar de buena, fe, y hacer todo aquello que le incumbe, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, para permitir al agente el ejercicio normal de su actividad **(10)**;

b) poner a disposición del agente con suficiente antelación y en la cantidad apropiada, muestras, catálogos, tarifas y demás elementos de que se disponga y sean necesarios para el desarrollo de las actividades del agente;

c) pagar la remuneración pactada;

d) comunicar al agente, dentro del plazo de uso o, en su defecto, dentro de los quince días hábiles de su conocimiento, la aceptación o rechazo de la propuesta que le haya sido transmitida;

e) comunicar al agente, dentro del plazo de uso o, en su defecto, dentro de los quince días hábiles de la recepción de la orden, la ejecución parcial o la falta de ejecución del negocio propuesto.

**V. Representación del agente**

El agente no representa al empresario a los fines de la conclusión y ejecución de los contratos en los que actúa, excepto para recibir las reclamaciones de terceros previstas en el art. 1483, inc. e). El agente debe tener poder especial para cobrar los créditos resultantes de su gestión, pero en ningún caso puede conceder quitas o esperas ni consentir acuerdos, desistimientos o avenimientos concursales, sin facultades expresas, de carácter especial, en las que conste en forma específica el monto de la quita o el plazo de la espera. Se prohíbe al agente desistir de la cobranza de un crédito del empresario en forma total o parcial.

**VI. Remuneración**

Si no hay un pacto expreso, la remuneración del agente es una comisión variable según el

y su patrimonio en que normalmente no ha invertido un capital importante, por lo que las contingencias previstas por haberse constituido en garante del crédito, en la legislación española, lo pueden arruinar. De esta manera, si el empresario insiste en que se haga responsable del cliente cuyo negocio presenta, solo responde con hasta el importe de su comisión. No cabe duda de que se podrá discutir si es o no nulo ese pacto por que el agente decide correr ese riesgo, pero en los hechos, el Proyecto lo ha esterilizado al limitarlo al monto de su comisión de garantía, como para disuadir su uso imprudente o generalizado. MARZORATI, Osvaldo J., "Comentario al contrato de agencia". El Derecho - Diario, Tomo 252, 469.

(9) La obligación de asentar su contabilidad constituye un elemento que reafirma el carácter de comerciante del agente. PINTO VARELA, Silvia E., "Contrato de agencia: su relación con el estatuto de viajante de comercio", Revista de Derecho Privado y Comunitario, 2017-3, Rubinzal Culzoni, 2017, p. 119.

(10) Con anterioridad a la vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación se señaló que es improcedente la indemnización por daño moral por la falta de pago de obligaciones emergentes del contrato de agencia. CNCom., Sala C, 13/11/1985, "Fiorenza, Prospero c. Loving SACI".

volumen o el valor de los actos o contratos promovidos y, en su caso, concluidos por el agente, conforme con los usos y prácticas del lugar de actuación del agente.

Cualquiera sea la forma de la retribución pactada, el agente tiene derecho a percibirla por las operaciones concluidas con su intervención, durante la vigencia del contrato de agencia y siempre que el precio sea cobrado por el empresario. En las mismas condiciones también tiene derecho:

a) si existen operaciones concluidas con posterioridad a la finalización del contrato de agencia;

b) si el contrato se concluye con un cliente que el agente presentara anteriormente para un negocio análogo, siempre que no haya otro agente con derecho a remuneración;

c) si el agente tiene exclusividad para una zona geográfica o para un grupo determinado de personas, cuando el contrato se concluye con una persona perteneciente a dicha zona o grupo, aunque el agente no lo promueva, excepto pacto especial y expreso en contrario.

El derecho a la comisión surge al momento de la conclusión del contrato con el tercero y del pago del precio al empresario. La comisión debe ser liquidada al agente dentro de los veinte días hábiles contados a partir del pago total o parcial del precio al empresario.

Cuando la actuación del agente se limita a la promoción del contrato, la orden transmitida al empresario se presume aceptada, a los fines del derecho a percibir en el futuro la remuneración, excepto rechazo o reserva formulada por este en el término previsto en el art. 1484, inc. d).

La cláusula que subordina la percepción de la remuneración, en todo o en parte, a la ejecución del contrato, es válida si ha sido expresamente pactada.

Excepto pacto en contrario, el agente no tiene derecho al reembolso de gastos que le origine el ejercicio de su actividad.

**VII. Plazo**

Se entiende que el contrato de agencia se celebra por tiempo indeterminado, salvo pacto en contrario.

La continuación de la relación con posterioridad al vencimiento de un contrato de agencia con plazo determinado, lo transforma en contrato por tiempo indeterminado.

En ausencia de pacto en contrario se considera al contrato celebrado por tiempo indeterminado.

Si el contrato originariamente tuviere plazo determinado y continuara con posterioridad al vencimiento, se transforma en un contrato de tiempo indeterminado.

En los contratos de agencia por tiempo indeterminado, cualquiera de las partes puede ponerle fin con un preaviso **(11)**.

El plazo del preaviso debe ser de un mes por cada año de vigencia del contrato.

El final del plazo de preaviso debe coincidir con el final del mes calendario en el que aquel opera.

En los contratos de duración limitada transformados en contratos de duración ilimitada, el cálculo del plazo de preaviso debe computarse la duración limitada que le precede.

Las partes en ejercicio de la autonomía de la voluntad pueden prever plazos de preaviso superiores.

En los casos del art. 1492, la omisión del preaviso otorga a la otra parte derecho a la indemnización por las ganancias dejadas de percibir en el período.

La omisión de preavisar otorga a la otra parte derecho a la indemnización por las ganancias dejadas de percibir en el periodo.

**VIII. Compensación por clientela**

Extinguido el contrato, sea por tiempo determinado o indeterminado, el agente que mediante su labor ha incrementado significativamente

(11) La norma regula el deber de preavisar en los contratos de tiempo indeterminado, siendo su finalidad compensar rupturas intempestivas del contrato mediante una reparación indemnizatoria y está vinculado al principio de buena fe y al carácter de los contratos por tiempo indeterminado. PINTO VARELA, Silvia E., "Contrato de agencia: su relación con el estatuto de viajante de comercio", Revista de Derecho Privado y Comunitario, 2017-3, Rubinzal-Culzoni, 2017, p. 135.

el giro de las operaciones del empresario tiene derecho a una compensación si su actividad anterior puede continuar produciendo ventajas sustanciales a este.

En caso de muerte del agente ese derecho corresponde a sus herederos.

A falta de acuerdo, la compensación debe ser fijada judicialmente y no puede exceder del importe equivalente a un año de remuneraciones, neto de gastos, promediándose el valor de las percibidas por el agente durante los últimos cinco años, o durante todo el período de duración del contrato, si este es inferior.

Esta compensación no impide al agente, en su caso, reclamar por los daños derivados de la ruptura por culpa del empresario.

No hay derecho a compensación **(12)** si:

a) el empresario pone fin al contrato por incumplimiento del agente;

b) el agente pone fin al contrato, a menos que la terminación esté justificada por incumplimiento del empresario; o por la edad, invalidez o enfermedad del agente, que no permiten exigir razonablemente la continuidad de sus actividades. Esta facultad puede ser ejercida por ambas partes.

La jurisprudencia ha señalado que el agente carece de derecho a la indemnización por clientela al no estar acreditado que el aumento de clientes por él propiciado fuera significativo en comparación con otros agentes de la red, o bien que su aporte no se encuentre debidamente compensado con las comisiones percibidas y la liquidación del rubro "cartera"**(13)**.

**IX. Cláusula de no competencia**

Las partes pueden pactar cláusulas de no competencia del agente para después de la finalización del contrato, si este prevé la exclusividad del agente en el ramo de negocios del empresario. Son válidas en tanto no excedan de un año y se apliquen a un territorio o grupo de personas que resulten razonables, habida cuenta de las circunstancias.

El agente no puede, excepto consentimiento expreso del empresario, instituir subagentes. Las relaciones entre agente y subagente son regidas por las normas del contrato de agencia. El agente responde solidariamente por la actuación del subagente, el que, sin embargo, no tiene vínculo directo con el empresario.

**X. El contrato de agencia: su tratamiento frente a la ley 24.522**

*X.1. Concurso preventivo*

X.1.a. Improcedencia de la rescisión unilateral

La apertura del concurso preventivo implica que los contratos celebrados por el concursado como la eventual promoción de acciones derivadas de estos a las disposiciones previstas por los arts. 16, 19, 20 y 21 de la ley 24.522 siendo nulas las estipulaciones contrarias a lo dispuesto en los arts. 20 y 21 de la ley 24.522.

Por aplicación de las referidas normas la rescisión unilateral del contrato de agencia es de ningún valor cuando se funda en cláusulas que habilitan la extinción contractual como consecuencia del concurso preventivo de una de las partes **(14)**.

(12) La compensación por clientela solicitada por el distribuidor de un contrato rescindido unilateralmente por el demandado es procedente, pues aquel produjo prueba específica sobre la existencia de clientela generada por su actividad lo cual produjo un enriquecimiento del distribuido, máxime cuando la solución es acorde a los arts. 1497 y 1498 del Cod. Civ. y Com. que, si bien no es aplicable al caso, resuelve una disputa actual al tiempo de su promulgación (Del voto del Dr. Vasallo). CNCom., sala D, 1/03/2016, ED, 268-36, La Ley del 6 de octubre de 2016, p.5 con nota de Rodolfo C. Papa, LA LEY, 2016-E, 476.

(13) CNCom., Sala B, 5/08/2021, "SICMA Autsourcing SA c. Telefónica Móviles Argentina SA s/ ordinario". Cita: MJ-JU-M-134096-AR|MJJ134096|MJJ134096.

(14) La rescisión unilateral de contrato de agencia no se ajusta a derecho cuando, como en el caso, como regla general, por imperio de la ley 24.522: 22, son de ningún valor las cláusulas que habilitan la extinción contractual como consecuencia del concurso preventivo de una de las partes (conf. ROITMAN, "Efectos del concurso preventivo sobre los contratos preexistentes", Santa Fe, 2005, p. 132; RIVERA, J., "Derecho Concursal", Buenos Aires, 2010, T. II, p. 126, n° 42). Tal solución ha sido sostenida como enteramente aplicable al contrato de agencia (conf. MARZORATI, O., "Contratos de agencia, distribución, concesión y sus efectos en los supuestos de concurso preventivo y quiebra de alguna de las partes contratantes, en la obra colectiva Derecho Concursal", Universidad Austral, Santa Fe, 2002, p. 359), toda vez que el concurso preventivo del agente o del preponente

X.1.b. Potestades del agente frente a propuestas de acuerdo preventivo

El agente, de acuerdo con el art. 1485 del Cód. Civ. y Com. de la Nación debe tener poder especial para cobrar los créditos resultantes de su gestión, pero en ningún caso puede conceder quitas o esperas ni consentir acuerdos, desistimientos o avenimiento concursales, sin facultades expresas, de carácter especial, en las que conste en forma específica el monto de la quita o el plazo de espera.

*X.2. Quiebra*

De acuerdo con el art. 1494 del Cód. Civ. y Com. de la Nación el contrato de agencia se resuelve por:

a) muerte o incapacidad del agente;

b)disolución de la persona jurídica que celebra el contrato, que no deriva de fusión o escisión;

c) quiebra firme de cualquiera de las partes;

d) vencimiento del plazo;

e) incumplimiento grave o reiterado de las obligaciones de una de las partes, de forma de poner razonablemente en duda la posibilidad o la intención del incumplidor de atender con exactitud las obligaciones sucesivas;

f) disminución significativa del volumen de negocios del agente.

En los casos previstos en los incs. a) a d) del art. 1494, la resolución opera de pleno derecho, sin necesidad de preaviso ni declaración de la otra parte, sin perjuicio de lo dispuesto por el art. 1492 para el supuesto de tiempo indeterminado.

En el caso del inc. e) del art. 1494, cada parte puede resolver directamente el contrato.

En el caso del inc. f) del art. 1494, se aplica el art. 1492, excepto que el agente disminuya su volumen de negocios durante dos ejercicios consecutivos, en cuyo caso el plazo de preaviso no debe exceder de dos meses, cualesquiera haya sido la duración del contrato, aun cuando el contrato sea de plazo determinado.

Firme la sentencia de quiebra, de acuerdo con el art. 147 de la ley 24.522 los contratos de mandato, cuenta corriente, agencia y concesión o distribución quedan resueltos por la quiebra, resultando concordante con lo estipulado por el Código Civil y Comercial siendo aplicable a la quiebra del agente como del preponente.

Respecto de este último aspecto Martínez de Petrazzini expone que "en la quiebra del comitente, ante el cese de sus negocios es de toda evidencia que el contrato de agencia quedará resuelto. Si resultara la continuación de la explotación de la empresa en quiebra, sin duda podrá continuarse, puesto que en tanto la distribución como la agencia en sí, constituyen la forma típica de comercialización de productos en el mercado. Distinta parece la situación frente a la quiebra del agente. Puesto que si bien podría continuar si es persona física con el desempeño de su oficio, el mandato que importa la representación se resuelve. Además, si no puede administrar por carecer de la disposición de sus propios bienes, menos podría hacerlo respecto de los ajenos del comitente. Menos si se trata de agente persona jurídica"**(15)**.

Graziabile señala que se ha discutido la cuestión referida a si la quiebra produce ipso iure la resolución del contrato, como ocurre con los otros supuestos del art. 147 de la ley 24.522, o si la declaración falencial se constituye en una causal para declarar la quiebra expresando: "En el derecho comparado, España se inclina por esta última posición aunque, en contraposición, el derecho italiano hace aplicar la resolución inmediata por quiebra, sistema seguido en nuestro derecho, el cual tiene como fuente indiscutida la *Legge Fallimentare* italiana. Desde la ley 19.551, la cual se basó en la ley italiana, la quiebra produce de pleno derecho la resolución del contrato de agencia" **(16)**.

hace procedente lo dispuesto por la ley 24.522:20 , al cual remite el citado art. 22 (conf. CNCom., Sala C, 29/05/2007, "Unión Argentina de Rugby Asociación Civil s/ concurso preventivo s/ incidente de resolución de contratos Sportfive SA"; íd. Sala C, 5/03/2010, "Konfluencia SA s/ concurso preventivo"; HEREDIA, P., "El contrato de agencia en el Código Civil y Comercial de la Nación", RCCyC, año II, n° 1, febrero 2016, p. 36, texto y nota n° 206). CNCom., Sala D, 1/09/2016, "Cellularnet SA c. Telecom Personal SA s/ ordinario. Cita: MJ-JU-M-106487-AR|MJJ106487|MJJ106487.

(15) Martínez De Petrazzini, Verónica F., en "Ley de concursos y quiebras comentada", Martorell, Ernesto E. Director, Buenos Aires, LA LEY, T.III, p 751.

(16) GRAZIBILE, Darío J., "Efectos concursales sobre las obligaciones y los contratos", Buenos Aires, Astrea, 2018, p. 390.

Este criterio es el previsto por el art. 1494, inc. c) del Cód. Civ. y Com. de la Nación al que ya hemos referido.

No obstante, ello si el juez decide la continuación de la explotación el juez puede disponer la celebración de contratos similares en la medida que sea conveniente.

**XI. Consideraciones finales**

Del análisis efectuado se pueden establecer las siguientes conclusiones:

a) La rescisión unilateral del contrato de agencia es de ningún valor en el concurso preventivo si se funda en cláusulas de extinción contractual como consecuencia del concurso preventivo de una de las partes.

b) El agente para conceder quitas o espera o consentir acuerdos desistimientos o avenimientos concursales, debe tener facultades expresas de carácter especial, en las que conste en forma específica el monto de la quita o el plazo de espera.

c) La legislación concursal (art. 147 de la ley 24.522) es concordante con lo dispuesto por el art. 1494, inc. c) del Cód. Civ. y Com. de la Nación al establecer que el contrato de agencia se resuelve por la quiebra firme de cualquiera de las partes.

d) La resolución prevista por el art. 147 de la ley 24.522 opera de pleno derecho.

# JURISPRUDENCIA

## CONTRATO INTERNACIONAL ENTRE ENTIDADES FINANCIERAS

**Carta de crédito *stand by* emitida en garantía de un préstamo. Deuda en moneda extranjera. Pesificación. Cuestiones de hecho, prueba y derecho común propios de la causa y ajenos al remedio federal. Operatoria que no constituye un supuesto previsto en el dec. 410/02. Desconocimiento del destino de los fondos del préstamo garantizado.**

1. — Corresponde rechazar el recurso extraordinario interpuesto contra la sentencia que condenó al banco demandado a abonar el 50% de lo debido en virtud de la carta de crédito *stand by* emitida a favor del banco actor en garantía de un préstamo otorgado por éste a una sociedad, pues las apreciaciones relativas al vínculo entre el fraude cometido por los dependientes de la accionada y su impacto sobre la promesa de pago, en relación a la excepción de fraude articulada, además de ser irrevisables en la instancia extraordinaria, no rebaten las premisas de las que parte la alzada y se limitan a manifestar una mera disconformidad con lo resuelto (del dictamen de la Procuración General que la Corte hace suyo).

2. — Corresponde rechazar el recurso extraordinario. Las objeciones planteadas por el banco demandado relativas a la valoración del impacto del fraude llevado a cabo por sus empleados, en la obligación derivada de la carta de crédito *stand by*, remiten al análisis de temas de hecho, prueba y derecho común que, como regla, son propios de la causa y ajenos al remedio federal, máxime, cuando lo resuelto se funda en argumentos no federales suficientes para sustentar la decisión y que impiden su descalificación como acto judicial (del dictamen de la Procuración General que la Corte hace suyo).

3. — Toda vez que se desconoce el destino de los fondos del préstamo garantizado, la operatoria no constituye un supuesto previsto en el art. 1°, inc. a, del dec. 410/2002 y en ese contexto, no concurren los requisitos previstos en la comunicación del Banco Central A 3507 (texto según comunicaciones 3561 y 3806) (del dictamen de la Procuración General que la Corte hace suyo).

4. — Toda vez que no fue acreditado el destino de los fondos y la naturaleza internacional del contrato, que involucra a una entidad bancaria argentina y a una de la República Oriental del Uruguay, no resulta suficiente para sustentar que se trata de una financiación vinculada a una operación de comercio exterior y por tanto cabe considerar alcanzada dicha operación por la conversión a pesos dispuesta por la ley 25.561 y el dec. 214/2002 (del dictamen de la Procuración General que la Corte hace suyo).

5. — El tratamiento de los agravios referidos al cómputo y alcance de los intereses moratorios, además de tratarse de cuestiones de hecho, prueba y derecho común ajenas a la instancia extraordinaria, resulta prematuro por cuanto deberá ser materia de examen al definirse los términos en que corresponda efectuarse la conversión de la deuda en pesos (del dictamen de la Procuración General que la Corte hace suyo).

**CS, 09/09/2021. - Scotia Bank Uruguay SA c. Banco de la Nación Argentina s/ incumplimiento de contrato.**

**[Cita on line: AR/JUR/137688/2021]**

CCF 000092/2002/CS001

Suprema Corte:

-I-

La Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal revocó parcialmente la sentencia de la instancia anterior, y, en consecuencia, condenó al Banco de la Nación Argentina a abonar U$S 484.574,09 -o su equivalente en pesos a la fecha de pago-, que constituye el 50% de lo debido en virtud de la carta de crédito stand by n° 833 emitida a favor de Discount Bank Latin America (los derechos fueron transferidos al Scotia Bank Uruguay S.A., que sustituyó a la parte actora en el proceso, fs. 1302 y 1309) en garantía de un préstamo otorgado por esta última entidad financiera a Endikel S.A. Además, impuso el pago de intereses a una tasa del 4% anual, no capitalizable a partir del 8 de mayo de 2003 (fecha de notificación del traslado de la demanda) hasta el efectivo pago (fs. 1282/1287 y 1350/1356 de los autos principales, a los que me referiré salvo aclaración en contrario).

En lo que aquí interesa, la cámara tuvo por acreditado que el 17 de agosto de 2000, el Banco de la Nación Argentina emitió la carta de crédito mencionada, que denominó aval n° 833, para responder por las obligaciones asumidas en el marco de un préstamo celebrado por Discount Bank Latin America, como prestamista, y Endikel S.A., como tomador, por hasta un monto total de U$S 970.000, con validez hasta el día 12 de agosto de 2001. Precisó que, ante el in-

cumplimiento del tomador, el prestamista efectuó un requerimiento de pago notarial y, el 16 de agosto de 2002, promovió el presente proceso ordinario por cobro de pesos contra el banco emisor de la garantía.

En cuanto a la legislación aplicable, el tribunal resaltó que las partes optaron por sujetarse, en lo que hace a las características de la garantía, a la Brochure 500 de la Cámara de Comercio de Internacional, con lo cual concluyó que es una promesa irrevocable, independiente y vinculante desde su emisión. A su vez, consideró que, en virtud de lo dispuesto por el Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1940 (arts. 37 y 38, inc. c, y 5 del protocolo adicional), la ley sustancial aplicable es la argentina, que es la del lugar del establecimiento del banco que presta el servicio bancario de garantía.

En este punto, aclaró que no se trata de una obligación abstracta propiamente dicha, ya que el banco acreedor ha optado por requerir el pago a través de un proceso de conocimiento amplio, donde resulta imprescindible examinar el derecho que le asiste, y, por lo tanto, la causa de la garantía emitida.

Por otro lado, la cámara afirmó que se había demostrado que el Banco de la Nación Argentina fue víctima de una acción dolosa -de sus dependientestendiente a conseguir la ejecución de la emisión de una garantía de pago de una suma de dinero que no iba ser honrada por su deudor (sentencia del Tribunal Oral en lo Criminal Federal nO 5 en autos "Freites, Carlos y otros si defraudación", expte. n° 2544/01, fs. 118511278). Sin embargo, estimó que el fraude sufrido por la entidad financiera demandada por la acción dolosa de sus empleados, no afectó la validez de la promesa de pago dado que no provenía de un tercero, sino de un dependiente por quien el banco emisor debe responder, no obstante su derecho a ser resarcido de las pérdidas e intereses frente a los autores del delito (art. 1113, Código Civil hoy derogado pero vigente al momento de los hechos).

A la par, el tribunal sostuvo que el banco actor actuó con negligencia al otorgar el crédito a favor de Endikel S.A. sin cumplir las exigencias del Banco Central del Uruguay que incluyen el análisis de la situación económica financiera del titular del préstamo, su capacidad de pago, antecedentes, el perfil del deudor y la evaluación del riesgo financiero de la operación. Entonces, concluyó que la entidad actora, al no cumplir con el deber de diligencia que corresponde al cuidado de sus propios asuntos y a su deber de actuar con prudencia y buena fe (arts. 1907 del Código Civil y 226 del Código de Comercio, vigentes al momento de los hechos), era responsable en forma concurrente y en partes iguales (50% cada una) con la demandada, por el crédito impago.

Además, juzgó que la operación se encuentra excluida del régimen de pesificación previsto en el decreto 214/02, con sustento en que la operación se encontraba vinculada al comercio exterior (art. 1, inc. a, dec. 410/02). En este sentido, los jueces manifestaron que resultaban aplicables las comunicaciones BCRA A 3507, 3561 y 3806, y que la operación en estudio está vinculada al comercio exterior, pues consiste en una carta de crédito internacional que se inserta en una relación interbancaria más compleja.

Por último, modificó el cómputo de los intereses, fijándolos a una tasa del 4% anual no capitalizable desde el 8 de mayo de 2003 (fecha en que se notificó la demanda) hasta el efectivo pago.

-II-

Contra ese pronunciamiento, el Banco de la Nación Argentina y el Scotia Bank Uruguay S.A. interpusieron recursos extraordinarios que fueron contestados (fs. 1365/1375, 1378/1384, 1387/1395 y 1396/1401). El tribunal sólo concedió el recurso de la demandada, en la medida que se puso en tela de juicio la interpretación de las leyes de pesificación -leyes 25.561 y 25.820, y decretos 214/02 y 410/02-, lo cual dio lugar a las presentaciones directas de ambas partes (fs. 1403/1404 y fs. 51/55 del expediente CCF 92/2002/2/RH2 y fs. 60/64 del expediente CCF 92/2002/1/RH1), respecto de las cuales se ha corrido también vista a esta Procuración General, por lo que serán estudiadas conjuntamente.

-III-

En síntesis, el Banco de la Nación Argentina alega que se violenta su derecho de propiedad (art. 17, Constitución Nacional), al condenarlo a abonar a la actora la suma de U$S 484.574,09 con más los intereses, cuando quedó acreditado el fraude cometido por sus empleados para la emisión del aval, del cual fue víctima, sin valorar que se perfeccionó la operación gracias a graves omisiones negligentes incurridas por la actora. Reconoce que las cartas de crédito stand by revisten el carácter de independientes e irrevocables, pero sostiene que la obligación de cumplimiento fenece, cuando media fraude.

Sobre estos puntos, argumenta que la cámara realiza una consideración fragmentaria de las cuestiones conducentes para la solución del caso que frustra el derecho de su parte.

Además, aduce que, contrariamente a lo señalado por la sentencia apelada, no se trató de una operación de importación o exportación de mercaderías. Al respecto, agrega que aun considerando por hipótesis que se trate de ese tipo de operaciones, las comunica-

ciones del BCRA A 3507 y A 3806, en el punto 4 pesifica a aquéllas que no fueron canceladas al 3 de febrero de 2002, como las de autos. Sostiene la aplicación de la ley 25.561 y de la doctrina de la Corte Suprema publicada en Fallos: 330:5345, "Longobardi".

-IV-

La actora, por su parte, sostiene que la cámara incurrió en exceso de jurisdicción al retrasar el inicio del cómputo de los intereses del 1 de agosto de 2001 al 8 de mayo de 2003 y disminuirlos de un 6% a un 4%, ya que estos aspectos no habían sido objeto de apelación contra la sentencia de primera instancia por parte de la demandada.

-V-

Si bien en el sub lite se halla en juego la interpretación y aplicación de normas de carácter federal, corresponde tratar, en primer término, los agravios del Banco de la Nación Argentina que atañen en estricto a la causal de arbitrariedad, dado que de existir no habría, en rigor, sentencia propiamente dicha, y por cuanto la conclusión a su respecto, condiciona la procedencia del estudio de los argumentos relativos a la moneda de pago de la condena.

En tales condiciones, estimo que las objeciones planteadas por el Banco de la Nación Argentina relativas a la valoración del impacto del fraude llevado a cabo por sus empleados, en la obligación derivada de la carta de crédito stand by, remiten al análisis de temas de hecho, prueba y derecho común que, como regla, son propios de la causa y ajenos al remedio federal (Fallos: 328:3878, "Rodríguez"; 329:3855, ''Vigencia Cooperativa de Trabajo Limitada"). Máxime, cuando lo resuelto se funda en argumentos no federales suficientes para sustentar la decisión y que impiden su descalificación como acto judicial.

A su vez, cabe recordar que la doctrina de la arbitrariedad es de carácter excepcional y no tiene por objeto convertir a esa Corte en un tribunal de tercera instancia ordinaria, sino que procura cubrir supuestos excepcionales, en los que groseras deficiencias lógicas del razonamiento o una total ausencia de fundamento normativo, impiden considerar al fallo una sentencia fundada en ley (Fallos: 324:4321, "Villalonga Furlong S.A."; 326:3485, "Balcázar").

En el caso, la sentencia recurrida encuentra adecuado fundamento en las consideraciones vertidas y en la valoración de la prueba agregada a la causa y de los hechos no controvertidos.

En efecto, si bien el a quo entendió que la nota de autonomía que tiene esta clase de cartas de garantía no puede consagrar la mala fe en el tráfico negocial, concluyó que, de acuerdo a lo previsto en los artículos 935 y 1113 del Código Civil, el fraude llevado a cabo por los propios empleados del Banco de la Nación Argentina no afectó la validez de su promesa de pago, ya que no provino de un tercero, sino de un dependiente por quien el banco emisor debe responder, sin perjuicio de su derecho a ser resarcido de las pérdidas e intereses frente a los autores del delito.

Sobre esa base, las apreciaciones relativas al vínculo entre el fraude cometido por sus dependientes y su impacto sobre la promesa de pago, en relación a la excepción de fraude articulada, además de ser irrevisables en esta instancia, no rebaten las premisas de las que parte la alzada y se limitan a manifestar una mera disconformidad con lo resuelto.

Por último, la genérica invocación de garantías constitucionales es insuficiente para habilitar la instancia del artículo 14 de la ley 48, pues el artículo 15 de ese cuerpo legal demanda que la cuestión federal tenga relación directa e inmediata con la materia litigiosa. Esa relación existe cuando la solución de la causa requiere necesariamente de la interpretación del precepto constitucional invocado (Fallos: 310:2306, "Cima S.A."; 335:519, "Akapol -S.A."; entre otros), lo que no ocurre en el caso.

-VI-

Sentado ello, cabe precisar que es formalmente admisible el recurso del Banco de la Nación Argentina en cuanto pone en tela de juicio la inteligencia de preceptos federales -leyes 25.561 y 25.820; y decretos 214/02 y 410/02-, y la decisión ha sido contraria al derecho que el apelante fundó en ellas (art. 14, inc. 3, ley 48). También, es oportuno recordar que la Corte Suprema tiene dicho, que en la tarea de esclarecer la inteligencia de este tipo de normas no se encuentra limitada por las posiciones del a quo, ni de las partes, sino que le incumbe realizar una declaratoria sobre los puntos en debate (Fallos: 326:2342, "García Zaccagnini"; 331:1040 "Fecred SA", entre otros), y al ser invocadas también causales de arbitrariedad que se encuentran inescindiblemente vinculadas con los temas federales en discusión, han de ser examinados en forma conjunta (Fallos: 330:5345, "Longobardi"; 331:1040, "Fecred SA", entre otros).

Entonces, es necesario recordar que el decreto 410/02, con efecto a partir del 3 de febrero de 2002 (art. 10), excluyó de la conversión a pesos a las financiaciones vinculadas al comercio exterior otorgadas por las entidades financieras, en los casos, con las condiciones y los requisitos que determine el Banco Central de la República Argentina (art. 1°, inc. a). A su vez, la comunicación A 3507 (texto según comunica-

ciones 3561 y 3806) determinó que los saldos al 3 de febrero de 2002 de las financiaciones en moneda extranjera vigentes al 5 de enero de 2002, por obligaciones originadas en la prefinanciación y financiación de exportaciones y financiación de importaciones, debían ser cancelados en moneda extranjera o en pesos, al tipo de cambio del mercado por el que corresponda liquidar el cobro de las exportaciones (puntos 3 y 4).

Sentado ello, entiendo que la operatoria en estudio no constituye un supuesto previsto en el artículo 1, inciso a, del decreto 410/02, pues se desconoce el destino de los fondos del préstamo garantizado y, en ese contexto, no concurren los requisitos previstos en la comunicación del Banco Central citada.

En relación al destino de los fondos, del escrito de inicio, el banco demandante, prestamista en el contrato principal, señaló solamente que "Endikel S.A. dispuso de los fondos acreditados por la operación, mediante la compra de cheques del Banco librados sobre la plaza de Nueva York ... " (fs. 9). Asimismo, en el dictamen pericial contable se señala que de la carpeta de crédito de Endikel S.A. en el Discount Bank Latin America para el tratamiento del crédito solicitado, y de los antecedentes incluidos en la causa penal del Juzgado Letrado de 1° Instancia en lo Penal "LU.E. 94-10180/2001 -Presumario- Banco de la Nación Argentina- Denuncia", no surge constancia de la presentación de antecedentes comerciales, ni del negocio subyacente (fs. 523 del segundo cuerpo del exhorto n° 9999-15/2006, acompañado en sobre).

Además, si bien en su expresión de agravios, la parte actora alega que la vinculación con una financiación de una operación de comercio exterior se encuentra comprobada por la documentación acompañada a fojas 4011473 (fs. 1326), la misma pertenece a otra operatoria que no se encuentra relacionada con el presente caso (carta de crédito n° 836 en relación a un préstamo que otra entidad bancaria le habría otorgado a la empresa Sek S.A., por el monto de U$S 716.997, lo que no tiene vinculación con el presente proceso).

De acuerdo con ello, y considerando que la cámara también reconoce que no fue acreditado el destino de los fondos (fs. 1353vta.), la naturaleza internacional del contrato en cuestión, que involucra a una entidad bancaria argentina y a una de la República Oriental del Uruguay, no resulta suficiente para sustentar que se trata de una financiación vinculada a una operación de comercio exterior.

Despejada esa cuestión, cabe considerar alcanzada la operación en estudio por la conversión a pesos dispuesta por la ley 25.561 y el decreto 214/02. No obstante lo anterior, atendiendo a las manifestaciones de la sociedad demandada de fojas 1373, de las que surgiría su intención de ajustar la prestación conforme el criterio del esfuerzo compartido, opino que corresponde convertir la deuda a pesos de acuerdo a la doctrina sentada por la Corte Suprema en el precedente de Fallos: 330:5345, "Longobardi".

-VII-

Por último, en cuanto a los agravios de la actora referidos al cómputo y alcance de los intereses moratorios, además de tratarse de cuestiones de hecho, prueba y derecho común ajenas a la instancia (Fallos: 302:333, "Kuligowski"; 329:5467, "Sociedad Anónima Compañía Azucarera Tucumana"; entre otros), resulta prematuro su tratamiento por cuanto deberá ser materia de examen al definirse los términos en que corresponda efectuarse la conversión de la deuda en pesos. No se advierte, por lo demás, que la cámara al abordar la cuestión haya incurrido en exceso de jurisdicción, pues la modificación del momento de cómputo de la mora se justifica en la reducción del alcance de la condena, y el cambio de la tasa obedece a la modificación de la moneda de pago. Ambas cuestiones fueron abordadas en los recursos de apelación oportunamente planteados, de modo que integraban la materia sobre la cual el a qua estaba en condiciones de decidir.

-VIII-

Por lo expuesto, considero que corresponde revocar la sentencia apelada de conformidad y con los alcances expuestos en el acápite VI, y desestimar las quejas de acuerdo a lo señalado en los acápites V y VII. Buenos Aires, 4 de agosto de 2019. — *Víctor Abramovich.*

Buenos Aires, 9 de septiembre de 2021

*Considerando:*

Que las cuestiones planteadas han sido correctamente tratadas en el dictamen del señor Procurador Fiscal, cuyos fundamentos son compartidos por el Tribunal y a los que cabe remitir en razón de brevedad.

Por ello, de conformidad con lo dictaminado por el señor Procurador Fiscal: I) se declara formalmente admisible el recurso extraordinario interpuesto por el Banco de la Nación Argentina y se revoca la sentencia con los alcances indicados en el punto VI del referido dictamen; II) se desestiman los recursos de hecho CCF 92/2002/1/RH1 y CCF 92/2002/2/RH2, y se declaran perdidos los depósitos efectuados a fs. 3 y 1 bis, respectivamente. Notifíquese, agréguese copia de la presente a las quejas, archívenselas y devuélvanse los autos principales. — *Elena I. Highton de Nolasco. — Juan Carlos Maqueda. — Horacio Rosatti.*

# DOCTRINA

# Consideraciones sobre las finanzas verdes

María Paula Morelli

**Sumario:** I. El mercado de los bonos y finanzas verdes a nivel internacional.— II. El marco normativo en la Argentina.— III. Casos de éxito.— IV. Conclusiones.

## I. El mercado de los bonos y finanzas verdes a nivel internacional

Como es sabido, en los últimos años numerosos países han reconocido la necesidad de contar con fuentes de financiamiento capaces de afrontar las necesidades y los desafíos que plantea la adaptación y la mitigación al cambio climático, como también el desarrollo de distintos proyectos productivos que priorizan la conservación y la preservación del ambiente **(1)**.

En ese orden, la banca multilateral desempeñó un papel de especial relevancia en lo que respecta a las denominadas finanzas verdes, esto es, aquellos instrumentos destinados a la asignación de recursos económicos para el desarrollo e implementación de los proyectos verdes, sociales y sustentables.

Así, en línea con los objetivos para el desarrollo sostenible contemplados en la Agenda 2030 **(2)**, los distintos países adoptaron —entre otros instrumentos— los denominados bonos verdes, los cuales en la actualidad comprenden también los bonos sociales y sustentables.

En rigor, y sin perjuicio de que no existe una definición unívoca sobre los "bonos verdes", en términos generales se considera que —como se dijo— son aquellos destinados a financiar actividades productivas ambiental y socialmente sostenibles.

Dichos bonos no difieren en cuanto a su estructuración de los instrumentos tradicionales, en tanto ambos son títulos de renta fija, que pueden —o no— estar sujetos al pago de impuestos y son emitidos de acuerdo con estándares similares en lo que respecta a antigüedad, calificación, cumplimiento de las condiciones y fijación de los precios. Así, la diferencia sustancial con los instrumentos financieros tradicionales radica en que —tal como se mencionó— los ingresos derivados de la emisión de un bono verde, social o sustentable son destinados a proteger el medio ambiente o procurar un beneficio concreto para la comunidad.

Sentado lo anterior, merece señalarse que los bonos verdes, sociales y sustentables se encuentran regidos por principios internacionales que procuran garantizar que el uso de los ingresos provenientes de las respectivas emisiones sea efectivamente utilizado en proyectos que posean beneficios concretos en materia ambiental o social **(3)**.

(1) Sobre el desarrollo e implementación de las finanzas sostenibles véase "Green Finance: Leveraging Investment for Environmental Protection", 48 *Envtl. L. Rep. News & Analysis* 10367, mayo de 2018; Viñuelas, Jorge E., "Green Investment after Rio 2012", *International Community Law Review* 16 (2014) 153-176. Respecto del desarrollo de las finanzas verdes en la Argentina véase "Inversión de impacto en la Argentina. Una oportunidad para el desarrollo sostenible del país", diciembre 2020, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo.

(2) Sobre los objetivos de desarrollo sostenible contemplados por las Naciones Unidas véase *http://www.un.org/sustainabledevelopment/es/takeaction*, visitado por última vez el 05/08/2021.

(3) Al respecto merece destacarse que dese los años 90 se han implementado distintas políticas y medidas tendientes a que el sector financiero adopte instrumentos vinculados a la protección del ambiental. Dichas políticas incluyeron la adopción de acuerdos y tratados

En ese orden, previo a la emisión de un bono verde, las instituciones internacionales acreditadas en la materia, tales como el Climate Bond Initiative ("CBI" por sus siglas en inglés) **(4)** exigen un riguroso proceso de evaluación de los proyectos financiados, como también la realización de auditorías externas tendientes a garantizar la transparencia e integridad en la gestión de los ingresos y la presentación de informes periódicos sobre el impacto de los respectivos proyectos en la comunidad y el ambiente **(5)**. En la medida que se cumpla con tales requisitos, el bono recibe la certificación correspondiente, la cual debe ser periódicamente renovada.

Por su parte, los Principios de Inversión Responsable ("PRI", por sus siglas en inglés) adoptados por el secretario general de las Naciones Unidas exigen fundamentalmente la incorporación de los factores ambientales, sociales y de gobernanza (o factores ASG) en los respectivos análisis de inversión y procesos de toma de decisiones, la adopción de prácticas sostenibles y la efectiva inclusión de dichos factores en los reportes financieros.

En suma, de acuerdo con lo anteriormente señalado, puede concluirse que los bonos verdes, sociales y sustentables son instrumentos que —sin distar de los tradicionales en cuanto a las características relativas a su estructuración—, se encuentran regidos por principios y estándares internacionales y permiten el desarrollo de flujos financieros hacia la implementación de nuevos proyectos —o modificación de los existentes—, con el fin último de beneficiar al ambiente y procurar el bienestar general de la comunidad, en un todo de acuerdo con los objetivos y principios del desarrollo sostenible.

## II. El marco normativo en la Argentina

El 12 de julio de 2021 se publicó en el Boletín Oficial la RG 896/2021 dictada por la Comisión Nacional de Valores, mediante la cual se aprobaron las guías que rigen la inversión socialmente responsable en el mercado de capitales; la emisión de bonos sociales, verdes y sustentables; y su evaluación externa.

### *II.1. Guía para la inversión socialmente responsable*

De conformidad con los Principios de Inversión Responsable, la guía aprobada mediante la resolución anteriormente aludida define la inversión socialmente responsable como la integración sistemática y expresa de los factores ambientales, sociales y de buen gobierno corporativo (factores ASG) en la gestión financiera de las inversiones, lo cual supone conjugar aspectos financieros vinculados a la rentabilidad y criterios extrafinancieros.

Asimismo, define cada uno de los factores ASG y destaca el rol fundamental que poseen en la incorporación de los reportes integrados, la práctica corporativa y los procesos de análisis y de toma de decisiones relativos a inversiones de capital.

En esa tesitura, señala que los factores ambientales implican la evaluación de los riesgos y oportunidades asociados a cuestiones ambientales en la toma de decisiones de una compañía en todo aquello que se relaciona, por ejemplo, con la gestión de recursos naturales, la prevención de la contaminación, adaptación y mitigación al cambio climático, entre otras cuestiones.

internacionales, numerosas recomendaciones y directrices adoptadas por las Naciones Unidas y la OECD, políticas adoptadas a nivel nacional e internacional y estándares internaciones desarrollados o por alianzas del sector financiero. Cabe mencionar entre tales medidas la Iniciativa Financiera del Programa de las Naciones Unidas (UNEP FI) adoptada en 1992, los Principios de Ecuador adoptados en 2003 como "estándares voluntarios para determinar, evaluar y gestionar los riesgos ambientales y sociales de un proyecto financiero", el Pacto Mundial de las Naciones Unidas (UN Global Compact), el cual contiene diez principios voluntarios relativos la protección de los derechos humanos a los cuales adhirió el sector financiero, y los principios de Naciones Unidas sobre Inversión Responsable (*UN Principles for Responsable Investment*).

(4) Véase *https://www.climatebonds.net,* visitada el 09/08/2021.

(5) Las auditorías tienen por objeto evitar la práctica conocida como *greenwashing,* que consiste en promocionar productos o servicios que poseen beneficios sobre el ambiente cuando, en rigor, no los tienen o no los poseen en la medida promocionada. Acerca de dicha práctica, aplicable a los proyectos verdes sociales y sustentables, véase "Green is good, green washing is bad: get to know the FTC Green Guides", 19 JAN *NevLaw* 24 y "Cleaning up Greenwashing: Regulating Environmental Marketing Claims", 54 AUG *Orange-County Law* 30.

Por su parte, la integración de factores sociales se refiere a la consideración de los riesgos y oportunidades sociales que pueden incidir en el desempeño del negocio y comprende, fundamentalmente, la relación y políticas de la empresa con sus trabajadores, grupos de interés, comunidad y autoridades.

La integración de los factores de gobernanza alude a la forma en que la compañía gestiona su gobierno corporativo. Dichos factores comprenden principalmente, la divulgación de información relevante a sus accionistas, la rendición de cuentas, la independencia de los directores y su remuneración, la estructura de la organización, su estrategia fiscal y de transparencia y los programas anticorrupción.

Sentado ello, y tras destacar que la incorporación de los factores ASG contribuye a incrementar la rentabilidad de las compañías, alude a las formas más usuales para el desarrollo una inversión responsable, esto es, la inversión temática en sostenibilidad, la selección de las empresas en términos de factores ASG, la exclusión o filtro negativo, las inversiones de impacto, la selección basada en normas y el compromiso corporativo y con los accionistas.

Por último, brinda ejemplos concretos de herramientas existentes en el mercado de capitales, tales como la inversión en valores sociales, verdes y sustentables, bonos verdes subsoberanos, certificados de participación en fideicomisos financieros solidarios y la inversión en acciones de empresas que observen índices ASG o de sustentabilidad.

*II.2. Guía para la emisión de bonos sociales verdes y sustentables*

II.2.a. Definiciones

De conformidad con las definiciones establecidas por la Asociación Internacional de Mercado de Capitales ("ICMA", por sus siglas en inglés), los Principios de Bonos Verdes ("GBP", por sus siglas en inglés), los Principios de Bonos Sociales ("SBP", por sus siglas en inglés) y la Guía de Bonos Sostenibles ("SBG", por sus siglas en inglés), la CNV adopta las siguientes definiciones:

- *Bonos verdes*: comprenden "cualquier tipo de bono cuyos recursos serán exclusivamente destinados a financiar, o refinanciar, y 2.1.a sea en parte o totalmente, proyectos nuevos o existentes que sean elegibles como 'proyectos verdes'".

- *Bonos sociales*: son los "bonos cuyos recursos serán exclusivamente utilizados para financiar o refinanciar, en parte o en su totalidad, proyectos sociales elegibles, ya sea nuevos o existentes y que estén alineados con los cuatro componentes principales de los SBP".

- *Bonos sustentables*: son aquellos que financian tanto los proyectos ambientales como sociales.

Vale reiterar que los valores sociales verdes y sustentables (SVS) son estructurados de manera similar a los valores negociables tradicionales, con características equivalentes en términos de calificaciones y procesos de estructuración.

De tal modo, las emisiones SVS pueden ser estructuradas como obligaciones negociables, obligaciones negociables pyme, bonos de proyecto, fondo común de inversión o fideicomiso financiero, cuyos requisitos de emisión y postemisión son establecidos en las normas vigentes y aplicables dictadas por la CNV.

II.2.b. Uso de los fondos

Los recursos de la emisión deben utilizarse para financiar o refinanciar proyectos o actividades con fines verdes o sociales, como también pueden afectarse a los gastos relacionados, tales como la investigación y desarrollo. Los beneficios ambientales o sociales deben detallarse debidamente en el prospecto de emisión y plasmarse en el informe generado por el revisor externo independiente.

II.2.c. Proceso de emisión

Los emisores deben establecer, documentar y mantener un proceso de toma de decisiones para determinar la elegibilidad de los proyectos y comunicar a los inversores de forma clara: los objetivos ambientales o sociales del instrumento financiero elegido; los procesos utilizados para determinar la elegibilidad del proyecto, y los criterios de elegibilidad, exclusión o cualquier otro proceso utilizado para identificar y gestionar los riesgos ambientales o sociales asociados.

II.2.d. Gestión de los fondos

Los activos deben ser asignados a cuentas específicas u otros mecanismos confiables que garanticen la trazabilidad y transparencia en el uso de los fondos.

El emisor debe contar con un proceso formal para monitorear los fondos obtenidos hasta su asignación total, el cual debe distinguir entre los recursos invertidos y aquellos que no han sido asignados.

II.2.e. Publicación de informes

El emisor debe proporcionar información actualizada y accesible sobre el uso de los fondos y el impacto del valor negociable emitido durante su vigencia, hasta que la totalidad de los fondos hubieran sido asignados, a través de un reporte anual, excepto que se presente un hecho relevante que deba ser informado antes del plazo establecido para el año en curso.

II.2.f. Categorías elegibles de proyectos

A modo enunciativo, se mencionan los siguientes proyectos elegibles:

- *Proyectos verdes:* energías renovables, eficiencia energética, prevención y el control de la contaminación, gestión sostenible de los recursos naturales y el uso de la tierra, conservación de la biodiversidad terrestre y acuática, transporte limpio, gestión sostenible del agua y de las aguas residuales, adaptación al cambio climático, reciclaje, reutilización y otra gestión de residuos, procesos industriales y de uso intensivo de energía con baja emisión de gases, gestión sostenible de redes y herramientas de información y comunicación, productos adaptados a la economía ecológica y/o circular, tecnologías y procesos de producción, edificios ecológicos que cumplan con las normas o certificación reconocida regional, nacional o internacionalmente.

- *Proyectos sociales:* infraestructura básica asequible, acceso a servicios esenciales, vivienda asequible, generación de empleo y programas diseñados para prevenir y/o reducir el desempleo derivado de crisis socioeconómicas, seguridad alimentaria, avances socioeconómicos y empoderamiento.

Por su parte, las categorías elegibles de proyectos sustentables se encuentran incluidas en las categorías anteriores, ya que comprenden fines ambientales y sociales.

II.2.g. Revisión

Se establece que la revisión externa constituye un procedimiento obligatorio que brinda la seguridad necesaria a los inversores sobre las características ambientales o sociales de los instrumentos financieros utilizados. Se mencionan como las formas más adecuadas de revisión externa a la segunda opinión, verificación, certificación, *rating* y puntuación.

II.2.h. Listado y requisitos

Se destaca que, a nivel local, el único mercado que posee un panel especial para bonos verdes, sociales y sustentables es Bolsas y Mercados Argentinos SA (BYMA).

Para ello, y de acuerdo con el reglamento respectivo, el emisor debe contar con alguno de los mecanismos de revisión antes mencionados. Asimismo, al listar el bono se le otorga una etiqueta SVS, la cual acredita que el valor negociable convencional en circulación cumple con los requisitos establecidos en el reglamento de dicho panel.

Los emisores listados, deben presentar reportes anuales de impacto.

La etiqueta puede ser retirada en caso de incumplimiento de las normas y reglamentos vigentes y aplicables.

*II.3. Guía para evaluadores externos de bonos sociales, verdes y sustentables*

Se describen a continuación los principales aspectos establecidos respecto de los auditores de los bonos sociales, verdes y sustentables.

II.3.a. Formas de revisiones externas

Se contemplan las siguientes formas de revisión:

- *Segunda opinión:* es emitida por una institución con experiencia acreditada en materia ambiental o social, independiente del emisor. La

independencia debe verificarse respecto de los procesos de estructuración del valor negociable. Por lo general, la revisión consiste en una evaluación de la conformidad del valor negociable en relación con los "Principios de Bonos Verdes o Sociales" adoptados por el ICMA. Además de ello, puede incluirse una evaluación de los objetivos generales, estrategia, política o procesos relacionados con la sostenibilidad ambiental o social del emisor, y una evaluación de las características ambientales del tipo de proyecto a financiar.

- *Verificación*: es realizada de manera independiente y de acuerdo con un conjunto de criterios, generalmente relacionados con los procesos comerciales o criterios ambientales.

Por lo general, se emplean para la evaluación, estándares internacionales, y toda vez que a la fecha únicamente se encuentran disponibles estándares ambientales, este tipo de revisión externa es aplicable, por el momento, para los bonos verdes. El verificador puede evaluar el método de seguimiento interno de un emisor para el uso de los ingresos, la asignación de fondos de los ingresos de los bonos verdes, la declaración de impacto ambiental o la conformidad de los informes con los Principios de Bonos Verdes adoptados por el ICMA o con criterios o estándares internacionalmente aceptados. Actualmente, se reconocen —a nivel internacional— los estándares para la evaluación de criterios ambientales, tales como ISO Standards70 y CBS.

- *Certificación:* el emisor puede certificar su bono verde o el uso de los fondos mediante una etiqueta o estándar internacionalmente reconocidos y disponibles como, por ejemplo, el adoptado por el CBS.

- *Rating/puntuación*: consiste en la evaluación de los instrumentos financieros SVS, sus procesos y controles internos mediante terceros calificados, quienes pueden ser proveedores especializados de análisis o agencias de *rating,* que evalúan los respectivos instrumentos de acuerdo con metodologías preestablecidas.

Por su parte, los lineamientos establecidos en la guías aprobadas por la CNV recomiendan que la revisión sea realizada por un auditor externo independiente aprobado por el CBI o elegido entre otros organismos de carácter local o internacionales que puedan conformarse en el futuro; debe contar con experiencia en el análisis de características técnicas y desempeño de proyectos con beneficios verdes y/o sociales; sus antecedentes y el alcance de la revisión realizada deben encontrarse a disposición del público inversor en el sitio *web* del emisor y ser informados en oportunidad de solicitar autorización para el trámite de emisión. Asimismo, los beneficios relacionados con el uso de los fondos deben ser evaluados y, en la medida que sea factible, cuantificados e incluidos en la revisión.

II.3.b. Contenido mínimo de las evaluaciones

En línea con las mejores prácticas internacionales, la revisión externa llevada a cabo por el auditor debe plasmarse en un informe, con el siguiente contenido: descripción del objetivo y alcance de la evaluación y resumen de los resultados obtenidos, análisis detallado de la evaluación, descripción del perfil del emisor y los proyectos que se financiarán mediante un bono SVS, todo lo cual incluye el análisis de los beneficios ambientales o sociales, el impacto perseguido por los proyectos de tipo medioambiental y/o social financiados por el bono SVS, y la evaluación, cuando proceda, de los potenciales riesgos materiales de tipo medioambiental y/o sociales asociados con los proyectos. Asimismo, debe realizarse un análisis de la emisión que incluya: la evaluación de la conformidad entre la normativa local aplicable, los principios internacionales, incluyendo los cuatro componentes esenciales de los principios adoptados por el ICMA y los objetivos ODS, entre otros; la descripción de las definiciones, el enfoque analítico, metodología y/o las escalas de evaluación utilizadas por el auditor externo; las fuentes de la información empleadas y las conclusiones o resultado final de la evaluación.

II.3.c. Idoneidad del revisor externo

El revisor independiente —como se dijo— puede ser uno de los aprobados por el CBI o elegido por otros organismos de carácter local o internacional. Debe contar con experiencia en el análisis de las características técnicas y el desempeño de los proyectos con beneficios verdes o sociales. Sus antecedentes deben estar a disposición del público inversor en el sitio *web*

del emisor e informarse en oportunidad de solicitar autorización para el respectivo trámite de emisión

Cabe destacar que la res. 896/2021 establece que las guías pueden ser adoptadas por los mercados, agentes de calificación de riesgo, emisoras e inversores que quieran incorporar criterios de inversión responsable participar como revisores externos de conformidad con los lineamientos para la emisión de valores negociables sociales, verdes y sustentables en la Argentina establecidos en la RG CNV 788/2019.

Asimismo, las Guías se incorporan al cap. I del tít. VI de las Normas de la CNV (NT 2013 y mod.).

**III. Casos de éxito**

Entre los casos de éxito en materia de finanzas sostenibles en la Argentina, merece destacarse que en el año 2017 las provincias de Jujuy y La Rioja emitieron los primeros bonos verdes, colocados en el mercado financiero internacional.

La provincia de la Rioja emitió un bono verde por doscientos millones de dólares, de los cuales ciento setenta millones de dólares estuvieron destinados a financiar la expansión de las instalaciones del Parque Eólico Arauco y los treinta millones restantes fueron destinados a proyectos vinculados a la preservación y conservación del ambiente.

Los títulos emitidos por la provincia de la Rioja fueron colocados a una tasa fija de 9,75% en dólares, a un plazo de ocho años y con vencimiento en el 2025, amortizables en cuatro pagos anuales.

Por su parte, la provincia de Jujuy emitió un bono verde por la suma de doscientos diez millones de dólares a un plazo de cinco años, con vencimiento en el año 2022 y a una tasa anual de 8, 62% en dólares. Los fondos fueron destinados a financiar el desarrollo del Parque Solar de la Puna **(6)**.

Ambas emisiones contaron con una revisión externa por parte de un tercero independiente. La provincia de Jujuy obtuvo una segunda opinión de Sustainalytics y, por su parte, la provincia de La Rioja, la calificación de Standard & Poor's.

**IV. Conclusiones**

De conformidad con lo hasta aquí expuesto, puede concluirse que las finanzas verdes, entre las cuales se destacan principalmente los denominados bonos verdes, sociales y sustentables, son un elemento de especial importancia que ha cobrado una significativa notoriedad en los últimos años. En efecto, a nivel internacional se estima que a principios del año 2020 las finanzas sostenibles alcanzaron un total de 35.3 trillones de dólares estadounidenses en los cinco principales mercados de capitales **(7)**. En lo que respecta a la Argentina, un informe reciente estimó que necesitarían aproximadamente 51 mil millones de dólares estadounidenses anuales para financiar su desarrollo sostenible **(8)**.

El impulso en la adopción de las finanzas verdes radica —tal como se ha señalado— en la necesidad de desarrollar distintas actividades productivas que promuevan la conservación y protección de los recursos naturales y, a la par, respeten los compromisos de reducción de emisiones asumidos en el Acuerdo de París y en el marco de los Objetivos de Desarrollo Sostenible adoptados por la Organización de las Naciones Unidas. Asimismo, no debe soslayarse que los proyectos verdes, sociales y sustentables generan fuentes de empleo y favorecen de tal modo el crecimiento de las economías regionales.

Será pues, la adaptación a las características y madurez del mercado de capitales local el mayor desafío que deberá enfrentar el desarrollo e implementación de los instrumentos financieros verdes y sostenibles, a fin de permitir la adecuada realización de proyectos productivos que redunden en beneficios sociales y ambientales, y contribuyan de tal manera a una sociedad más justa y equitativa.

(6) Conf. dec. 4710-HF/2017.

(7) Cfr. "Global Sustainable Investment Review 2020", Global Sustainable Investment Alliances.

(8) Cfr. "Capitalizing Sustainable Finance in Argentina. A stocktake and review of sustainable finance opportunities for Argentina", UN Environment, 2018, p. 53.

# SOCIEDADES

# Doctrina

# Responsabilidad de directores de sociedades por abuso en la revelación y utilización de información empresarial en los Estados Unidos

Héctor J. Miguens (*)

**Sumario:** I. Terminología.— II. Introducción.— III. Deber de revelar información.— IV. Revelación de información "material".— V. Revelación de *soft information.*— VI. *Insider trading.*— VII. *Compliance programs.*— VIII. Derivados financieros.— IX. Valoración crítica sobre el abuso en la utilización de la información societaria en el derecho norteamericano.— X. Comparación con el derecho argentino.— XI. Conclusiones esenciales de la investigación.

## I. Terminología

He procurado mantener los vocablos y expresiones típicos del derecho societario estadounidense en inglés. Por ello en muchos casos no han sido traducidas al castellano para brindar un exacto panorama terminológico propio del derecho societario local de cada Estado en los Estados Unidos. En su caso he provisto su correspondiente explicación.

Cuando hablo de derecho "norteamericano", "americano" o "estadounidense" me refiero al derecho societario de cada uno de los Estados de los Estados Unidos de América, ya que este derecho es local, no federal, salvo algunas excepciones en las que existen normas federales.

Cuando me refiero a "directores", me estoy refiriendo a los miembros del directorio del máximo nivel jerárquico de gobierno y administración societaria. Equivale a *directors* en el derecho societario norteamericano. En cambio, *officers* en este trabajo se refiere —por lo general— a los órganos societarios de administración subordinados a los directores. Pueden ser órganos que estén a cargo de un comité del directorio, cuando este no está presidido por un director. No obstante, debe tenerse en cuenta que este criterio no es tan rígido, porque a veces los términos como *chief executive officer* (CEO) y otros, pueden referirse a miembros del directorio. En cualquier caso, he seguido la terminología jurídica norteamericana que usan las fuentes citadas. Finalmente, en el derecho norteamericano suele referirse a los *officials* o *employees* para designar a empleados de la sociedad que están jerárquicamente por debajo de los *directors*, aunque a veces pueden estar jerarquizados e incluso tener funciones de gobierno.

En este trabajo, "director independiente" hace referencia al miembro del directorio de la sociedad que no está empleado por ella como director pero que participa de las reuniones del directorio y proporciona un asesoramiento y opi-

(*) Abogado (Universidad de Buenos Aires); especialista en Sindicaturas Concursales (Universidad Nacional de Tucumán); doctor en Derecho (Universidad de Navarra); investigador independiente del Conicet; profesor asociado de Derecho Concursal (Facultad de Derecho, Universidad Austral). Este trabajo ha sido realizado con el apoyo económico del Conicet.

nión "independientes". También es llamado en la terminología de Estados Unidos *non-executive director*, *independent director*, *unaffiliated director* o *outside director* y suele contraponerse al *executive director*, que sí tiene funciones directas de gobierno en el directorio **(1)**. Por esta razón es usual que su trabajo sea independiente del gobierno societario, especialmente no involucrado en el gobierno del "día a día" de los negocios empresariales.

He preferido reservar la palabra "gobierno" para la actividad referida a las normas generales de la máxima política empresarial y "administración" para la actividad referida a la ejecución de tales disposiciones, aunque existen ordenamientos en el que se usa también la palabra "administrador" para lo que aquí entendemos por "director". Esta adopción se ha hecho para poner de relieve la preeminencia de las normas comentadas referidas a los directores, que son las más numerosas y las más importantes en trascendencia. No obstante, ello, es menester tener en cuenta que toda esta materia aquí tratada se refiere tanto a los directores como a los *officers*, a veces por analogía, y la mayoría de las veces en forma indistinta.

El término *statutes* ha sido traducido como "estatutos" o "normas estatutarias". Se refiere a cuerpos normativos específicos de derecho societario sancionados por los distintos Estados de la Unión o bien por el gobierno federal, que forman parte del plexo normativo juntamente con las sentencias judiciales, sean estatales o federales. Ellos son diversos de los estatutos de las sociedades en los países de habla castellana.

Cuando me refiero al "gobierno", o al "gobierno societario" o al "gobierno corporativo", o "administración", o "dirección" me estoy refiriendo a los negocios empresariales de la sociedad orientados a la consecución de su objeto social.

He seguido la forma norteamericana de citar la doctrina y la jurisprudencia. Esta forma de citar está tomada del *Bluebook*, aceptado en todo el país, en el que se explican sus elementos.

El término *section* se refiere a las normas contenidas en estatutos normativos específicos, lo que equivale a "artículo" de nuestros ordenamientos. En su caso he indicado con un número precedido por un punto, como es usual en el sistema norteamericano, o bien mediante el signo de parágrafo (§).

Cuando no diga nada en contrario, me estoy refiriendo al derecho societario en los Estados Unidos sobre el tema de este trabajo, con la indicación, en su caso, del Estado donde está vigente la norma comentada, ya que el derecho societario de este país no es federal sino principalmente estatal o local.

Siempre que se haga referencia a una corriente jurisprudencial se mencionarán expresamente —si se dispone de esa información— de otras tendencias contrarias o diferentes. Respecto de la cita de los casos judiciales y atento a que existen varios centenares de casos relevantes vigentes, he optado por citar —para una misma cuestión o tema— solo los más recientes, sobre la misma cuestión.

## II. Introducción

Desde 1933 y sobre todo en los últimos años **(2)**, el tema de la legitimidad, mérito,

(1) Conf. *Oxford Business English Dictionary*, versión en CDRom y conf. KNEPPER, William E. – BAILEY, Dan A., "Liability of Corporate Officers and Directors", Lexis Nexis (USA), 2008, 7th ed., vol. I, 1-43. En adelante será citado como "KNEPPER" y a continuación el volumen correspondiente, seguido del número del capítulo y el número de página de ese capítulo.

(2) Para una bibliografía general sobre el tema puede consultarse, entre otros: ACOBA, "insider trading. Jurisprudence after United States v. O'Hagan: A Restatement (Second) of Torts @ 551 Perspective", 84 *Cornell L. Rev.* 1356 (1990); ADAMS & RUNKLE, "The Easy Case for Derivatives Use: Advocating a Corporate Fiduciary Duty to Use Derivatives", 41 *Wm. & Mary L. Rev.* 595 (2000); BAINBRIDGE, "Insider trading Regulation: The Path Dependent Choice Between Property Rights and 'Securities' Fraud", 52 *SMU L. Rev.* 1589 (1999); BARBARA, "Fiduciary Duties and Disclosure Obligations: Resolving Questions After Malone v. Brincat", 26 *Del. J. Corp.* L. 563 (2001); BLANE, "Developing Internal Controls to Manage Derivatives", *Insights*, Apr. 1995; BRODSKY & KRAMER, "A Critique of the Misappropriation Theory of 'insider trading'", 20 *Cardozo L. Rev.* 41 (1998); BROWN, "Corporate Governance, the 'Securities' and Exchange Commission and the Limits of Disclosure", 57 *Cath U. L. Rev.* 45 (2007); CARR, "Culpable Intent Required for All Criminal 'insider trading' Convictions After United States v. O'Hagan", 40 *B. C. L. Rev.* 1187 (1999); CHASIN, !Comment, Insider v. Issuer: Resolving and Preventing 'insider trading' Compliance Policy Disputes", 50 *UCLA L. Rev.* 859 (2003); CHOI, "Corporations Theory and Corporate Governance Law: Selective Disclosures in the Public Capital Markets",

35 *U. C. Davis L. Rev.* 533 (2002); CHOLAKIS, "Company Disclosure of Earnings Projections: Should Individual Investors be Allowed in the 'Ball Park'?", 39 *Santa Clara L. Rev.* 819 (1999); COHEN, "Note, Old Rule, New Theory: Revising the Personal Benefit Requirement for Tipper/Tipee Liability under the Misappropriation Theory of 'insider trading'", 47 *B. C. L. Rev.* 547 (2006); DALLEY, "From Horse Trading to 'insider trading': The Historical Antecedents of the 'insider trading'", *Debate*, 39 Wm. & Mary L. Rev. 1289 (1998); DESSENT, "Weapons to Fight 'insider trading' in the 21st Century: A Call for the Repeal of Section 16(b)", 33 *Akron L. Rev.* 481 (2000); DIAMOND, "Outside Investors: A New Breed of Insider Traders?", 60 *Fordham L. Rev.* 319 (1992); DICKEY, "The New 'Entanglement' Theory: "Securities" Analysts Are Sued in Class Action Complaints", *Insights*, mar. 1995; DYE & ROMEO, "Executive Compensation Under the Section 16 Rule", 53 *Inst. On Fed. Tax'n* 5.1-5.48 (1995); FANTO, "Investor Education, 'Securities' Disclosure, and the Creation and Enforcement of Corporate Governance and Firm Norms", 48 *Cath. U. L. Rev.* 15 (1998); FLETCHER, "Compliance Programs for 'insider trading'", 27 *SMU L. Rev.* 1783 (July/Aug. 1994); FOX, F. Hodge O'Neal, "Corporate and 'Securities' Law Symposium: Markets and Information Gathering in an Electronic Age: 'Securities' Regulation in the 21st Century: Rethinking Disclosure Liability in the Modern Era", 75 *Wash. U. L. Q.* 903 (1997); FRIED, "Insider Signaling and 'insider trading' with Repurchase Tender Offers", 67 *U. Chi. L. Rev.* 421 (2000); GIANNINI, "Punctilio of Honor: of 'Disintegrating Erosion'? The Fiduciary Duty to Disclosure for Partners, Corporate Directors, and Majority Shareholders", 27 *Sw. U. L. Rev.* 73 (1997); GRIFFITH, "Uncovering a Gatekeeper: Why the SEC Should Mandate Disclosure of Details Concerning Directors' and Officers' Liability Insurance Policies", 154 *U. Pa. L. Rev.* 1147 (2006); GULATI, "When Corporate Managers Fear a Good Thing Is Coming to an End: The Case of Interim Nondisclosure", 46 *UCLA L. Rev.* 675 (1999); HAMERMESH, "Calling Off the Lynch Mob: The Corporate Director's Fiduciary Disclosure Duty", 49 *Vand. L. Rev.* 1087 (1996); HORWICH, "Possession Versus Use: Is There a Causation Element in the Prohibition on 'insider trading'?", 52 *Bus. Law.* 4 (1997); HORWICH, "The Origin, Application, Validity and Potential Misuse of Rule 105b5-1", 62 *Bus. Law.* 913 (2007); HUMKE, "Comment. The Misappropriation Theory of 'insider trading': Outside the Lines of Section 10(b)", 80 *Marq. L. Rev.* 819 (1997); JACOBSEN & SHARMAN, "Going Dark - An Alternative to Sarbanes-Oxley Compliance", 20 *Utah Bar J.* 12, Jan-Feb. 2007; JENNINGS, !Recent Development, Regulation FD: SEC Reestablishes Enforcement Capabilities Over Selective Disclosure!, 32 *St. Mary's L. J.* 543 (2001); JONES, "Note, The Misappropriation Theory Rule 10b-5: The Ultimate Deception", 23 *J. Contemp. L.* 439 (1997); JOO, "Legislation and Legitimization: congress and 'insider trading' in the 1980s", 82 *Ind. L. J.* 575 (2007); KARMEL, "Outsider Trading on Confidential Information — A Breach in Search of a Duty", 20 *Cardozo L. Rev.* 83 (1998); KARNS, "Independent Financial Analyst's Reports and the 'Post Publication Ratification Theory': Is a Company Liable for Voluntary Circulation of a Favorable Report?", 32 *New Eng. L. Rev.* 1023 (1998); KATZ, "Crime, Consent and 'insider trading'", 1994 *J. Contemp. Legal Issues* 217; KIM, "Note, Malone v. Brincat: The Fiduciary Disclosure Duty of Corporate Directors Under Delaware Law", 74 *Wash L. Rev.* 1151 (1999); LANGEVOORT, "Federalism in Corporate/'Securities' Law: Reflexions on Delaware, California, and State Regulation of 'insider trading'", 40 *USFL Rev.* 879 (2006); LANGEVOORT, "Organized Illusions: A Behavioral Theory of Why Corporations Mislead Stock Market Investors (and Cause Other Social Harms)", 146 U. *Pa. L. Rev.* 101 (1997); LEVMORE, "In Defense of the Regulation of 'insider trading'", 11 *Harv. J. L. & Pub. Poly* 101 (1988); LIPTON, "Disclosure and Corporate Morality: Beginning a Dialogue", 48 *Cath. U. L. Rev.* 1 (1998); MEDERO, CALINSKY & HENSLEY, "Investing in Derivatives: Current Legislation Issues", *Insights*, Nov. 1994; MEISTER, "Note, 'Securities' Issue Liability for Third Party Misstatements: Refining the Entanglement Standard", 53 *Vand. L. Rev.* 947 (2000); MOBLEY, "Compensation Committee Reports Post-Sarbanes-Oxley: Unimproved Disclosure of Executive Compensation Policies and Practices", 2005 *Colum. Bus. L. Rev.* 111 (2005); MORRISSEY, "United States v. O'Hagan: A Results-Oriented Approach to 'insider trading' Cases", 48 *Depaul L. Rev.* 161 (1998); NAGY, "The 'Possession v. Use' Debate in the Context of 'Securities' Trading by Traditional Insiders: Why Silence Can Never Be Golden", 67 *U. Cin. L. Rev.* 1129 (1999); OESTERLE, "The Inexorable March Toward A Continuous Disclosure Requirement for Publicly Traded Corporations: 'Are We There Yet?'", 20 *Cardozo L. Rev.* 135 (1998); PADFIELD, "Who Should Do the Math? Materiality Issues in Disclosures that Require Investors to Calculate the Bottom Line", 34 *Pepp. L. Rev.* 927 (2007); PAINTER, KRAWIEC & WILLIAMS, "Don't Ask, Just Tell: 'insider trading' After United States v. O'Hagan", 84 *Va. L. Rev.* 153 (1998); PORTER, "What Did You Know and When Did You Know it? Public Company Disclosure and the Mythical Duties to Correct and Update", 68 *Fordham L. Rev.* 2199 (2000); PRAKASH, "Our Dysfunctional 'insider trading' Regime", 99 *Colum. L. Rev.* 1491 (1999); PRENTICE, "The Future of Corporate Disclosure: The Internet, 'Securities' Fraud and Rule 10b-5", 47 *Emory L. J.* 1 (1998); RIPKIN, "The Dangers and Drawbacks of the Disclosure Antidote: Toward a More Substantive Approach to 'Securities' Regulation", 58 *Baylor L. Rev.* 139 (2006); RODRIGUEZ, "Comment, The Numbers Game: Manipulation of Financial Reporting by Corporations and Their Executives", 10 *U. Miami Bus. L. Rev.* (2002); SAUER, "The Erosion of the Materiality Standard in the Endorsement of the Federal 'Securities' Laws", *The Business Lawyer*, feb. 2007, vol. 62, n. 2; SCHNEIDER, "The Duty to Update: Time Requires a Reevaluation of Basic, Insights", Apr. 1994; SELIGMAN, "A Mature Synthesis: O'Hagan Resolves 'Insider' Trading's Most Vexing Problems", 23 *Del. J. Corp. L.* 1 (1998); SINAI, "Rumors, Possession v. Use, Fiduciary Duty and Other Current 'insider trading' Considerations", 55 *Bus. Law.* 743 (2000); SMITH, "Possession Versus Use: Reconciling the Letter and Spirit of 'insider trading' Regulation Under Rule 10b-5", 35 *Cal. W. L. Rev.*

oportunidad o conveniencia o no de la revelación de información inherente al giro empresarial por parte de los directores de la sociedad en los Estados Unidos ha adquirido creciente importancia **(3)**. La ley de 1933 **(4)** dejó fundamental —pero no exclusivamente— en manos de cada Estado la legislación sobre la protección del uso de esa información empresarial, mediante sus respectivas *Blue Sky Laws*. Lo propio hizo la *Securities Exchange Act* de 1934, respecto de los títulos de la sociedad comercial, a fin de preservar el funcionamiento libre y abierto al público **(5)**.

La problemática fundamental puede ser descripta de la siguiente manera: en ciertas oportunidades se plantea la legitimidad o la obligación de dar la información; o bien la obligatoriedad de no darla y el distinto tratamiento del uso de la información de acuerdo con los destinatarios de ella, y, finalmente, la oportunidad o momento de brindarla o no brindarla, dependiendo de las circunstancias. Y en algunos casos el comportamiento adoptado puede plantear dilemas pues puede causarse un daño injusto por brindar la información o por no brindarla. En este artículo se estudian los aspectos tratados por las principales normas estadounidenses sobre el tema.

La información que deben brindar los directores de la sociedad debe ser fidedigna o ajustada a la realidad y completa y esto requiere elevados y crecientes estándares de diligencia **(6)**. De ahí la popularización de unos medios de educación específica para los directores de sociedades acerca de sus deberes de información al público, especialmente en el caso de títulos negociables de la sociedad cotizante en bolsa.

### III. Deber de revelar información

Puede afirmarse que la regla general de la institución consiste en el deber de brindar información sobre la sociedad, a cargo de sus directores, pero por otra parte se ha reconocido que no existe un deber jurídico *tout court* de informar de modo absoluto, siempre y bajo todas las circunstancias posibles **(7)**. Algunos autores han criticado esa regla general, quienes no están de acuerdo con que exista un deber de revelar toda información material de forma inme-

371 (1999); SNYDER, "Note, United States v. O'Hagan, The Supreme Court and the Misappropriation Theory of 'Securities' Fraud and 'insider trading': Clarification of Confusion?", 7 *Cap. U. L. Rev.* 419 (1999); SOBOL, "Comment, The Tangled Web of Issuer Liability for Analyst Statements: In re Cirrus Logic 'Securities' Litigation", 22 *Del. J. Corp. L.* 1051 (1997); STEINBERG, "'Insider trading', Selective Disclosure and Prompt Disclosure: A Comparative Analysis", 2 *U. Pa. J. Intl. Econ. L.* 635 (2001); STEINBERG & MYERS, "Lurking in the Shadows: The Hidden Issues of the 'Securities' and Exchange Commission's Regulation FD", 27 *Iowa J. Corp. L.* 173 (2002); STUDLER & ORTS, "Moral Principle in the Law of 'insider trading'", 78 *Tex. L. Rev.* 375 (1999); SWANSON, "'Insider trading' Madness: Rule 10b-5-1 and the Death of Scienter", 52 *U. Kan. L. Rev.* 147 (2003); WANG, "Stock Market 'insider trading': Victims, Violaters and Remedies — Including an Analogy to Fraud in the Sale of a Used Car with a Generic Defect", 45 *Vill. L. Rev.* 27 (2000).

(3) Cfr. las recomendaciones del presidente Franklin D. Roosevelt de 1933 en H.R. Rep. No. 85, at 1-2, 73d Congr., 1st Sess. (1933). En esas recomendaciones el Presidente abogada por la superación de la doctrina del *caveat emptor* y por acometer el objetivo de la protección del público mediante la mínima interferencia con una honesta negociación de los intereses involucrados.

(4) Cfr. H.R. 5480, 73d Cong., 1st Sess., Section 6 (1933), la "Thompson Bill".

(5) Cfr. SCHOENBAUM, "The Relationship Between Corporate Disclosure and Corporate Responsibility", 40 *Fordham L. Rev.* 565, 576, 577 (1972).

(6) Parte de esta problemática puede verse en el tenor de la "Securities" Exchange Act de 1934, en la rule 10b-5 y en el tratamiento de los deberes fiduciarios de los directores respecto de la información societaria en el Report of Investigation de la "Securities" and Exchange Commission (SEC) publicado el 30/09/1997. Asimismo, algunos autores como KNEPPER (Vol. I, 15-4) han observado que esas directivas pueden entrar en desarmonía con los objetivos legisferantes de normas como por ejemplo la Private "Securities" Litigation Reform Act de 1995.

(7) (7) Sobre la no existencia de un deber absoluto de informar pueden verse diversos casos, como por ejemplo, "Basic, Inc. v. Levinson", 485 US 224, 108 S. Ct. 978, 99 L. Ed. 2d 194 (1988). En otros casos se ha decidido que la mera posesión de información material de carácter no público no crea un deber de revelar la información, sino que el deber de informar solo surge si es exigida por normas específicas estatutarias o bien que la revelación de la información es necesaria a fin de realizar otras declaraciones: puede verse sobre esto, por ejemplo, "Oxford Asset Mgmt., Ltd. v. Jaharis", 2002 US App. LEXIS 14325 (11th Cir. 16/07/2002). No obstante, la jurisprudencia sobre este punto no es terminante y lo anterior puede contrastarse con lo afirmado en otros casos, como por ejemplo en "Financial Industrial Fund, Inc. v. McDonnell Douglas Corp.", 474 F. 2d 514 (10th Cir.), cert. denied, 414 US 874 (1973).

diata **(8)**. Por otra parte, debe ponerse de resalto que la *Sarbanes-Oxley Act* de 2002 ha ampliado la necesidad de brindar información inmediata sobre la sociedad al público en general. Por otra parte, en un relevante caso el tribunal de apelación del Segundo Circuito ha legitimado la no revelación de información empresarial a terceros de modo inmediato **(9)**. Asimismo, incluso si existiera un deber de revelar información, él no se extiende necesariamente a todos los hechos materiales de modo absoluto **(10)**. Por otra parte, se ha establecido que existe un deber de corregir las declaraciones previas del emisor —que devinieron erróneas *a posteriori*— respecto de la información sobre las características de un producto industrial que puedan inducir a engaño al comprador de este **(11)**.

Este deber de corregir información revelada previamente que luego deviene errónea, perjudicial, o inexacta también existe en casos de asuntos regulados por la *Securities and Exchange Commission* (SEC) **(12)** y por las reglas de los mercados de valores accionariales **(13)** e incluso en el marco de negociaciones inherentes a procesos de tomas de control societario y capitalización **(14)**. Este deber de corregir información anterior cesa luego de un tiempo razonable y luego de haberse brindado públicamente otra información posterior a la errónea **(15)** o bien cuando no se trata de *material information* **(16)**, pero no implica necesariamente la obligación de brindar continuamente nueva información rectificatoria de una anterior, especialmente cuando están en juego decisiones de estrategia empresarial **(17)**. Tampoco existe el deber de corregir la información por parte de la sociedad si la disponible por el público solo está basada en rumores o en información en poder de terceros en el seno del mercado respectivo **(18)**. Asimismo, se ha distinguido entre el deber de corregir la información y el deber de actualizarla **(19)**.

(8) Cfr., p. ej., BAUMAN, "Rule 10b-5 and the Corporation's Affirmative Duty to Disclose", 67 *Geo. L. J.* 935, 937 (1979) y TALESNICK, "Corporate Silence and Rule 10b-5: Does a Publicly-Held Corporation Have an Affirmative Obligation to Disclose?", 49 *Den. LJ* 369, 412 (1973).

(9) Cfr. "SEC v. Texas Gulf Sulphur Co.", 401 F.2d 833, 850 (2d Cir. 1968), cert. denied, 394 US 976 (1969). En el caso se trataba de un descubrimiento minero por la sociedad, mientras realizaba tareas de exploración. En este caso, en esencia, el tribunal reconoció que la total, absoluta e inmediata revelación de información concerniente a desarrollos empresariales puede impedir la consecución del objeto de la sociedad y por ende la decisión sobre el momento u oportunidad en que debe ser revelada la información debe estar protegida por la regla de la *Business Judgement Rule*. En este sentido puede verse también el caso "State Teachers Retirement Bd. v. Fluor Corp.", 654 F. 2d 843 (2d Cir. 1981).

(10) Así, por ejemplo, en el caso "Cooperman v. Individual, Inc.", 171 F. 3d 43 (1st. Cir. 1999) se dijo que no existe el deber de la sociedad de revelar un conflicto de intereses entre la sociedad y el CEO de esta respecto de la estrategia empresarial futura de la sociedad, considerado como un "hecho material" ("material information").

(11) Cfr. "Ross v. A.H. Robins, Co.", 465 F. Supp. 904 (SDNY), re'd on other grounds, 607 F. 2d 545 (2d Cir. 1979), cert. denied, 446 US 946, rh'g denied, 448 US 911 (1980). En este caso de corrección de la información previa trató sobre la eficacia y condiciones de seguridad de un dispositivo intrauterino anticonceptivo. Esta obligación de rectificar o corregir la información también existe cuando la previa información fue emitida de buena fe, en el sentido de que para la sociedad era verdadera o consecuente con la información histórica disponible pero que luego devino inexacta: cfr., por ejemplo, "Stransky v. Commins Engine Co.", 51 F. 3d 1329 (7th Cir. 1995).

(12) Cfr., por ejemplo, las comunicaciones de la SEC en General Introduction to Regulation S-K; "Securities" Act Rel. no. 5447 (Dec. 20, 1973) y la "Securities" Act Rel. no. 6001 (Nov. 29, 1978).

(13) Cfr., p. ej., "Intercontinental Industries v. American Stock Exchange", 452 F. 2d 935 (5th Cir. 1971), cert. denied, 409 US 482 (1972).

(14) Cfr. el trascendente caso "Time Warner, Inc. Sec. Litig.", 9 F. 3d 259 (2d Cir. 1993), cert. denied, 511 US 1017 (1994). En este ejemplo, el tribunal si bien reconoció que la mera existencia de información material no determina necesariamente la obligación de revelarla, es razonable y hasta imperativo informar al público inversor sobre circunstancias que pueden inducirlo a error o a engaño una vez comprobadas las inexactitudes de la previa información brindada públicamente.

(15) Cfr., p. ej. "Warner Communications, Inc. v. Murdoch", 581 F. Supp. 1482, 1489-90, n. 13 (D. Del. 1984).

(16) Cfr., p. ej., "Hillson Partners Ltd. Partnership v. Adage, Inc.", 42 F. 3d 204 (4th Cir. 1994).

(17) Así, p. ej., "Burlington Coat Factory Sec. Litig.", 114 F. 3d 1410 (3d Cir. 1997) y "Advanta Corp. Sec. Litig.", 180 F. 3d 525 (3d Cir. 1999).

(18) Cfr., p. ej., "Elkind v. Liggett & Myers, Inc.", 635 F. 2d 156 (2d Cir. 1980).

(19) Cfr. "Kowal v. IBM (In re IBM Corporate 'Securities' Litigation)", 163 F. 3d at 110 (2d Cir. 1998).

**IV. Revelación de información "material"**

Cuando el deber de informar existe la sociedad y sus directores están obligados a revelar toda la "información material" correspondiente a los negocios empresariales. La jurisprudencia y las normas federales sobre *securities* han ido definiendo el concepto de esta información "material", cuyo eje es la protección adecuada del inversor —especialmente el así denominado *average prudent investor*, figura paralela y semejante a la *ordinarily prudent person* **(20)**—, entre otros terceros interesados en ella.

La directiva más importante acerca del concepto de "información material" que está obligada a brindar la sociedad a través de sus directores es una sentencia de la Corte Suprema de 1976 en el caso "TSC Industries, Inc. v. Northway, Inc." **(21)**, en la que se estableció que esa información es la que un accionista razonable considere de tal importancia que será decisoria a la hora de votar.

A pesar de que este criterio fue aplicado en el contexto de las normas sobre votación de la SEC, ha sido también aplicado por la Corte Suprema interpretando la regla del 10b-5 de la *Securities Exchange Act* de 1934 **(22)**. También el criterio de la materialidad de la información de "TSC Industries Inc. v. Northway" ha sido aplicado por otros tribunales inferiores al supuesto regulado por la Section 17(a) de la *Securities Act* de 1933 **(23)**, a las normas antifraude de las *tender offer* de la Section 14(e) de la *Securities Act* de 1934 **(24)** y a la Section 206 de la *Investment Advisers Act* **(25)**. Otros tribunales superiores locales también han aceptado este criterio de la Corte Suprema, considerando que lo relevante es lo que el razonable inversor tiene por determinante de su voto respecto de la información brindada por la sociedad **(26)**.

En diversas oportunidades los tribunales de apelación han rechazado la tesis de la SEC sobre la posible existencia de dos criterios de materialidad uno aplicable a la obligación de actualizar la información anterior públicamente y otra, más rígida o rigurosa, aplicable a otros campos distintos como el atinente al deber individual de un *insider* de abstenerse de negociar **(27)**.

En general los tribunales han interpretado el criterio de la Corte Suprema con flexibilidad, teniendo en consideración las circunstancias del caso referentes a, por ejemplo, la certeza de la información, su disponibilidad pública y la necesidad de la información preliminar a fin de tomar decisiones **(28)**. En el contexto de las omisiones de información, si la información es trivial, no relevante, obvia, elemental o que puede esperarse que un diligente inversor debe

(20) Puede verse sobre esas figuras, p. ej., "Smallwood v. Pearl Brewing Co.", 489 F. 2d 579 (5th Cir. 1974), cert. denied, 419 US 873 (1974).

(21) Cfr. "TSC Industries, Inc. v. Northway, Inc.", 426 US 438, 96 S. Ct. 2126, 48 L. Ed. 2d 757 (1976). El fallo, en lo pertinente, dice así: "An omitted fact is material if there is a substantial likelihood that a reasonable shareholder would consider it important in deciding how to vote. This standard ... does not require proof of a substantial likelihood that disclosure of the omitted fact would have caused the reasonable shareholder to change his vote. What the standard does contemplate is a showing of a substantial likelihood that, under all the circumstances, the omitted fact would have assumed actual significance in the deliberations of the reasonable shareholder. Put another way, there must be a substantial likelihood that the disclosure of the omitted fact would have been viewed by the reasonable investor as having significantly altered the "total mix" of information made available" (*id.*, 426 US 449, 96 S. Ct. at 2132, 48 L. Ed. 2d at 766 —1976—).

(22) Cfr. "Basic, Inc. v. Levinson", 485 US 224, 108 S. Ct. 978, 99 L. Ed. 2d 194 (1988).

(23) Cfr. "Steadman v. SEC", 603 F. 2d 1126 (5th Cir. 1979), aff'd on other grounds, 450 US 91, 101 S. Ct. 999, 67 L. Ed. 2d 69 (1981).

(24) Cfr. "Prudent Real Estate Trust v. Johncamp Realty, Inc.", 599 F. 2d 1140 (2d Cir. 1979).

(25) Cfr. "Steadman v. SEC", 603 F. 2d 1126 (5th Cir. 1979), aff'd on other grounds, 450 US 91 (1981).

(26) Cfr., p. ej., la sentencia de la Corte Sup. de Delaware en el contexto de los deberes de los directores en el marco del derecho de Delaware: "Zirn v. VLI Corp.", 621 A. 2d 773 (Del. 1993), aff'd 681 A. 2d 1050 (Del. 1996).

(27) Cfr., p. ej., "Weiner v. Quaker Oats Co.", 129 F. 3d 310 (3d Cir. 1997) y "SEC v. Hoover", 903 F. Supp. 1135 (S.D. Tex. 1995). Estos tribunales interpretan el fallo de la Corte Suprema en el sentido de que la definición de materialidad de la información es un único estándar que gobierna tanto los casos de *insider-trading* como casos en los que se alega la ocultación fraudulenta de información por la sociedad.

(28) Cfr. "Klein v. General Nutrition Cos.", 186 F. 3d 338 (3d Cir. 1999).

poseer, la información no podrá ser considerada como "material" **(29)**.

La materialidad de la información revelada por la sociedad se distingue de la materialidad en la información financiera-contable brindada por ella. La segunda tiene un ámbito más ancho o extendido. Por ejemplo, la *Foreign Corrupt Practices Act* de 1977 requiere, entre otros, que la sociedad que informa a la SEC lleve libros de contabilidad "in reasonable detail, accurately and fairly reflect the transactions and dispositions of the assets", lo que, en la óptica de ese organismo, es más amplio que una información material **(30)**. Al respecto cabe decir que en los últimos años los tribunales han abordado la materialidad de la información en el contexto de errores contables en las cantidades financieras informadas y han establecido, por ejemplo, que un error pequeño en las finanzas no es *material information* y que para la determinación de ello no cabe tomar en cuenta los números absolutos sino los porcentajes de error y su relevancia en la realidad económica-financiera de la empresa **(31)**. En un fallo que puede considerarse como paradigmático, el tribunal rechazó la tesis de que la materialidad de la información debe basarse en fórmulas o umbrales matemáticos, poniendo de relieve que la información debe ser importante para un inversor razonable y debe ser significativa en el conjunto de toda la información disponible **(32)**. La SEC, similarmente, ha emitido algunas pautas interpretativas sobre la "materialidad" de la información en 1999 **(33)**, las que deben ser interpretadas ajustándose a las circunstancias particulares de cada caso **(34)**. A la hora de determinar la materialidad de la información, no solo debe considerarse la magnitud de la falsa información financiero-contable, sino también la naturaleza de la información financiera **(35)**. La información puede ser considerada también como "material", más allá de que reúna o no los requisitos de una información "proforma" o "ajustada a los GAAP" (*Generally Accepted Accounting Principles*) **(36)**. En algunos casos el tribunal ha rechazado acciones colectivas derivadas del descenso del valor de la acción ocurrida con posterioridad de la publicación de artículos periodísticos **(37)**.

## V. Revelación de *soft information*

### *V.1. En general*

En contraposición a la *factual information* —información típicamente verificable de modo "objetivo" e históricamente comparable— se ha reconocido la creciente importancia de la *soft information*, entendiendo como tal, entre otras, los informes sobre la calidad del gobierno corporativo, las proyecciones y pronósticos empresariales, los planes e intenciones futuras, las incertidumbres legales que deben ser enfrentadas, las propuestas, las negociaciones y los motivos y objetivos empresariales. Atento a que esta información no puede ser verificada, es cada vez más tenida en cuenta por los inversores actuales o potenciales, por lo que está teniendo una credibilidad cada vez mayor. Por ende, está

(29) Cfr. "Ganino v. Citizens Utils. Co.", 228 F. 3d 154 (2d Cir. 2000).

(30) Cfr. la "Securities" Exchange Act, Section 13(b)(A), 15 USC § 78j(b)(A).

(31) P. ej., algunos fallos han dicho que un error en los números financieros de menos del 3% no es material (cfr. "Segue Software, Inc. Sec. Lit.", 106 F. Supp. 2d 161, 170 —D. Mass. 2000—), aunque en al menos un fallo también se ha dicho que una ganancia de aproximadamente un diez por ciento por debajo de la estimación tampoco es material (cfr. "Convergent Tecnologies Sec. Litig.", 948 F. 2d 507, 514 —9th Cir. 1991—).

(32) Cfr. "Unisys Corp. 'Securities' Litigation", 2000 US Dist. LEXIS 13500 (Ed.D. Pa. Sept. 21, 2000).

(33) Cfr., "Securities" and Exchange Commission (SEC), Staff Accounting Bulletin (SAB) Release nº. 99, del 12/08/1999, disponible en internet en *http://www.sec.gov/interps/account/sab99.htm* en enero de 2013.

(34) Cfr. "Ganino v. Citizens Utils. Co.", 228 F. 3d 154 (2d Cir. 2000). En el caso "Gebhardt v. ConAgra Foods, Inc.", 335 F. 3d 824 (8th Cir. 2003) el tribunal dijo que si bien el *Staff Accounting Bulletin* (SAB) Release n. 99 no es la norma jurídica aplicable, es coherente con un análisis básico de la materialidad y por ende es una guía persuasiva en la determinación de la materialidad o no de los asientos erróneos y de las omisiones.

(35) Cfr. "SEC v. Reyes", 491 F. Supp. 2d 906, 910 (N.D. Cal. 2007). En este caso el tribunal puso de relieve la importancia del rubro ganancias y del flujo de fondos.

(36) Cfr. "Daou Systems, Inc.", 411 F. 3d 1006, 1022 (9th Cir. 2005). En este caso rubros no dinerarios como la tasa de retención laboral fueron considerados como información material.

(37) Cfr. "Merck & Co. Sec. Litig.", 432 F. 3d 261 (3d Cir. 2005), 46.

siendo considerada paulatinamente como "información material" por los autores **(38)**.

*V.2. Calidad del gobierno societario*

La SEC ha considerado a la información relativa a la calidad e integridad del gobierno societario como "material" por ser un "ingrediente esencial de la decisión informada del inversor" que debe ser revelada **(39)**. Los tribunales han acogido este criterio sobre esos rubros **(40)**.

*V.3. Proyecciones y pronósticos*

Sobre la cuestión de la materialidad de la información en punto a la necesidad de brindarla sobre las proyecciones y pronósticos empresariales de la sociedad, ello surge típicamente cuando el accionista compra por primera vez sus acciones en una transacción en la que existen conflictos de intereses con el vendedor (por ejemplo cuando se privatiza la sociedad o en transacciones de *leveraged buyouts*, o en *tender offers* hostiles, o en transacciones en las que está involucrado el oferente denominado *White Knight*) y en esos casos el inversor suele verse defraudado en la venta por la omisión de informar sobre esas proyecciones o pronósticos emitidos por la propia sociedad **(41)**. No obstante, en algunos casos los tribunales han declarado que la información sobre proyecciones y pronósticos no es de revelación obligatoria o necesaria **(42)**.

Las proyecciones y los pronósticos han de ser emitidos de forma razonable y de buena fe, con fundamento en presupuestos razonables, sin que la predicción pueda ser considerada como garantía de lo que ocurrirá en el futuro, incluso si los hechos no acaecen conforme a lo predicho **(43)**. Sobre el tema la jurisprudencia no es uniforme. Así, en algún caso el tribunal encontró las proyecciones demasiado optimistas como falsas y que indujeron a error **(44)** pero en otros casos esas declaraciones no fueron encontradas como atacables por no constituir "información material" **(45)**. En todo caso, el análisis de la "materialidad" de la información brindada en las proyecciones y pronósticos debe ser realizado en el contexto de toda la información económico-financiera de la empresa que se haya brindado a los accionistas **(46)**.

*V.4. Planes e intenciones futuras*

En numerosos casos y con basamento en las circunstancias de cada uno, se ha establecido que no existe obligación de revelar el plan o intenciones futuras de acción empresarial **(47)**. Sin embargo, si la intención de la sociedad fue

(38) Cfr. para esto KNEPPER, vol. I, 15-17.

(39) Cfr. "Franchard Corp.", 42 SEC 163, 170 (1964). En igual sentido puede verse SEC Release nº 34-35082 (Dec. 12, 1994).

(40) Cfr., p. ej., "SEC v. Scott", 565 F. Supp. 1513 (SDNY 1983), aff'd, 734 F. 2d 118 (2d Cir. 1984). En este caso se trataba de la no revelación sobre antecedentes penales de un director. En el caso "Hines v. Data Line Systems, Inc.", 114 Wn. 2d 127, 787 P. 2d 8 (Wash. 1990) se trataba de la no revelación de enfermedades graves que aquejaban a un director. En el caso "Maldonado v. Flynn", 597 F. 2d 789 (2d Cir. 1979), rev'd in part, 671 F. 2d 729 (2d Cir. 1982) se trataba de la omisión de informar sobre conflictos de interés que tenía un director (*self dealing*) y se valoró a esa información como relevante para juzgar la idoneidad del director como servidor de la sociedad (p. 796 de la cita). En el caso "SEC v. Washington County Util. Dist.", 676 F. 2d 218 (6th Cir. 1982) se omitió informar sobre sobornos pagados por un director. En el caso "SEC v. Joseph Schlitz Brewing Co.", 452 F. Supp. 824 (ED Wis. 1978) se consideró como material la información sobre falsificación de libros y asientos contables por varios directores.

(41) Cfr. para esto KNEPPER, vol. I, 15-19. En los casos en que los tribunales exigen como obligatoria la información sobre ambos temas lo hacen luego de evaluar, caso por caso, los beneficios y el daño potencial de brindarla o no brindarla. Cfr., p. ej., "Flynn v. Bass Bros. Enters., Inc.", 744 F. 2d 978 (3d Cir. 1984).

(42) Cfr., p. ej., "Starkman v. Marathon Oil Co.", 772 F. 2d 231 (6th Cir. 1985), cert. denied, 475 US 1015, 106 S. Ct. 1195, 89 L. Ed. 2d 310 (1986).

(43) Cfr., p. ej., "Wielgos v. Commonwealth Edison Co.", 688 F. Supp. 331 (N.D. Ill. 1988), aff'd, 892 F. 2d 509 (7th Cir. 1989).

(44) Cfr., p. ej., "Apple Computer Sec. Litig.", 886 F. 2d 1109, 1113 (9th cir. 1989), cert. denied, 496 US 942, 496 US 943, 110 S. Ct. 3229, 110 L. Ed. 2d 676 (1990).

(45) Cfr., entre otros, "Verifone Sec. Litig.", 784 F. Supp. 1471, 1481 (ND Cal. 1992), aff'd, 11 F. 3d 865 (9th Cir. 1993). En este caso el tribunal exhortó a relativizar el "optimismo" propio de los directores de la sociedad, en la que, en muchos casos, tienen intereses personales.

(46) Cfr. "Netsmart Technologies, Inc. Shareh. Lit.", 924 A. 2d 171 (Del. Ch. 2007).

(47) Cfr., p. ej., "Trans World Airlines, Inc. v. Icahn", 609 F. Supp. 825 (SDNY 1985).

suficientemente determinada o basada en hechos ciertos, su omisión de revelación puede ser impugnable **(48)** y cuando las contingencias futuras pueden ser resueltas debe brindarse la información sobre planes e intenciones futuras **(49)**. La información brindada debe ser correcta y verdadera y no meramente condicional o hipotética de tal modo que pueda inducir a error.

*V.5. Incertidumbres legales*

Cuando existe un conflicto *de bona fide* acerca de cuestiones legales o litigiosas, es generalmente adecuado revelar la disputa y sus posibles consecuencias sin predecir los posibles resultados. Sin embargo, revelar una legítima defensa o una disputa genuina puede ser una inducción a error cuando ella no es tal. Por ejemplo, en un caso de 1984 **(50)** el tribunal dijo que una vez que la sociedad admitió su responsabilidad en una demanda judicial y por ende que solo quedaba como única cuestión a dilucidar el monto de los daños, constituyó una inducción a engaño afirmar que la sociedad y su directorio tenían a su favor defensas meritorias, más allá de que la sociedad no estaba obligada a predecir el monto de los daños.

La "materialidad" de la información brindada acerca de procesos judiciales pendientes guarda relación tanto con la probabilidad de que la responsabilidad sea establecida como con su impacto patrimonial **(51)**. El derecho federal sobre *securities* no impone *per se* un deber a la sociedad o a sus directores de admitir públicamente que pueden estar violando la ley **(52)**. Tampoco la sociedad está obligada a revelar su potencial, pero conjetural responsabilidad en el derecho de competencia **(53)**. Asimismo, se ha afirmado que predicciones de hechos futuros tales como acusaciones criminales son demasiado especulativas como para ser consideradas "información material" **(54)**.

*V.6. Motivos y propósitos*

Es un principio generalmente reconocido que las reglas federales reguladoras de *Securities* —que tienen como objetivo principal combatir el fraude— no obligan a revelar los motivos, propósitos o razones para las acciones llevadas a cabo, incluso aunque no fueran tan puras **(55)**. Sin embargo, cuando la revelación fue voluntaria, tales declaraciones de los directores sobre las razones o creencias pueden dar lugar a acciones legales respecto de las normas antifraudes reguladoras de las *Securities* **(56)**. Asimismo, concordantemente con esto último, la SEC ha obtenido en algunos casos el reconocimiento de que la revelación era improcedente porque sus motivos estaban ocultos **(57)**.

*V.7.* Social goals *u objetivos sociales*

Respecto de los "objetivos sociales" de la socie-

(48) P. ej., la Corte Suprema acogió una acción basada en que la sociedad había concedido una opción para adquirir acciones con una secreta intención de no pagar esa opción, lo que constituye una declaración atacable. Cfr. "Whaft (Holdings) Ltd v. United in'l Holdings, Inc.", 532 US 588, 121 S. Ct. 1776, 149 L. Edc. 2d 845 (2001).

(49) Cfr. "Wilson v. Great Am. Indus.", 855 F. 2d 987 (2d Cir. 1988), aff'd in part, rev'd in part 979 F. 2d 924 (2d Cir. 1992).

(50) Cfr. "Gearhart Industries, Inc. v. Smith International, Inc.", 592 F. Supp. 203 (N.D. Tex.) aff'd in part and modified in part, vacated in part on other grounds, 741 F. 2d 707 (5th Cir. 1984).

(51) En un caso se resolvió que, a pesar de que el impacto de la responsabilidad podría ser importante, la probabilidad de ella era pequeña, y por ende la no revelación de un proceso judicial pendiente no era información "material" que obligatoriamente había que revelar: cfr. "Wielgos v. Commonwealth Edison Co.", 688 F. Supp. 331 (ND Ill. 1988), aff'd, 892 F. 2d 509 (7th Cir. 1989). Pero en el caso "SEC v. Fehn", 97 F. 3d 1276 (9th Cir. 1996), cert. denied, 522 US 813, 118 S. Ct. 59, 139 L. Ed. 2d 22 (1997) la sociedad fue requerida a revelar su probable responsabilidad civil contingente.

(52) Cfr., p. ej., "Lewis v. Chrysler Corp.", 949 F. 2d 644, 652 (3d Cir. 1991).

(53) Cfr. "Miller Industries, Inc., Securities Litigation", 12 F. Supp. 2d 1323 (N.D. Ga. 1998) complaint dismissed 120 F. Supp. 2d 1371 (N.D. Ga. 2000).

(54) Cfr. "Galati v. Commence Bancorp, Inc.", 2005 US Dist. LEXIS 26851, at *18 (DNJ 07/11/2005).

(55) Cfr., p. ej., "Panter v. Marshall Field & Co.", 646 F. 2d 271 (7th Cir.), cert. denied, 454 US 1092, 102 S. Ct. 658, 70 L. Ed. 2d 631 (1981).

(56) Cfr. el fallo de la Corte Sup. en "Virginia Bankshares, Inc. v. Sandberg", 501 US 1083 (1991).

(57) Cfr., p. ej., "SEC v. Parklane Hosiery Co", 558 F. 2d 1083 (2d Cir. 1977). En este caso el propósito de la transacción atacada era permitir al accionista liberarse de sus obligaciones personales.

dad, existen algunas normas que establecen la obligatoriedad de revelar información a terceros interesados a fin de posibilitar tomar decisiones sobre inversiones en la sociedad. Así, por ejemplo, en materia ambiental **(58)** o laboral **(59)**.

*V.8. Reservas contables*

Las reservas forman parte integrante de los informes financieros de la sociedad y asimismo los tribunales han valorado las declaraciones de la sociedad sobre la recuperabilidad de los préstamos como información que es necesario brindar a terceros **(60)**.

*V.9. Declaraciones de opinión*

La Corte Suprema federal ha establecido que las declaraciones deliberadamente falsas de razones, de opinión o de creencias contenidas en una declaración de voto de un accionista pueden dar lugar a acciones judiciales **(61)**. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que no todas las opiniones sobre el gobierno o administración societarios son "información material" ni deben necesariamente ser reveladas **(62)**.

*V.10. Revelación de información a analistas*

En algunas oportunidades los tribunales han ponderado situaciones dilemáticas frente a dos extremos, respecto de la información otorgada a los analistas económicos: brindar a terceros información necesaria para el buen desempeño de la empresa o causar un daño a la empresa al revelar información que no pertenece al dominio público y que no debe ser revelada o bien que puede ser inductora de errores a terceros. Es destacable en este tipo de casos la legitimidad de la actuación de las bolsas de cotización de acciones societarias, de la SEC (órgano de aplicación del régimen accionarial) y del público en general cuando requiere la información, lo que debe ser juzgado caso por caso **(63)**.

También se plantea la necesidad o legitimidad de rectificar o no una previa información brindada a los analistas económicos por parte de la sociedad **(64)**, especialmente si los analistas económicos son terceros extraños a la sociedad (*outsiders*) **(65)**. Como regla general puede decirse que a los efectos de la responsabilidad de la sociedad o de los directores, las conclusiones de los analistas sobre prospectivas económicas deben ser relevantes o específicas **(66)**. En algunos casos los tribunales han considerado como *post-publication ratification* una recirculación de informes favorables de analistas económicos, lo que puede causar la responsabilidad de la sociedad **(67)**.

En este campo, en muchos casos los directores de la sociedad suelen comentar *a posteriori* las opiniones o proyecciones de los analistas económicos, o incluso les otorgan una "guía" a modo de sugerencia, lo que puede generar numerosos conflictos. Ello ha llevado a instituciones como el *Aspen Institute* (un grupo de directores societarios, empresas y sindicatos) a emitir el 18 de junio de 2007 los *Aspen Principles* y a otras instituciones como el Committee for Economic Development (un grupo de investigación independiente integrado por más de 200 directivos empresariales y académicos) a emi-

(58) Cfr. "Securities" Act Rel. Nº 33-6130; Exchange Act Rel. nº 34-16224, Fed. Sec. L. Rep. CCH §23,507B (27/09/1979).

(59) Cfr. "Amalgamated Clothing & Textile Workers Union v. J.P. Stevens & Co", 475 F. Supp. 328 (SDNY 1979), vacated, 638 F. 2d 7 (2d Cir. 1980).

(60) Cfr., p. ej., "Shapiro v. UJB Fin. Corp.", 964 F. 2d 272 (3d Cir. 1992), cert. denied, 506 US 934 (1992).

(61) Cfr. el fallo de la Corte Sup. en "Virginia Bankshares, Inc. v. Sandberg", 501 US 1083 (1991).

(62) Cfr., por ejemplo, "Desaigoudar v. Meyercord", 223 F. 3d 1020 (9th Cir. 2000), cert. denied, 532 US 1021 (2001).

(63) Cfr., por ejemplo, "Elkind v. Liggett & Myers, Inc.", 635 F. 2d 156, 163, 165-66 (2d Cir. 1980). En este contexto se plantea también la cuestión de si la empresa debe rectificar la información previa que no se ajusta a la realidad y si esa rectificación debe hacerse pública y en su caso de qué modo.

(64) Cfr., p. ej., "Electronic Specialty Co. v. International Controls Corp.", 409 F. 2d 937, 949 (2d Cir. 1969). En 1991 se resolvió rechazar la responsabilidad de los directores derivada de una rectificación temporánea de una información brindada a los analistas económicos: cfr. "SEC v. Wellshire Sec., Inc.", 773 F. Supp. 569 (SDNY 1991).

(65) Cfr., p. ej., "VerriFone Sec. Litig.", 784 F. Supp. 1471 (ND Cal. 1992), aff'd, 11 F. 3d 865 (9th Cir. 1993).

(66) Cfr., p. ej., "Stratosphere Corp. Sec. Lit.", 66 F. Supp. 2d 1182 (D. Nev. 1999).

(67) Cfr., p. ej., "Cooper v. Pickett", 137 F. 3d 616 (9th Cir. 1998).

tir un informe del 27 de junio de 2007 titulado "Built to Last: Focusing Corporations on Long-Term Performance". En ambos documentos se aboga por la valoración de la actuación empresarial por parte de los analistas económicos de la sociedad en el largo plazo antes que, en corto plazo, recomiendan a los directores abstenerse de otorgar "guías" a los analistas económicos y preservar la independencia de estos respecto de los informes sobre el desempeño económico de la sociedad. Para algunos autores estas recomendaciones y su seguimiento pueden reducir los riesgos de responsabilidad de los directores societarios **(68)**, lo que comparto. En algunos casos la no revelación de las fuentes de información de los analistas económicos e incluso la no revelación de su identidad ha planteado una cuestión de fraude societario, especialmente en casos en que ha sido divulgada información pública que pudo haber influido en la variación del precio de las acciones societarias **(69)**.

*V.11. Revelación de información relativa a negociaciones de fusión societaria*

Se ha destacado la relevancia de la revelación de información relativa a las negociaciones de fusión societaria que puede afectar a las sociedades involucradas, sus socios y los inversionistas. En algunos casos los tribunales han planteado los dilemas que esa información puede causar, ya que por una parte una revelación prematura puede perjudicar la negociación de la transacción y por la otra una revelación tardía puede exponer a las sociedades y sus respectivos directores a situaciones de responsabilidad **(70)**. En 1988 la Corte Suprema de Estados Unidos arrojó luz sobre las pautas que rigen la cuestión **(71)**. Otros tribunales federales han seguido mayormente la doctrina de este fallo **(72)**.

En esta materia el plexo normativo está constituido por las normas federales sobre *Securities*, los *fiduciary duties* de los directores del *common law* y los *fiduciary duties* de los directores de los derechos societarios de los Estados locales. La necesidad de brindar información sobre la fusión ha sido afirmada, por ejemplo, por la Corte Suprema de Delaware en 1993 **(73)**, lo que ha sido seguido por otros tribunales de Delaware **(74)** y por otros tribunales federales **(75)**. En un caso se valoró como una falta una promesa de fusión luego no cumplida, al menos no en todas sus características **(76)**.

*V.12. Revelación de información sobre honorarios de los directores*

Frente a retribuciones de directores de sociedades percibidas como excesivas, han surgido, tanto en el ámbito periodístico como en el legal, reacciones adversas y algunas medidas legislativas, como por ejemplo algunas normas de la SEC en Estados Unidos. En dos oportunidades este organismo ha emitido normas a fin de otorgar mayor transparencia a la retribución de los directores de sociedades. Así, en 1992 y en 2006 han sido publicadas exigencias legales relativas a esta información a terceros, especialmente a los accionistas **(77)**. La primera norma intenta sustituir una serie de tablas de compensación

(68) Cfr. KNEPPER, vol. I, 15-28.

(69) Cfr., p. ej., "Time Warner, Inc., Sec. Litig.", 9 F. 3d 259 (2d Cir. 1993), cert. denied, 511 US 1017 (1994) y "Raab v. General Physics Corp.", 4 F. 3d 286 (4th. 1993).

(70) Cfr., p. ej., "Reiss v. Pan Am. World Airways", 711 F. 2d 11, 14 (2d Cir. 1983).

(71) Cfr. "Basic, Inc. v. Levinson", 485 US 224, 108 S. Ct. 978, 99 L. Ed. 2d 194 (1988). En este caso el tribunal no adoptó un criterio general, sino que propuso como regla un análisis de caso por caso respecto de la obligatoriedad de brindar esa información material (de la "materialidad" de la información) y de la oportunidad de la información brindada sobre la fusión, atendiendo a las características particulares de las sociedades involucradas, los plazos de la operación, los órganos societarios involucrados, etc.

(72) Cfr., p. ej. "Hartford Fire Ins. Co. v. Federated Dep't Stores, Inc.", 723 F. Supp. 976 (SDNY 1989). Pero en algunos casos como por ejemplo en "Taylor v. First Union Corp.", 857 F. 2d 240 (4th Cir. 1988), cert. Denied, 489 US 1080 (1989) se sostuvo que la información no era "material", por lo que podía no ser necesariamente revelada a terceros.

(73) Cfr. "Zirn v. VLI Corp.", 621 A. 2d 773 (Del. 1993), aff'd 681 A. 2d 1050 (1996).

(74) Cfr., p. ej., "Malone v. Brincatt", 722 A. 2d 5 (Del. 1998).

(75) Cfr. "Lawton v. Nyman", 327 F. 3d 30 (1st Cir. 2003).

(76) Cfr. "DaimlerChrysler AG Lec. Litig", 197 F. Supp. 2d 42 (DC Del. 2002).

(77) Cfr. SEC Release n. 34-31237 y SEC Release 33-8732A (Aug. 29, 2006).

por honorarios con una mayor información en cantidad y en calidad que combina tablas y consideraciones de fondo o "materiales" en textos explicativos de la cuantía de los honorarios y su vinculación con la evolución de la sociedad. A tales fines se establece la exigencia de un informe del comité de retribución del directorio, de cuadros evolutivos de la empresa y tablas de compensación por honorarios. La segunda norma tiene como objetivo informar a terceros sobre todas las características de la retribución de todos los funcionarios societarios de la empresa, incluyendo no solo los directores sino también los *senior officers*; sus montos exactos de cada uno de ellos; y realizar un análisis de la retribución, relacionada con la evolución de los negocios societarios.

## VI. *Insider trading*

### *VI.1. Fundamentos de la responsabilidad por* insider trading

Esta sección se refiere a la responsabilidad civil de los directores de sociedades derivada de la revelación de información sobre los negocios de la empresa que ha obtenido el director en razón de su cargo como miembro del directorio y que legalmente está impedido de usar en provecho propio o de terceros o de revelar a terceros por tratarse de información de carácter privado o no destinada al público. Esta responsabilidad se basa en los distintos Estados de Estados Unidos en fallos judiciales que han ido perfilando sus límites y su ámbito de aplicación, desde los primeros años de la década de los ochenta del siglo pasado. Este es un campo que ha recibido una mayor atención en los últimos años por parte de los tribunales, los reguladores (especialmente la SEC), los legisladores y los académicos.

Las normas nacionales no han definido el concepto de *insider trading* y lo han delegado en las manos los organismos reguladores y de los tribunales **(78)**. El tipo de información referida en esta responsabilidad es la denominada "material". Ejemplos de ella son la referida a los siguientes campos, entre otros: dividendos, cambios en el gobierno o control societario, resultados financieros de la sociedad o de alguna de sus principales divisiones administrativas, procedimientos concursales, incremento o disminución de los dividendos, ofertas públicas o ventas privadas de deuda o empréstitos expresados en *securities*, propuestas significativas de fusión o de adquisición o sus acuerdos, nuevos productos significativos o descubrimientos, litigios significativos o disputas con clientes, proveedores o cocontratantes, investigaciones gubernamentales, *joint ventures* y cualquier informe requerido por la *Securities Exchange Act*.

En los últimos años han sido emanadas normas federales sobre *securities* referidas al tema del *insider trading*, lo que ha dado lugar a numerosas prohibiciones de conducta de los directores respecto del capital accionario de la sociedad que dirigen y ha generado distintas teorías o doctrinas acerca del *insider trading*, las que pueden sistematizarse de la siguiente manera, a saber **(79)**:

I. Todo director que comercie con títulos accionariales de la sociedad mediante el uso de información "material" no destinada al público o de índole no pública puede ser sujeto pasivo de responsabilidad conforme a las normas federales sobre *securities* represivas del fraude.

II. Todo director que haya comprado o vendido acciones en el plazo de seis meses desde que haya tenido acceso a información "material" (de contenido no público o no destinada al público) respecto de ellas debe devolver las ganancias habidas en los términos del art. 16 (b) de la *Securities Act* de 1934.

III. Todo director que haya comprado o vendido acciones de la sociedad, habiendo obtenido información sobre la contraparte en una operación de *tender offer* debe responder civilmente en los términos del art. 14e-3 del 17 C.F.R. 240.

IV. Todo *corporate insider* puede ser hallado responsable civilmente conforme a la teoría de la *misappropiation* si ha violado el deber respecto de la sociedad que dirige mediante el uso de información obtenida en el curso de su vinculación orgánica con la sociedad, habiendo obtenido ganancias personales.

(78) Cfr. el antecedente legislativo "The 'insider trading' Sanctions Act of 1984: Hearing Before the Subcomm. On 'Securities' of the Comm. On Banking, Housing and Urban Affairs", 98th Congr., 2d Sess. 35-37 (Apr. 3, 1984).

(79) Cfr. KNEPPER, vol. I, 15-36.1.

V. Todo *corporate insider* puede ser hallado responsable civilmente conforme a las normas sobre fraude mediante el uso del correo y las transacciones bancarias por haber ocasionado pérdidas o sustracciones de dinero o propiedades mediante pretensiones, representaciones o promesas falsas o fraudulentas.

VI. Todo *corporate insider* puede ser hallado responsable civilmente conforme a la doctrina de la responsabilidad del "*tipper/tipee*".

VII. El art. 10b5-1 de la norma del 23/10/2000 de la SEC crea una presunción de que toda compra o venta de un título accionarial de la sociedad (*securitiy*) por un *insider* ha sido realizada sobre la base de información material (no pública o no destinada al público) y, por ende, es ilegal, si esa persona contratante era consciente del carácter no público de la información obtenida considerada en el momento de la transacción. En este caso el contratante es responsable civilmente por esa transacción. Esta presunción puede ser rebatida y la responsabilidad evitada, solo en caso de que el *insider* demuestre que había contratado esa operación antes de haber adquirido ese conocimiento, o bien que había contratado a un tercero para realizar la compraventa de las acciones, o bien que había realizado una contratación global o planificada sobre esos títulos accionariales. Este es el *safe harbor* del *insider trader* y esas tres excepciones constituyen las *trade windows*.

*VI.2. Dos principales teorías sobre la responsabilidad*

La responsabilidad del *insider trader* conforme a la Regla del 10b-5 de la norma del 23/10/2000 de la SEC ha sido desarrollada en los últimos años en diversos fallos de los tribunales, tanto federales como estatales, bajo la denominación de dos teorías: la *disclose or abstain* y la *misappropriation*.

Originariamente reconocida en 1961 **(80)**, la *disclose or abstain* fue adoptada por la Corte Suprema en 1980 **(81)**. En este caso se estableció el deber de revelar información no pública conocida por el *insider* (principalmente directores, *officers* o accionistas controlantes) que pueda afectar una decisión o juicio de los inversionistas sobre los títulos accionariales de la sociedad (*securities*). Este deber existe solo si el sujeto conocedor de esa información es un *insider*, es decir, una persona de confianza que guarde una relación de confianza con las partes de la transacción, excluyendo a los *outsiders*, esto es, terceros ajenos a la sociedad en cuestión.

La teoría de *misappropiation* fue aplicada por primera vez en un caso de 1983, en el que un *insider* fue penalmente condenado por revelación de información confidencial en una operación de compraventa de acciones en el marco de un proceso de fusión societaria **(82)**. En 1987 la Corte Suprema confirmó esta teoría, enviando a los operadores jurídicos la afirmación de una doctrina aplicable a los directores, *officers* y otros terceros por apropiación ilícita de información "material" (no de carácter público) en beneficio propio, debiendo devolver las utilidades así obtenidas **(83)**. En 1997 la Corte Suprema validó esta teoría sosteniendo la procedencia de una condena por fraude sobre *securities* a un abogado que compró acciones de la sociedad Pillsbury luego de que el estudio jurídico comenzara a representar a una sociedad que ofreció comprar acciones en una *tender offer* de Pillsbury **(84)**.

(80) Cfr. "Cady, Roberts & Co", 40 SEC 907 (1961).

(81) Cfr. "Chiarella v. United States", 445 US 222, 227, 100 S. Ct. 1108, 63 L. Ed. 2d 348 (1980).

(82) Cfr. "United States v. Newman", 664 F. 2d 12 (2d Cir. 1981), cert. denied, 464 US 863 (1983).

(83) Cfr. "United States v. Winans", 612 F. Supp. 827 (SDNY 1985), aff'd in part and rev'd in part sub nom. United States v. Carpenter, 791 F. 2d 1024 (2d Ci. 1986), aff'd, 484 US 19, 108 S. Ct. 316, 98 L. Ed. 2d 275 (1987). En este caso el tribunal supremo reafirmó lo establecido en "United States v. Carpenter", 484 US at 27-28 (que citaba "Diamond v. Oreamuno", 24 NY 2d 494, 497, 248 N.E. 2d 910, 912 —1969—) cuya doctrina establece que una persona que adquiere un especial conocimiento o información a causa de una relación confidencial o de confianza con otra no está en libertad de condiciones de explotar ese conocimiento o información en su propio beneficio y debe restituir a su principal toda ganancia derivada de él.

(84) Cfr. "US v. O'Hagan", 521 US 642 (1997). Antes de este fallo los tribunales inferiores también habían aceptado la teoría: cfr., p. ej., "SEC v. Cherif", 933 F. 2d 403 (7th Cir. 1991), cert. Denied, 502 US 1071 (1992). Pero en algunos casos la responsabilidad penal fue desestimada por no haber existido una relación de confianza, a pesar de existir una relación matrimonial o de parentesco: cfr. "United States v. Chestman", 947 F. 2d 551 (2d Cir. 1991).

La SEC también ha aplicado esta teoría conforme a la norma de la Rule 14-e-3 de la *Securities Act* de 1934, en el contexto de las *tender offers* **(85)**.

*VI.3. Responsabilidad del* tipper *y del* tipeeNo solo a los *insiders* o a los *outsiders* les está prohibido utilizar información no pública en provecho propio, sino que les está prohibido y pueden responder las personas que divulguen esa información, como así también las que la reciben. El primero se llama *tipper* y el segundo *tipee*.

La Suprema Corte ha reconocido que un *insider* puede responder como un *tipper* incluso aunque no haya negociado personalmente con los *securities* **(86)**.

Atento a la naturaleza impersonal de las transacciones sobre títulos accionariales de la sociedad en un mercado de valores organizado, los accionistas raramente alegan o recuperan daños de un *insider* que ha negociado estando en posesión de esa información "material", no pública. En estos casos es tradicionalmente la SEC la que acciona por responsabilidad. Ordinariamente los accionistas no pueden recuperar daños directamente del causante con base en la norma del art. 10(b) de la *Securities Exchange Act* de 1934. Por ejemplo, se ha establecido que el accionista demandante debe ser un comprador o vendedor actual de las *securities* **(87)**.

Además de los accionistas perjudicados por el abuso en el manejo de información no pública pueden ser resarcidos otras partes tales como la sociedad (en forma directa o indirectamente en casos de *derivative actions*), que pueden demandar contra sus directores y otros *insiders*, sobre la base de que el *insider* causa dos tipos de daño: uno al accionista que ha negociado con él y otro a la sociedad **(88)**. La Corte Suprema ha declarado inaplicable la defensa *de pari delicto* en una acción iniciada por el *tipee* contra el *tipper* **(89)**, aunque los tribunales inferiores no la eliminan para todos los casos **(90)**.

*VI.4. Normas estatales*

El 10/08/1984 el Congreso Nacional sancionó la *Insider trading Sanctions Act* (ITSA, por su abreviatura en inglés) **(91)**, por la cual se sanciona penalmente con multas de hasta tres veces la ganancia obtenida o la pérdida causada a consecuencia de la revelación de información "material" de carácter no pública o no destinada al público referida a la compra-venta de títulos accionariales de la sociedad (*securities*), habiendo modificado de ese modo la Section 21(d) de la ley de 1934, aumentando las multas, que pueden ser acumuladas con otras sanciones penales.

Otra norma penal aplicable es la *Insider trading and Securities Fraud Enforcement Act* de 1988 (ITSFEA, por su abreviatura en inglés), que también aumenta las penas de prisión y multa por revelación de información "material" referida a las *securities* de una sociedad. Los sujetos pasivos de las sanciones penales son tanto el *insider trader* como el *tipper* y el *tipee*. Una norma importante de esta ley que incluye a los directores de sociedades es el establecimiento de la responsabilidad de la controlante respecto de

(85) Cfr. *Securities and Exchange Act* Rel. no. 17120 (04/09/1980), 20 SEC Docket 1242 (16/09/1980).

(86) Cfr. "Chiarella v. United States", 445 US 222, 100 S. Ct. 1108, 63 L. Ed. 2d 348 (1980) y "Dirks v. SEC", 463 US 646, 103 S. Ct. 3255, 77 L. Ed. 2d 911 (1983). A pesar de que en el segundo caso se han brindado pautas generales acerca cuáles son las situaciones generales en las que existe una ganancia personal del responsable, es menester examinar caso por caso.

(87) Cfr. "Blue Chip Stamps v. Manor Drug Stores", 421 US 723, 95 S. Ct. 1917, 44 L. Ed. 2d 539 (1975). La contemporaneidad de la transacción entre el accionista demandante y el *insider* demandado está regulada en la Section 20ª de la *Securities Act* de 1934, lo que ha sido objeto de diversas interpretaciones por los tribunales.

(88) Cfr. "ORFA Sec. Litig.", 654 F. Supp. 1449 (DNJ 1987). Ver también "Diamond v. Oreamuno", 24 NY 2d 494, 248 NE 2d 910 (1969). En algunos casos se ha reconocido que la información no pública de la sociedad es un activo de ella y por ende la violación del deber de no revelarla constituye un daño palpable a la sociedad afectada: cfr. "FMC Corp. v. Boesky", 852 F. 2d 981 (7th Cir. 1988) (en este caso se trataba de un secreto industrial).

(89) Cfr. "Bateman Eichler, Hill Richards, Inc. v. Berner", 472 US 299, 105 Sc. Ct. 2622, 86 L. Ed. 2d 215 (1985). Textualmente la Corte dijo: "The public interest will most frequently be advanced if defrauded tippees are permitted to bring suit and to expose illegal practices by corporate insiders and broker-dealers to full public view" (p. 319).

(90) Cfr. "Rothberg v. Rosenbloom", 628 F. Supp. 746 (ED Pa.), rev'd, 808 F. 2d 252 (3d Cir. 1986).

(91) Cfr. Pub. L. no. 98-376, 98 Stat. 1264 (1984). Esta ley modificó algunas normas dispersas del 15 USC. § 78.

las *securities* de la controlada por revelación de esa información *material* **(92)**.

La *Sarbanes-Oxley Act* de 2002 ha establecido normas sobre la obligación de los directores de informar a la SEC sobre la negociación de *securities* en el plazo de dos semanas después de la transacción y las prohíbe cuando los planes de pensión de la sociedad están en un *blackout period*, por ejemplo, cuando los participantes del plan no pueden comerciar con los *securities* **(93)**.

**VII. *Compliance* programs**

Los *compliance programs* son declaraciones y procedimientos escritos emitidos por la sociedad, referentes a la revelación y utilización de la información no pública de la sociedad en las que se describen las obligaciones legales, deberes éticos y normas internas que se comprometen guardar los empleados y directores societarios. En estos programas se incluyen, entre otros temas, las siguientes políticas y guías de conducta:

I. Descripción de responsabilidades legales, obligaciones éticas e impropiedades que afectan a la sociedad y sus empleados.

II. Definición de la información "no pública" y "material".

III. Prohibiciones de realizar transacciones con *securities* mientras se posee información "no pública" o "material". Esta prohibición puede contener un plazo y la definición de los sujetos intervinientes tales como por ejemplo los intermediarios bursátiles, los empleados y los órganos societarios, entre otros.

IV. Adopción de procedimientos de aprobación e información respecto de la negociación de títulos accionariales.

V. Prohibiciones de revelación de información "no pública" o "material" concerniente a la sociedad, incluyendo la revelación a parientes y amigos.

VI. Medidas restrictivas de acceso a la información sensible de la sociedad.

VII. Prohibiciones de realizar recomendaciones o expresiones de opinión sobre esa información por los operadores intervinientes sobre *securities*.

VIII. Designación de sujetos o departamentos corporativos autorizados para revelar este tipo de información.

Estos programas suelen establecer la obligación de declarar su conocimiento y aceptación por parte de los empleados y directores de la sociedad.

**VIII. Derivados financieros**

Atento a que los derivados financieros son objeto de transacciones por elevados montos de dinero y dada su complejidad, han constituido en los últimos años un área de creciente exposición de los directores a la responsabilidad **(94)**. Estos instrumentos financieros son contratos cuyo valor "deriva" de un activo respectivo, tales como monedas, stocks, *commodities*, tasas de interés o índices. Ejemplos de ellos son las opciones, *swaps*, *forwards*, futuros, etcétera.

La responsabilidad de los directores puede ocurrir en cinco áreas básicas de los derivados: crediticia, del mercado, valuación, operacional y revelaciones inadecuadas. En mayo de 1994 un informe del Poder Legislativo de la *General Accounting Office* (GAO) concluyó que los criterios contables para informar sobre derivados eran incompletos, incongruentes y retrasados respecto de las prácticas negociales **(95)**. Diversas entidades, como por ejemplo la *Finan-*

(92) Cfr. House Committee on Commerce and Finance, Rep. No. 100-910, 100th Congr., 2d Sess. At 17. Algunos autores han dicho que esta norma constituye un incentivo para que el controlante de otra persona o el empleador de ella los supervise de modo más efectivo y eficaz: cfr. KNEPPER, vol. I, 15-52.

(93) Cfr. *Sarbanes Oxley Act* de 2002, Section 13.14.

(94) Sociedades como Barings PLC han desaparecido y otras como Orange County, Metallsesellschaft, Procter & Gamble y Air Products & Chemicals han sufrido cuantiosas pérdidas por negligencia en la administración de derivados financieros. Cfr. KNEPPER, Vol. I, 15-53.

(95) Cfr. United States General Accounting Office, "Financial Derivatives: Actions Needed to Protect the Financial System: Report to Congressional Requesters" (Pub. No. 94-133, may 1994).

*cial Accounting Standards Board* (FASB) **(96)** y la SEC **(97)**, han emitido normas a fin de dotar esta información contable de claridad.

Respecto del manejo de los riesgos del uso de los derivados algunas entidades han emitido normas, recomendaciones y directrices, como por ejemplo en julio de 1993 el *Group of Thirty*, en octubre de 1993 el *Comptroller of the Currency* y en 1994 el *American Institute of Certified Public Accountants* (AICPA) **(98)**.

La creciente complejidad de las transacciones con derivados financieros, su sofisticación y el manejo de instrumentos computarizados han incrementado los riesgos de exposición a la responsabilidad por los directores y otros oficiales de la sociedad, ocasionada por la dificultad de comprensión de sus características y límites por parte de ellos, lo que ha provocado pérdidas no esperadas o no previstas y a veces cuantiosas.

## IX. Valoración crítica sobre el abuso en la utilización de la información societaria en el derecho norteamericano

A continuación, realizaré una valoración crítica sobre el abuso en la revelación y utilización de la información societaria como consecuencia práctica del estudio del derecho societario en Estados Unidos sobre el tema.

I. Desde 1933 y sobre todo en los últimos treinta años, el tema de la legitimidad y mérito, oportunidad o conveniencia o no de la revelación de información inherente al giro empresarial por parte de los directores de la sociedad en los Estados de Estados Unidos ha adquirido creciente importancia y desarrollo específico de casos prácticos.

II. En ese período tanto los tribunales como los órganos legislativos han creado instituciones protectoras de los legítimos intereses de la sociedad, los acreedores y los inversionistas frente a las conductas abusivas respecto de la revelación de la información empresarial de la sociedad por parte de sus directores y *officers*.

III. Las leyes de 1933 y de 1934 y posteriores dejaron en manos de cada Estado del país la regulación de tales conductas, estableciendo supuestos de ilícitos penales y civiles con las sanciones correspondientes.

IV. La necesidad u obligación de brindar o de no brindar información atinente a la evolución económico-financiera de la sociedad, especialmente en el caso de compraventa de *securities* en el mercado de capitales, puede ocasionar daños resarcibles y en ocasiones situaciones dilemáticas que los miembros del directorio deben resolver, a fin de proteger los legítimos intereses de los potenciales inversionistas, así como también los legítimos intereses de la sociedad que gobiernan. Estas situaciones han sido reconocidas y valoradas por las sentencias judiciales estudiadas, estableciéndose criterios de justicia en cada caso en lo referido a la revelación y utilización de la información empresarial de la sociedad.

V. Aunque en la doctrina norteamericana no es usual el estudio de cuestiones éticas referidas a la responsabilidad de los directores de las sociedades, pueden inducirse principios éticos que están contenidos implícita e indirectamente en los principios jurídicos que emanan de las sentencias judiciales y de los estatutos normativos vigentes en cada Estado y para algunos supuestos de derecho federal. Tales principios éticos pueden ser considerados como el fundamento de los principios jurídicos vigentes. Un ejemplo de la existencia de los principios éticos puede hallarse en las respuestas del legislador y de la jurisprudencia frente a fenómenos consi-

(96) Cfr. FASB, *Statement of Financial Accounting* Standards nº 119 denominada "Disclosure About Derivative Financial Instruments and Fair Value of Financial Instrument" (SFAS) de octubre de 1994. Esta norma requiere la declaración del uso, finalidad, naturaleza, etc. de estos instrumentos financieros y su distinción con otros instrumentos usados. La misma entidad emitió en junio de 1998 la *Statement of Financial Accounting Standards* nº 133 denominada "Accounting for Derivative Instruments and for Hedging Activities", en la que se exige que en el balance se refleje el monto de los derivados a valores de mercado a fin de que los inversores puedan comprender el efecto de los derivados respecto de las ganancias de la sociedad. La última norma entró en vigor el 01/07/2000 y se refiere asimismo a temas como el revalúo contable y el riesgo de la volatilidad de los mercados de los derivados.

(97) Cfr. SEC Release nº 33-7386, de 1997, pero su aplicabilidad ha sido diferida temporáneamente. En esta norma se exige una descripción cuantitativa y cualitativa de los riesgos de mercado de los derivados y la metodología contable adoptada para expresar esa información.

(98) Cfr. KNEPPER, vol. I, 15-58.

derados como inmorales por la opinión pública y los operadores jurídicos que previamente no se encontraban adecuadamente resueltos en el plano del derecho positivo. Al respecto pueden mencionarse, entre los temas tratados en este artículo, los casos de la responsabilidad de los directores por el llamado *insider trading* y las defraudaciones contables que dieron origen a resonantes casos judiciales y a subsiguientes reformas estatutarias.

VI. Asimismo, están latentes en las fuentes jurídicas estudiadas los siguientes valores o bienes éticos:

a) la necesidad de preservar la transparencia o "verdad material" de la información referida a la evolución empresarial de la sociedad, manejada por los miembros del directorio, más allá de la "verdad formal" o revestida de formas meramente burocráticas o procedimentales;

b) la necesidad en ciertos casos de brindar información sensible o de carácter reservado o no público de la sociedad a terceros;

c) la necesidad en ciertos casos de no revelar información en poder del director de la sociedad que ha llegado a su conocimiento debido a sus funciones;

d) la necesidad de no utilizar la información societaria en provecho personal del director o de sus parientes o de ciertos terceros cercanos al director o que pueden compartir sus intereses personales;

e) la necesidad de la distinción entre los intereses personales del director y los legítimos intereses de la sociedad, a quien el director debe servir con primacía respecto de los primeros;

f) el respeto a la integridad patrimonial de la empresa manifestada en la en cierta medida excepcional obligación de no revelar información empresarial sensible. La prudencia habrá de determinar en qué casos se aplica este principio, teniendo en cuenta el bien común, los intereses de los accionistas, de la sociedad comercial y de otros terceros relacionados, como por ejemplo los inversionistas y ajenos a la empresa;g) la necesidad en algunos casos de corregir o actualizar información previa de deviene errónea, perjudicial o inexacta, conforme a las reglas de la prudencia.

VII. El concepto de "información material" definido como aquella información que razonablemente puede determinar la decisión de votación del accionista o del tercero involucrado en la operación o negocio empresarial es idónea como herramienta para decidir qué información debe ser revelada por los directores. Una institución paralela a este concepto es la del "diligente inversor" que se informa previamente a la votación en el negocio empresarial considerado.

VIII. La materialidad de la información revelada por la sociedad se distingue de la materialidad en la información financiera-contable brindada por ella. Esta distinción puede ser útil porque la segunda es más amplia que la primera y asimismo permite una mayor protección de la integridad patrimonial de la sociedad y de los intereses de terceros relacionados con la sociedad (*insiders*) como así también de terceros extraños a ella (*outsiders*).

IX. Es relevante y apropiada la distinción que se hace entre errores contables pequeños o irrelevantes y los demás errores contables posibles. Asimismo, es apropiada la no vinculación entre materialidad de la información y fórmulas o umbrales matemáticos sino su vinculación con la substancia material de lo informado económicamente, la que debe ser significativa en el conjunto de toda la información disponible.

X. Las distintas pautas interpretativas que brindan algunas leyes especiales sobre el concepto de materialidad de la información puede ser útil y razonable para aplicarla a cada sector de la información empresarial considerada.

XI. Es ajustada a la realidad material en juego y oportuna la distinción entre la *factual information* (información típicamente verificable de modo "objetivo" e históricamente comparable) y la *soft information* (entendiendo como tal, entre otras, los informes sobre la calidad del gobierno corporativo, las proyecciones y pronósticos empresariales, los planes e intenciones futuras, las incertidumbres legales que deben ser enfrentadas, las propuestas, las negociaciones y los motivos y objetivos empresariales). Asimismo es razonable englobar ambas como incluidas en el concepto de "información material", sobre todo la segunda. Ello asegura por una

parte la protección de la integridad patrimonial de la sociedad y por otra parte la certeza del consentimiento informado del tercero que debe decidir respecto de una negociación empresarial concreta.

XII. La consideración, en algunas oportunidades, por los tribunales, de posibles situaciones dilemáticas frente a dos extremos, respecto de la información otorgada a los analistas económicos, (esto es: brindar a terceros información necesaria para el buen desempeño de la empresa o causar un daño a la empresa al revelar información que no pertenece al dominio público y que no debe ser revelada o bien que puede ser inductora de errores a terceros) plantea dos cuestiones: comprobar previamente si el dilema es real o meramente hipotético o aparente. En segundo lugar, si el dilema existe efectivamente puede ser resuelto mediante las reglas de la filosofía práctica o ética sobre una acción de doble efecto, que pueden ser aplicadas analógicamente a este caso.

XIII. En los casos de informaciones de analistas económicos (especialmente en el caso de tratarse de *outsiders*) son aplicables las reglas de la responsabilidad profesional de ellos por violación a las normas profesionales técnicas y éticas, las que han sido aplicadas en algunos casos judiciales en los últimos años y reforzadas luego de las reformas legales del 2002.

XIV. La necesidad de brindar información material en el caso de fusiones societarias es encomiable y ha tenido el respaldo de la Corte Suprema de Justicia, ya que ella protege a todas las partes involucradas en la operación.

XV. Las normas sobre transparencia de la información sobre la retribución de los directores de la sociedad son oportunas y legítimas a fin de proteger a todas las partes en el caso de retribuciones excesivas, tema que ha tenido un creciente desarrollo legal y ético en los últimos años. Estas normas pueden habilitar la adopción de medidas tendientes a su reducción o ajuste posterior a las circunstancias de las tareas realizadas y su contexto económico-financiero.

XVI. El desarrollo de las normas sobre *insider trading* en los últimos años constituye un plexo normativo adecuado a fin de lograr la protección del patrimonio de la sociedad y de las decisiones de terceros integrantes o ajenos a ella, especialmente de los inversores, en relación —en definitiva— con el precio de mercado de los títulos accionariales o *securities* de la sociedad. Las normas de esta institución constituyen un adecuado instrumento frente a situaciones de injusticia causadas por conductas reprochables imputables a los directores de sociedades. Asimismo, su especificidad permite ajustar las soluciones particulares para cada caso en cuestión.

XVII. Resulta encomiable vincular las normas sobre *insider trading* con la "materialidad" la información empresarial manejada por los directores, ya que ello permite proteger adecuada y razonablemente el patrimonio social y las adecuadas decisiones de los terceros involucrados en la operación empresarial considerada. Lo mismo cabe afirmar respecto de la multiplicidad de campos o temas a los que se refiere o regulan las normas sobre *insider trading*, las que no se agotan meramente en las operaciones sobre *securities*.

XVIII. Constituye una razonable y adecuada política legislativa englobar dentro de las normas sobre *insider trading* campos o aspectos tales como, entre otros: dividendos, cambios en el gobierno o control societario, resultados financieros de la sociedad o de alguna de sus principales divisiones administrativas, procedimientos concursales, incremento o disminución de los dividendos, ofertas públicas o ventas privadas de deuda o empréstitos expresados en *securities*, propuestas significativas de fusión o de adquisición o sus acuerdos, nuevos productos significativos o descubrimientos, litigios significativos o disputas con clientes, proveedores o cocontratantes, investigaciones gubernamentales, *joint ventures* y cualquier informe requerido por la *Securities Exchange Act.* Esta política amplia protege adecuadamente a todas las partes involucradas en supuestos distintos a los de negociaciones con *securities*.

XIX. Constituye una razonable y adecuada política legislativa la formulación de algunas prohibiciones de conducta de los directores respecto en casos de negociaciones del capital accionario de la sociedad que dirigen, de acuerdo con las normas estatutarias y los fallos judiciales vigentes. El esfuerzo de los operadores jurídicos

respecto de la generación de distintas teorías o doctrinas acerca del *insider trading* es ajustado a las realidades en juego y los intereses involucrados.

XX. Las normas sobre la responsabilidad del *tipee* y del *tipper* engloban supuestos no englobados en las normas sobre *insider trading* y constituyen una adecuada política protectora del patrimonio de la sociedad.

XXI. Las normas estatales y las federales reguladoras del *insider trading* constituyen entre sí un complemento idóneo a fin de proteger adecuadamente el patrimonio de la sociedad y las adecuadas decisiones de terceros contratantes con ella.

XXII. Los *compliance programs* establecidos en numerosos esquemas normativos internos de numerosas sociedades comerciales constituyen un instrumento adecuado a fin de lograr una adecuada formación de los directores y demás empleados de la sociedad tendiente a lograr una dirección y gestión más eficiente y más justa de los negocios sociales y una mejor protección del patrimonio social y de los intereses de terceros contratantes con la sociedad. Además, ellos pueden prevenir la comisión de ilícitos civiles y penales por parte de los directores y demás empleados de la sociedad, logrando una mejor eficiencia en el objetivo preventivo de las sanciones civiles y penales, lo que ha sido puesto de relieve por la doctrina, especialmente por los autores de derecho penal en Estados Unidos. Esta política es más eficaz que el mero incremento de las penas y acuñación de nuevos delitos societarios.

XXIII. La creciente complejidad de las transacciones con derivados financieros, su sofisticación y el manejo de instrumentos computarizados han incrementado los riesgos de exposición a la responsabilidad por los directores y otros oficiales de la sociedad, ocasionada por la dificultad de comprensión de sus características y límites por parte de ellos, lo que ha provocado pérdidas no esperadas o no previstas y a veces cuantiosas. Las normas sobre responsabilidad de directores de la sociedad por el uso de derivados financieros se encuentran en un estado incipiente que requiere un mayor desarrollo futuro a fin de proteger adecuadamente el patrimonio de la sociedad y de los terceros contratantes con ella.

## X. Comparación con el derecho argentino

Las normas de la Ley de Sociedades Comerciales argentina (arts. 274 y ccds., y conforme a la pauta del buen hombre de negocios del art. 59) prevén con carácter general la responsabilidad de directores de sociedades comerciales. No se prevén supuestos específicos de responsabilidad patrimonial de los directores por abuso en la revelación y utilización de la información empresarial de la sociedad que dirigen. La doctrina argentina se ha hecho cargo de algunos casos de responsabilidad de directores por estos supuestos **(99)**.

Las normas más específicas del derecho societario en Estados Unidos pueden ser útiles para brindar un marco interpretativo, entre otros posibles, a las normas generales de los arts. 274 y 59 de la Ley de Sociedades Comerciales argentina.

## XI. Conclusiones esenciales de la investigación

I. La evolución de las normas sobre responsabilidad civil de los directores en Estados Unidos se encuentra muy desarrollada en el marco del derecho comparado, lo que amerita un estudio pormenorizado y comparatístico sobre sus posibles virtudes, ventajas y desventajas, desde la óptica del sistema continental europeo.

II. En la actualidad la responsabilidad civil de los directores de sociedades está firmemente asentada en el derecho de los Estados Unidos, tanto a título de culpa o negligencia como de dolo.

III. En los Estados Unidos existen normas o principios generales sobre la responsabilidad civil de los directores de sociedades que son aplicables a los casos de responsabilidad civil de ellos respecto del abuso en la revelación de

(99) Cfr., p. ej., DASSO, Ariel G., "El aprovechamiento de información reservada", DJ 1987-II-209; NISSEN, Ricardo A., "Los fraudes cometidos a través de los estados contables", ED 198-1075; OTAEGUI, Julio C., "Abuso de información bursátil reservada", ED 196-299 y ROIMISER, Mónica, "Insider trading", RDCO, octubre 1978. Para un abordaje a la problemática general de la responsabilidad de los directores de sociedades puede verse la muy documentada monografía de GAGLIARDO, Mariano, "Responsabilidad de los directores de sociedades anónimas", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 5ª ed., 2007.

la información empresarial de la sociedad que dirigen.

IV. Asimismo existen normas específicas que regulan la responsabilidad civil de los directores en casos de abuso en la utilización de la información societaria que en algunos aspectos especifican las normas generales con mayor detalle.

V. Puede ser conveniente que se regule la compensación patrimonial derivada de ilícitos civiles en casos de abusos en la revelación y utilización de información empresarial de forma detallada para cada especie de casos o supuestos de responsabilidad. En la actualidad esta es una materia poco regulada y en la que se registran muy pocos casos —al parecer— de responsabilidad civil derivada de ilícitos civiles específicos. La necesidad de compensar adecuadamente los daños civiles justificaría una elaboración de reglas de responsabilidad civil aplicables a cada supuesto de responsabilidad propio de la materia analizada, o al menos en cada sector de ilícitos conforme a la sistemática que siguen los autores norteamericanos y que se ha seguido en este trabajo. Alternativamente puede ser prudente brindar pautas interpretativas de las normas generales de responsabilidad civil aplicadas a los supuestos analizados en este trabajo. Un estudio más profundo de estas cuestiones puede ser más ilustrativo, al menos como criterio de interpretación de las normas más generales sobre responsabilidad civil de directores de sociedades, para una más adecuada y justa aplicación de los principios del resarcimiento patrimonial en esta materia.

# JURISPRUDENCIA

## SOCIEDADES

**Competencia de la IGJ. Alcance. Interés público. Actos jurisdiccionales. Defensa en juicio. Límites.**

1. — La IGJ no tiene competencia para juzgar inoponible la personalidad de ninguna sociedad ni, por ende, para hacer lo propio con sus actos, ni mucho menos respecto de actos entre particulares. A ello se agrega que, en tanto ejercida sin apego a ninguna regla adjetiva, sin forma de juicio, sin requerimiento de ningún sujeto interesado, con información que no se sabe de dónde extrajo y de modo irrazonable —en tanto disociado de la necesidad de proteger el interés público que justifica el poder de fiscalización que asiste al organismo—, esa actuación es incompatible con las reglas formales y sustanciales que deben regir el desempeño de los órganos administrativos en un Estado de Derecho.

2. — La IGJ, sin siquiera haberle dado una audiencia previa, la IGJ "supuso" que la sociedad había tenido un bien inmueble como único activo y, sobre esa base, dictó un pronunciamiento que, por su contenido —inoponibilidad de la personalidad de la apelante y de sus actos, entre otras cosas—, es jurisdiccional, aunque.

3. — La base y la justificación de la competencia fiscalizadora de la IGJ es el interés público; noción que, porque no está presente en todas las sociedades, ni lo está en todos los casos con la misma intensidad, tampoco habilita un control siempre igual, sino que admite escalas y mutaciones. La necesidad de que esté presente un interés público no solo justifica el poder del organismo, sino que también le marca sus límites, pues lo somete a la obligación de respetar las libertades individuales en todo lo que exceda ese interés.

4. — Que la IGJ tenga el control permanente de una sociedad, no apareja que tenga competencia para declarar "irregulares e ineficaces a los efectos administrativos" cualquiera de sus actos. Esa declaración no es sino una herramienta al alcance del organismo para ejercer su función, por lo que, como cualquier otra herramienta, se encuentra sometida a los condicionamientos propios de esa función a la cual sirve.

5. — Si la LGS no concedió a la IGJ facultades jurisdiccionales, sus decisiones tampoco pueden tener las características de coercitividad propias de un pronunciamiento judicial, que, debería ser requerido por ella, tras haber declarado aquella ineficacia administrativa destinada a resistir la legalidad del acto y explicar su vinculación con el interés público tutelado.

6. — Declarar inoponible la personalidad de una sociedad o de alguno de sus actos en abstracto, esto es, sin la presencia de una relación subyacente en cuya tutela se justifique alterar la imputabilidad de lo actuado, es tanto como confundir lo accesorio con lo principal, o el instrumento con su finalidad.

**CNCom., sala C, 15/07/2021. - Inspección General de Justicia c. Boswil SA s/ organismos externos.**

**[Cita on line: AR/JUR/107081/2021]**

### COSTAS

Se imponen por su orden.

Expte. n° COM 010154/2020/CA001

Buenos Aires, julio 15 de 2021.

*Considerando*:

1. Viene apelada la resolución particular 334/2020 de la Inspección General de Justicia en la que el señor Inspector a cargo de ese organismo concluyó que el acto por medio del cual la sociedad apelante había restituido cierto inmueble al señor Lucio Niro debía considerarse inoponible, por lo que lo declaró irregular e ineficaz a los efectos administrativos e intimó a la nombrada -constituida en la República Oriental del Uruguay- a adecuarse a la ley argentina.

2. De los antecedentes de lo actuado resulta que, mientras corría el año 1998, ese inmueble fue transferido por el mencionado señor Niro a "Boswil SA" y que, después, bajo los postulados de la Ley de Sinceramiento Fiscal 27.260, "Boswil" volvió a transferirlo a su "anterior propietario", ocasión en la que reconoció que aquella primera transferencia había sido simulada y que el señor Niro había tenido la posesión continua de ese bien desde agosto de 1993.

3. Estas actuaciones fueron iniciadas de oficio por el señor Inspector autor de la resolución impugnada, quien expresó que así procedía pues "...había tomado conocimiento..." de la existencia de la escritura en la que había sido instrumentado este segundo acto.

Tras afirmar que la adquisición de ese inmueble demostraba que "Boswil" había realizado actividad habitual en el país, afirmó también que debía presumirse que ese había sido su principal activo y que ella no lo había aplicado a ninguna gestión en el extranjero.

De ello derivó que la nombrada debía ser encuadrada en el art. 124 de la LGS, por lo que, dado que había omitido ajustarse a la ley argentina, tanto su personalidad como esa actuación suya -esto es, la transferencia inmobiliaria que había efectuado a favor del señor Niro- debían considerarse inoponibles.

Intimó también a la sociedad a adecuarse a las prescripciones de la legislación nacional que citó y a que se inscribiera en el Registro Público a cargo de esa Inspección bajo apercibimiento de promover en su contra las acciones legales que correspondieran.

4. Los apelantes sostienen que la resolución es nula porque carece de adecuada motivación.

Afirman que la compra de un inmueble no puede considerarse actividad habitual en los términos del art. 118 tercer párrafo de la LGS y que tampoco estamos ante una sociedad susceptible de ser encuadrada en el citado art. 124, dado que ese inmueble ya fue transferido a su verdadero dueño y no es intención del ente realizar ninguna actividad en el país.

Manifiestan, además, que la IGJ no tiene competencia para actuar del modo en que lo hizo, dado que el acto cuestionado fue un acto de sinceramiento fiscal adoptado en el marco de la Ley 27.260 y sujeto a la competencia de la Administración Federal de Ingresos Públicos, no de ese otro organismo administrativo.

5. La resolución ha de ser revocada.

No es dudoso que entre las modalidades o mecanismos de "sinceramiento" fiscal que fueron previstos en la ley 27.260, se admitió el consistente en declarar como propios determinados bienes que aparecieran a nombre de terceros (arts. 38 y 39 de la ley 27.260 y decretos 895/2017 y 1206/2017).

Tampoco lo es, a nuestro juicio, que ello no implicó modificar las normas de la ley 19.550 en términos que permitieran licuar el patrimonio de una sociedad, atribuyendo por esa vía sus bienes a otros sujetos, sin cumplir con las normas previstas en esa ley en protección de terceros.

No obstante, si esa premisa es en sí misma incuestionable, no menos lo es que la IGJ no tiene competencia para juzgar inoponible la personalidad de ninguna sociedad ni, por ende, para hacer lo propio con sus actos, ni mucho menos respecto de actos entre particulares.

A ello se agrega que, en tanto ejercida sin apego a ninguna regla adjetiva, sin forma de juicio, sin requerimiento de ningún sujeto interesado, con información que no se sabe de dónde extrajo (en particular por cuanto toda la documentación vinculada con el sinceramiento fiscal se encuentra sujeta al secreto fiscal en los términos del art. 87 de la ley 27.260 y 101 de la ley 11.683, t.o. 1998)- y de modo irrazonable -en tanto disociado de la necesidad de proteger el interés público que justifica el poder de fiscalización que asiste al organismo-, esa actuación es incompatible con las reglas formales y sustanciales que deben regir el desempeño de los órganos administrativos en un Estado de Derecho.

6. Nótese que, sin siquiera haberle dado una audiencia previa, la IGJ "supuso" que "Boswil" había tenido aquel bien como único activo y, sobre esa base, dictó un pronunciamiento que, por su contenido -inoponibilidad de la personalidad de la apelante y de sus actos, entre otras cosas-, es jurisdiccional, aunque, vale aclarar, tampoco hubiera podido ser dictado de ese modo oficioso por ningún juez ni tribunal.

Es decir: ningún organismo estatal, ni judicial ni administrativo, podría haber dictado ese acto sin cumplir con la garantía constitucional del debido proceso, lo cual denota que la noción de "soberanía" está aquí siendo malentendida, en tanto está siendo invocada para justificar el ejercicio de poderes que no se tienen ni siquiera en las más altas esferas de la Administración a la que la IGJ pertenece.

7. La Sala ya se expidió sobre las facultades de fiscalización de la IGJ al pronunciarse in re "Inspección General de Justicia c/ Arte Inmobiliario SAS s/ organismos externos", del 18 de febrero de 2021 y en "Inspección General de Justicia c/ Vereinigte Extilwerke Gmbh-Interprises Textiles Reunies Sarl - United Textil Works s/ organismos externos" del 9 de marzo de 2021, fallos a los que, en lo pertinente, cabe remitir.

En lo que aquí interesa, vale recordar que de lo dispuesto en el art. 3 de la ley 22.315, resulta que, como no podría ser de otro modo dado el principio de legalidad que rige la competencia de los órganos administrativos (art. 3º de la ley 19.549), esa Inspección tiene a su cargo las funciones que le son "…atribuidas por la legislación pertinente…" (sic).

La cuestión debe ser dilucidada, por ende, a la luz de las normas de la ley 19.550 a las que remite esa disposición, de la que resulta, como se señaló en los citados precedentes, que la base y la justificación de la competencia fiscalizadora de la IGJ es el interés público; noción -la de interés público- que, porque no está presente en todas las sociedades, ni lo está en todos los casos con la misma intensidad, tampoco habilita un control siempre igual, sino que admite escalas y mutaciones.

Ese dato -esto es, la necesidad de que esté presente un interés público- no solo justifica el poder del organismo, sino que también le marca sus límites, pues lo

somete a la obligación de respetar las libertades individuales en todo lo que exceda ese interés.

Para verificar, entonces, si la IGJ puso legítimamente en marcha sus facultades, debe constatarse cuál fue el interés público en cuya protección actuó, pues, sin ese dato, la actuación se disocia del principio de razonabilidad que, en lo que aquí interesa, exige al organismo circunscribirse a la finalidad que llevó al legislador a reconocerle esa atribución.

8. Desde esa perspectiva, varios son los fundamentos que nos conducen a sostener que la IGJ se extralimitó en este plano, pues ningún interés de esa especie exhibe esta cuestión.

Por lo pronto, la invocación de "potenciales" terceros -como en el caso la misma IGJ calificó a los sujetos en función de los cuales decidió intervenir-, que no canalizan ningún interés actual concreto, no cubre aquella exigencia, máxime cuando mal podría decirse que aquí está interesado el "orden público" -como reiteradamente se expresó en la resolución recurrida- si, pese al tiempo transcurrido, no ha logrado detectarse ni una sola deuda no cubierta por "Boswil".

A ello se agrega que, más allá de si ser titular de un inmueble importa o no ejercer actividad habitual y de si, en tal caso, la falta de inscripción de la sociedad la coloca o no en la hipótesis del art. 124, lo cierto es que la IGJ ha presumido sin mayor explicación que esa fue la "única actividad" del ente, aceptando que él no realiza ninguna otra en el país y que tampoco es su interés hacerlo en el futuro.

En ese marco, sostener recién ahora -esto es, precisamente cuando la sociedad ya ha dejado de "ejercer esa actividad"-, que ella debe volver a adquirir el inmueble para liquidarse conforme a la ley argentina o reducir su capital, importa adoptar un temperamento dispendioso e innecesario cuando, como en el caso, está ausente aquel interés que lo hubiera justificado.

Es, además, un temperamento que no tiene sentido a la luz de las circunstancias del caso, que demuestran la desaparición de los presupuestos de hecho invocados por la IGJ como idóneos para encuadrar al ente en el citado art. 124, que aparecería aplicado así de manera casi "retroactiva".

Si la única "actividad" que realizó la sociedad fue la de tener en propiedad ese inmueble, la posibilidad de que existan a su cargo deudas desvinculadas de ese bien es cuanto menos poco creible; y, si existieran esas u otras deudas, sus titulares estarían de todos modos protegidos, dado que, admitido que la transferencia fue simulada, el verdadero dueño tanto del bien como de la sociedad, no podría desentenderse.

9. Sin perjuicio de lo expuesto, la solución adoptada es equivocada desde otras ópticas.

Que la IGJ tenga el control permanente de una sociedad, no apareja que tenga competencia para declarar "irregulares e ineficaces a los efectos administrativos" cualquiera de sus actos.

Esa declaración no es sino una herramienta al alcance del organismo para ejercer su función, por lo que, como cualquier otra herramienta, se encuentra sometida a los condicionamientos propios de esa función a la cual sirve.

De esto se deriva aquel primer límite que ya hemos señalado, cual es que, al igual que esa función, también dicha atribución está subordinada a la presencia de un interés público, lo cual descarta que la IGJ pueda emitir tal pronunciamiento respecto de actos entre particulares que solo conciernen a intereses privados.

A ese límite se agregan los que resultan de la Constitución Nacional, que descartan que un organismo administrativo pueda, mediante una declaración de esa índole, privar de efectos a los actos cuestionados.

Eso no fue lo legislado, ni podría haber sido, pues, de sostenerse lo contrario, se estarían equiparando los efectos de esa decisión administrativa a los que tendría una declaración de nulidad, que, por su esencia, es materia claramente jurisdiccional.

Es esencialmente jurisdiccional porque, para resolver una nulidad, hay que aplicar el derecho común, que es atribución propia y exclusiva del Poder Judicial (art. 116 CN) y, por ende, vedada a cualquier organismo administrativo, incluso con competencia jurisdiccional, que no tiene la IGJ (ver doctrina CSJN "Fernandez Arias" y " Angel Estrada", Fallos: 247:646; y 328: 651).

No la tiene, porque no concurren a su respecto los recaudos exigidos por la Corte Nacional para que esa competencia de un organismo administrativo pueda considerarse constitucional (ver Fernández, Leonardo F., Declaración de la I.G.J. de "irregularidad e ineficiencias a los efectos administrativos" de actos societarios, LA LEY 2014-F, 38).

En lo que aquí interesa, el ordenamiento societario niega -implícita pero inequívocamente- tal competencia a la IGJ, como se infiere de que solo le reconoce legitimación para pedir la suspensión de los actos respectivos ante el juez competente (art. 252 y 303 LGS; ver Fernández, Leonardo F., op. cit).

Por más contrario a la ley, al estatuto o al reglamento que sea un acto, entonces, la IGJ solo puede solicitar su suspensión "al juez del domicilio de la sociedad" (art. 303), de lo cual resulta que, en el es-

quema de la ley general de sociedades, solo los jueces pueden suspender la eficacia de lo actuado, lo cual de suyo implica que esos actos tienen eficacia, salvo que una decisión judicial diga lo contrario.

Si la IGJ no tiene competencia jurisdiccional en los términos de la ley societaria, tampoco podría tenerla en los de la ley N° 22.315, que no se la otorga de modo expreso, ni podría haberlo hecho de modo implícito a través de su art. 6, pues es una ley local, que no podría haber exorbitado esa ley de fondo ni, por ende, servir de fuente para otorgar a la IGJ esa función jurisdiccional en los términos exigidos por la Corte en la jurisprudencia referida en el trabajo recién citado.

Es necesario tener presente, a estos efectos, que el Congreso Nacional no sólo dicta leyes "nacionales" –v. gr. los códigos de fondo (art. 75 inc. 12 de la Constitución Nacional)- y leyes federales (v. gr. navegación, marcas y patentes, etc.), sino también normas locales.

Estas últimas conciernen a los poderes no delegados por las Provincias en el Gobierno Federal, por lo que, cuando el Congreso las dicta, no puede avanzar sobre las materias que sí hayan sido delegadas, pues, si lo hiciera, estaría generando entre las Provincias y los territorios destinatarios de esa regulación local, una diferencia inadmisible.

Aplicados estos conceptos al caso, es claro que, cuando Congreso de la Nación dictó la ley 22.315, actuó como legislador "local", como se infiere, no sólo de la materia regulada, sino también del propio ámbito territorial de aplicación de esa ley, de lo cual se deriva que ella no tuvo eficacia para alterar el ordenamiento societario que rige en todo el territorio argentino.

Ella dejó indefinidos cuáles eran los efectos de la ineficacia declarada a los "efectos administrativos", pero algo es claro: el vacío debe ser cubierto con un contenido compatible con la Constitución que nos rige.

Debe aceptarse, entonces, que los efectos de esa declaración no son iguales a los de la invalidez del acto, por las razones ya vistas.

Y debe aceptarse también que, si la LGS no concedió a la IGJ facultades jurisdiccionales, sus decisiones tampoco pueden tener las características de coercitividad propias de un pronunciamiento judicial, que, como vimos, debería ser requerido por ella, tras haber declarado aquella ineficacia administrativa destinada a resistir la legalidad del acto y explicar su vinculación con el interés público tutelado (ver Fernández, Leonardo F., op. cit.).

Una última aclaración sobre este punto: si esa declaración autoriza o no a la IGJ a rechazar la inscripción de dicho acto, es asunto que aquí no interesa, dado que la transferencia inmobiliaria que fue objeto de la decisión cuestionada no era susceptible de inscripción en esa sede.

10. Sin perjuicio de lo hasta aquí expuesto, y dadas las opiniones doctrinarias encontradas que existen en torno a los asuntos tratados, vale que la Sala ingrese en ciertos aspectos vinculados con el fondo de la cuestión.

A nuestro juicio, y contrariamente a lo que fue sostenido en la decisión apelada, el art. 124 de la LGS no autoriza a declarar la inoponibilidad de la personalidad societaria.

Más allá de los debates habidos en torno a cuáles son las consecuencias que se siguen para la sociedad de lo dispuesto en esa norma -irregularidad total, irregularidad territorial, inoponibilidad relativa, inoponibilidad absoluta, responsabilidad de los administradores, entre otras tesis-, la Sala no encuentra razones para apartarse del propio texto de la disposición, que es, como diría la Corte, el primer índice a seguir para verificar la correcta inteligencia de aquello que debe ser interpretado.

Ese art. 124 dispone:

"...La sociedad constituida en el extranjero que tenga su sede en la República o su principal objeto esté destinado a cumplirse en la misma, será considerada como sociedad local..." a los efectos allí previstos.

Al así disponer, la norma se ocupa expresamente de regular cuáles son las aludidas consecuencias: la sociedad infractora debe ser tratada como si fuera local a esos efectos.

El legislador mediante la norma imperativa explicitada, desplaza la norma de conflicto prevista por el art. 118 de la LS, operando una "auto-elección" del propio derecho que busca armonizar los valores en pugna sin que ello importe necesariamente la existencia de fraude a la ley.

Al expresar que ella -la sociedad- será tratada como local, va de suyo que la reconoce: no le quita el carácter de sujeto de derecho, ni la vuelve inoponible.

Lo que hace, en cambio, es crear el mecanismo para cubrir el bien jurídico tutelado, que es el tráfico mercantil y los intereses de terceros involucrados en el asunto, para lo cual manda aplicar la ley local que permitirá a esos terceros conocer la organización de esa sociedad y superar las dificultades implícitas en la omitida publicidad registral.

Se establece, entonces, el derecho aplicable, pero no más allá de lo que interesa a ese bien jurídico,

según la referida norma de policía que otorgará a la IGJ -como ella misma lo sostiene- el mismo poder de control que hubiera tenido sobre la sociedad si hubiera sido local, con las mismas atribuciones, que en ningún caso -ni siquiera en las versiones de control más intenso- incluye la de obligar a una sociedad a reconstituirse.

11. A ello se agrega que, de todos modos, la inoponibilidad que aquí se declaró tampoco sería viable respecto de una sociedad local; no, al menos, en el marco de las circunstancias que rodearon este caso.

Estamos ante un instituto -esa inoponibilidad- que es de naturaleza puramente instrumental, esto es, asociado siempre a relaciones principales -cualquiera que sea su índole- que son las que el legislador protege.

En ese marco, sin una relación susceptible de fundar esa acción principal, tampoco existe la posibilidad de declarar la aludida inoponibilidad, que perdería todo su sentido, pues no lo tiene en sí misma, sino por la función que cumple, cual es la de servir de mecanismo para imputar esa relación a otros sujetos, distintos a aquellos que han exteriorizado su vinculación.

Así resulta de lo dispuesto en el art. 54 de la LGS, que dice:

"...La actuación de la sociedad...se imputará a los socios o controlantes que la hicieron posible...".

La norma viabiliza, así, como se dijo, una imputación diversa a la ostensible y a ello se acota, demostrando que la inoponibilidad -que es la acción principal, aunque no la única que ese art. 54 contempla- no implica declarar la inexistencia de la sociedad cuya personalidad haya sido desviada, ni hacer caer lo actuado, ni quitarle validez, ni nada que se le parezca.

Su efecto es, en cambio, permitir que una actuación -de la que haya resultado un derecho, una obligación, un contrato o similar- se atribuya a otra persona, alterando la imputabilidad inicial de esa actuación a fin de que ella exhiba la imputabilidad que le sea adecuada, sea que tal actuación se circunscriba a un solo acto, o que abarque toda la actuación societaria que haya sido llevada a cabo, como típicamente ocurre en la insolvencia (art. 161 inc. 1 LCQ; ver MANÓVIL, Rafael, "Grupos de Sociedades en el derecho comparado", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998, pág. 1025 y ss).

Desde esa perspectiva, es claro que eso de declarar inoponible la personalidad de una sociedad o de alguno de sus actos en abstracto, esto es, sin la presencia de una relación subyacente en cuya tutela se justifique alterar la imputabilidad de lo actuado, es tanto como confundir lo accesorio con lo principal, o el instrumento con su finalidad.

Como se dijo más arriba, eso fue lo que aquí hizo la IGJ: sin tener ningún interesado en la cuestión e invocando "potenciales" terceros -que, dada la mecánica de los hechos, se hubieran hallado de todos modos protegidos-, hizo aplicación de una medida que, así utilizada, queda vacía de contenido.

12. Por lo expuesto,*Resuelve:* hacer lugar al recurso y, en consecuencia, revocar la decisión apelada. Costas por su orden, en atención a que las razones que fundan este pronunciamiento remiten a cuestiones que son objeto de arduas discusiones doctrinarias.

Notifíquese por secretaría a las partes y a la Señora Fiscal General.

Cúmplase con la comunicación ordenada por el art. 4° de la Acordada de la Excma. Corte Suprema de Justicia de la Nación 15/13, del 21.5.2013.

Firman los suscriptos por encontrarse vacante la vocalía n° 8 (conf. art. 109 RJN). — *Eduardo R. Machin. — Julia Villanueva.*

## MEDIDAS CAUTELARES

**Resolución de la AFIP que rechazó la compensación del "impuesto sobre los bienes personales - acciones o participaciones societarias" con los saldos de libre disponibilidad emergentes del IVA. Medida cautelar que suspende sus efectos. Medio legal de cancelación de obligaciones tributarios. Aplicación del precedente "Rectificaciones Rivadavia SA" de la Corte Suprema de Justicia. Peligro en la demora.**

1. — La compensación es un medio legal de cancelación de las obligaciones tributarias —art. 28 de la ley 11.683— **[1 y 2]**.

2. — En el precedente "Rectificaciones Rivadavia S.A." —12/07/2011, AR/JUR/33448/2011—, la Corte Suprema —con remisión al dictamen del Ministerio Público Fiscal— ha dicho que por la forma en que el legislador redactó el artículo sin número a continuación del artículo 25 de la ley 23.966 —texto según su similar 25.585—, resulta innegable que las sociedades regidas por la ley 19.550 —como lo es la firma actora— son las únicas que quedan obligadas frente al Fisco por el tributo que correspondería a sus accionistas o participantes en su capital, el cual deberán abonar con carácter de pago único y definitivo **[1 y 2]**.

3. — La medida cautelar solicitada por una sociedad con el objeto de suspender la resolución de la AFIP, que rechazó la compensación del saldo acreedor en el IVA con el deudor en el impuesto sobre los bienes personales —acciones y participaciones societarias—, debe ser admitida, pues el peligro en la demora se encuentra acreditado, a partir de la consideración de los diversos efectos que podría provocar el inicio del juicio de apremio que la parte demandada se halla habilitada a promover respecto de la obligación tributaria involucrada, entre ellos su gravitación económica. Además, no debe perderse de vista que las sumas que cubren la referida obligación fiscal ya se encuentran en poder del organismo recaudador, pues la firma actora posee saldos de libre disponibilidad en el impuesto al valor agregado con los que pretendió oportunamente cancelar la deuda materia de discusión.

4. — La pretensión cautelar no coincide con el objeto de la demanda principal, pues ésta se dirige a obtener revocación de la resolución de la AFIP —que rechazó la compensación del saldo acreedor en el IVA con el deudor en el impuesto sobre los bienes personales— y aquélla se limita a suspender sus efectos.

5. — La medida cautelar —que suspende la resolución de la AFIP que rechazó la compensación del saldo acreedor en el IVA con el deudor en el impuesto sobre los bienes personales— no provoca la afectación del interés público ni causa efectos jurídicos o materiales irreversibles —art. 13, incisos 'd' y 'e', de la ley 26.854—, puesto que no proyecta sus efectos más allá del caso concreto y frente a un hipotético pronunciamiento desfavorable sobre el plano sustancial de la cuestión debatida la parte demandada podrá reclamar el cumplimiento de la obligación tributaria.

**CNFed. Contenciosoadministrativo, sala I, 12/07/2021. - Avenida Compras SA c. EN-AFIP-DGI s/ inc. apleación.**

**[Cita on line: AR/JUR/110354/2021]**

## JURISPRUDENCIA VINCULADA

**[1 y 2]** Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contenciosoadministrativo Federal, sala I, "Cresud SA Comercial Inmobiliaria Financiera y Agropecuaria c. EN-AFIP-DGI s/ inc. de apelación", 08/08/2019, AR/JUR/29643/2019

## COSTAS

A la AFIP, por resultar sustancialmente vencida (art. 68, primera parte, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Expte. n° CAF 016236/2020/1/CA001

Buenos Aires, julio 12 de 2021.

*Considerando:*

I. Que la representación legal de la firma Avenida Compras S.A. promovió demanda contra la Administración Federal de Ingresos Públicos - Dirección General Impositiva (AFIP-DGI), con el objeto de obtener la revocación de la resolución nº 179/2020 (DI RCII) que, al desestimar el recurso de apelación deducido en los términos del artículo 74 del Decreto 1397/79, mantuvo la resolución del 22 de junio de 2020 que rechazó su solicitud de pago por compensación del "impuesto sobre los bienes personales - acciones o participaciones societarias" (período fiscal 2019), con los saldos de libre disponibilidad emergentes del IVA (período fiscal 04/2020), por la suma de $1.203.478,23.

Relató que el artículo sin número incorporado a continuación del artículo 25 de la ley 23.699 (texto según ley 25.585) la obliga a actuar como responsable sustituto del impuesto a los bienes personales que recae sobre las acciones o participaciones que tuvieran en el capital personas físicas y/o sucesiones indivisas domiciliadas en el país o en el exterior.

Señaló que luego del precedente de la Corte Suprema "Rectificaciones Rivadavia S.A." (Fallos: 334:875) —que convalidó el criterio de que los responsables sustitutos puedan utilizar sus saldos de libre disponibilidad para cancelar por compensación las obligaciones tributarias—, la AFIP dictó la RG Nº 3175/2011 que prohibió a esos responsables la posibilidad de pagar sus obligaciones tributarias por compensación.

En ese marco, solicitó el dictado de una medida cautelar a los efectos de que se ordene a la AFIP-DGI que se abstenga: (a) "de intimar, ejecutar, exigir, caucionar o de cualquier otro acto similar, sea en sede administrativa o judicial, con relación al Impuesto sobre los bienes personales correspondiente al período fiscal objeto de la presente acción, hasta tanto recaiga un pronunciamiento definitivo sobre la cuestión de fondo"; y (b) "de plasmar y/o reportar en los sistemas propios o aquellos compartidos con cualquiera de las reparticiones u entes públicos la existencia de deuda en concepto de impuesto sobre los bienes personales acciones y participaciones del período fiscal 2019 y que pudiera impedir con motivo de ello la obtención de certificados y/o la contratación de AVENIDA con el

Estado Nacional o cualquier de sus reparticiones centralizadas o descentralizadas".

II. Que la jueza admitió —previa caución real de $200.000— la medida cautelar requerida por la parte actora, con costas (ver el pronunciamiento del 21 de abril de 2021).

Consecuentemente, ordenó a la AFIP-DGI que "se abstenga de intimar, ejecutar, exigir, caucionar o de cualquier otro acto similar, sea en sede administrativa o judicial, con relación al Impuesto sobre los bienes personales correspondiente al período fiscal objeto de la presente acción, así como de plasmar y/o reportar en los sistemas propios o aquellos compartidos con cualquiera de las reparticiones u entes públicos la existencia de deuda en concepto de impuesto sobre los bienes personales acciones y participaciones del período fiscal 2019 y que pudiera impedir, con motivo de ello, la obtención de certificados y/o la contratación de la firma con el Estado Nacional o cualquier de sus reparticiones centralizadas o descentralizadas, ello hasta tanto recaiga un pronunciamiento definitivo sobre la cuestión de fondo".

Asimismo, reguló honorarios a favor del letrado interviniente por la parte actora.

Para decidir de ese modo, y luego de recordar los recaudos para la procedencia de este tipo de medidas, la jueza:

i. Ponderó el criterio establecido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente "Rectificaciones Rivadavia S.A." (Fallos: 334:875).

ii. Destacó que diversas salas del fuero ratificaron el criterio postulado en ese precedente en varios casos.

iii. Afirmó que, sin desconocer la particular estrictez de la doctrina delineada por el Máximo Tribunal en materia de reclamos y cobros fiscales, los precedentes a los que aludió bastaban para tener por acreditado el requisito de la verosimilitud del derecho.

iv. Acerca del requisito del peligro en la demora, sostuvo que "en atención a la inminencia de que la cuestión pueda tornarse abstracta o inútil, ante el inicio de una ejecución fiscal por parte de la demandada, cabe tener por acreditada una situación particular que puede influir en la sentencia o convertir su ejecución en ineficaz".

III. Que, contra esa decisión, la AFIP-DGI interpuso recurso de apelación y expresó agravios (ver las presentaciones digitales del 26 de abril, 11 de mayo y la réplica de la parte actora del 20 de mayo).

Las críticas pueden ser sintetizadas de la siguiente manera:

i. La jueza desconoció la previsión contenida en el artículo 3º de la ley 26.854, en tanto admitió una medida cautelar cuyo objeto coincide con la pretensión de fondo. Esto es, la suspensión de la ejecución del acto que rechazó las compensaciones que la parte actora pretendía hacer valer.

ii. La verosimilitud del derecho se sustentó en el precedente "Rectificaciones Rivadavia S.A." (Fallos: 334:875) que no es aplicable al caso, pues la decisión allí adoptada se basó en dos resoluciones que se encuentran actualmente derogadas (resoluciones generales nºs 2542 y 1648).

La jueza omitió considerar que, como consecuencia de los lineamientos ofrecidos por la Corte Suprema en ese precedente, la AFIP emitió la resolución general nº 3175/2011, por la cual se clarificaron los conflictos de interpretación suscitados y aclaró que los responsables sustitutos no pueden utilizar la compensación como mecanismo para la cancelación de las obligaciones tributarias emanadas de dicha calidad.

El pronunciamiento es arbitrario al prescindir de la aplicación de la referida resolución.

iii. Los artículos 23 y 24 de la ley 11.683 facultan a la AFIP "a determinar los mecanismos de percepción que mejor se adecuen a una mayor celeridad y eficacia en su rol de administración tributaria".

A su vez, el artículo 28 de esa ley establece que la posibilidad de los sujetos enumerados en el artículo 6º de compensar sus obligaciones tributarias podrá ejercerse de conformidad con los requisitos y condiciones que fije la AFIP.

iv. La existencia de un peligro en la demora no se encuentra acreditada. La parte actora no acreditó el perjuicio económico que sufriría por el pago del tributo o las trabas que tendría en su normal desenvolvimiento.

v. No se consideró el interés público comprometido y la situación de emergencia imperante de público conocimiento, derivada de la pandemia del COVID-19, que obligó al estado a realizar un gran esfuerzo fiscal.

vi. La vigencia de la medida cautelar excede el plazo previsto en el artículo 5º de la ley 26.854.

vii. La imposición de costas es arbitraria, pues el artículo 4º de la ley 26.854 implica que el órgano contra el cual se solicita una cautelar informe sobre el interés público comprometido. La producción de dicho informe no implica la "bilateralización" o la sustanciación del proceso.

IV. Que la procedencia de la medida cautelar solicitada por la parte actora, esto es, la suspensión de los efectos de un acto administrativo, se encuentra condicionada, en los términos del artículo 13 de la ley 26.854, a que "concurran simultáneamente los siguientes requisitos: a) Se acreditare sumariamente que el cumplimiento o la ejecución del acto o de la norma, ocasionará perjuicios graves de imposible reparación ulterior; b) La verosimilitud del derecho invocado; c) La verosimilitud de la ilegitimidad, por existir indicios serios y graves al respecto; d) La no afectación del interés público; e) Que la suspensión judicial de los efectos o de la norma no produzca efectos jurídicos o materiales irreversibles".

V. Que los agravios de la AFIP-DGI dirigidos a cuestionar la admisión de la medida cautelar no pueden prosperar.

En efecto, las cuestiones que aquí se debaten son sustancialmente análogas a la que fueron tratadas por esta sala en la causa nº 74.937/2018/1 "Inc. apelación en autos Cresud S.A. Comercial Inmobiliaria Financiera y Agropecuaria c/ EN-AFIP-DGI s/ Dirección General Impositiva", pronunciamiento del 8 de agosto de 2019.

Cabe resaltar que, al igual que en dicho precedente, la AFIP-DGI no cuestiona la calidad de responsable sustituto que ostenta la parte actora en el "impuesto a los bienes personales - acciones o participaciones societarias", ni el monto declarado como saldo de libre disponibilidad en el impuesto al valor agregado, sino únicamente el modalidad que en la demandante pretendió utilizar dicho saldo —pago por compensación— para cancelar la obligación tributaria materia de autos.

En este sentido, y sin la necesidad de definir la razonable interpretación que cabe otorgar a las disposiciones normativas invocadas por las partes —dado el limitado marco de conocimiento que ofrece el proceso cautelar—, el requisito de la verosimilitud en el derecho se encuentra configurado, pues del modo en que fue puesto de relieve en el precedente de la sala aludido:

a) La compensación es un medio legal de cancelación de las obligaciones tributarias (artículo 28 de la ley 11.683).

b) En el precedente "Rectificaciones Rivadavia S.A.", la Corte Suprema —con remisión al dictamen del Ministerio Público Fiscal— ha dicho que por la forma en que el legislador redactó el artículo sin número a continuación del artículo 25 de la ley 23.966 (texto según su similar 25.585), resulta innegable que las sociedades regidas por la ley 19.550 —como lo es la firma actora— son las únicas que quedan obligadas frente al Fisco por el tributo que correspondería a sus accionistas o participantes en su capital, el cual deberán abonar con carácter de pago único y definitivo.

c) El Alto Tribunal también señaló que "todo tributo pagado en exceso por un contribuyente sigue siendo parte de su derecho de propiedad y, por ende, éste puede disponer de él para la cancelación de otras obligaciones tributarias (...). Todo ello sujeto a una razonable reglamentación (arts. 14 y 28 de la Constitución Nacional) que en el caso está dada por los artículos 27, 28, 29 y ccdtes. de la Ley Nº 11.683" (ídem).

d) La reglamentación contenida en la resolución general nº 3175/2011 no resulta óbice, prima facie, para enervar la inteligencia que surge del aludido precedente de la Corte Suprema (ver, en el mismo sentido, Sala III causa nº 5/2014/1 "Cresud SA Comercial Inmobiliaria Financiera y Agropecuaria c/ EN- AFIP-DGI s/ medica cautelar (autónoma)", pronunciamiento del 9 de octubre de 2014; y Sala V, causa 48.263/2015 "IRSA Inversiones y Representaciones S.A. c/ EN-AFIP-DGI s/ medida cautelar (autónoma)", pronunciamiento del 12 de mayo de 2016).

VI. Que a las consideraciones precedentes cabe añadir que, en un caso análogo, la Procuración General de la Nación opinó que "cierto es que la potestad reglamentaria habilita para establecer condiciones o requisitos, limitaciones o distinciones que, aun cuando no hayan sido contemplados por el legislador de una manera expresa, son parte integrante de la ley reglamentada y tienen su misma validez y eficacia cuando se ajustan al espíritu de ésta o sirven, razonablemente, a la finalidad esencial que ella persigue (Fallos: 325:645; 326:3521; 330:2255; 335:146; 337:149, entre muchos otros). Pero no menos cierto es que la resolución general (AFIP) 3.175 no se ajusta a esos asentados parámetros, pues altera la mecánica de la sustitución establecida en la ley 25.585 e introduce restricciones que le son ajenas, por lo que debe ratificarse la inconstitucionalidad que le endilga la Cámara" (dictamen del 13 de octubre de 2020 emitido en la causa CAF 12486/2015/CS1-CS2 "Cresud SA Comercial Inmobiliaria Financiera y Agropecuaria c/ EN– AFIP – DGI s/ Dirección General Impositiva").

VII. Que si bien esta sala ha admitido que a mayor verosimilitud del derecho no cabe exigir tanta estrictez respecto del peligro en la demora y, viceversa, cuanto mayor es ese peligro menor es el rigor en lo atinente a la verosimilitud del derecho, también ha señalado que esa fórmula no puede desplazar la exigencia de que ambos requisitos siempre deben encontrarse configurados (causa nº 13530/2020 "Incidente Nº 1 – Actor: Obra Social del Personal de Seguridad Comercial e Industrial e Investigación Privada Demandado: EN - Superintendencia de Servicios para la Salud s/

inc de medida cautelar", pronunciamiento del 7 de abril de 2021, y sus citas).

En este sentido, el peligro en la demora se encuentra también acreditado en el caso, a partir de la consideración de los diversos efectos que podría provocar el inicio del juicio de apremio que la parte demandada se halla habilitada a promover respecto de la obligación tributaria involucrada en la causa, entre ellos su gravitación económica, aspecto que la Corte Suprema ha considerado al admitir medidas de naturaleza semejante (Fallos: 314:1312, entre otros; esta sala, causa "Cresud S.A.", citada).

Y no debe perderse de vista que las sumas que cubren la referida obligación fiscal ya se encuentran en poder del organismo recaudador, pues la firma actora posee saldos de libre disponibilidad en el impuesto al valor agregado con los que pretendió oportunamente cancelar la deuda materia de discusión de autos.

VIII. Que, por lo demás, debe agregarse que la pretensión cautelar no coincide con el objeto de la demanda principal (artículo 3º, inciso 4, de la ley 26.854), pues ésta se dirige a obtener revocación de la resolución nº 179/2020 (DI RCII) y aquélla se limita a suspender sus efectos.

Además, la medida cautelar no provoca la afectación del interés público ni causa efectos jurídicos o materiales irreversibles (artículo 13, incisos 'd' y 'e', de la ley 26.854), puesto que no proyecta sus efectos más allá del caso concreto y frente a un hipotético pronunciamiento desfavorable sobre el plano sustancial de la cuestión debatida la parte demandada podrá reclamar el cumplimiento de la obligación tributaria.

IX. Que los agravios de la AFIP dirigidos contra la imposición de costas decidida en la instancia anterior deben ser desestimados.

Nótese que la presentación efectuada por la parte demandada en los términos del artículo 4º de la ley 26.854 (ver el escrito del 21 de diciembre de 2020), cumplió un doble carácter: no se limitó a un mero informe, sino que además se argumentó en oposición a la procedencia de la medida cautelar requerida.

Además, dicha presentación fue sustanciada y replicada por la parte actora (ver la providencia del 28 de diciembre de 2020 y el escrito del 10 de febrero de este año).

Por ende, la imposición de costas dispuesta en la instancia anterior resulta ajustada a derecho.

X. Que en virtud de lo previsto en el artículo 5º de la ley 26.854, asiste razón a la AFIP en cuanto a que la vigencia temporal de la medida cautelar otorgada en la instancia anterior —que aquí se confirma— debe ajustarse al plazo de seis meses estipulado en esa norma.

XI. Que las costas de esta instancia deben ser impuestas a la AFIP, por resultar sustancialmente vencida (artículo 68, primera parte, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

En mérito de las razones expuestas, el tribunal *Resuelve:* 1. Confirmar el pronunciamiento recurrido en cuanto a la admisión de la medida cautelar requerida por la parte actora, cuya vigencia se limita en los términos del Juzg. 12 considerando XI, y 2. Imponer las costas de ambas instancias a la parte demandada.

Regístrese, notifíquese y devuélvase. — *Clara M. Do Pico. — Rodolfo E. Facio. — Liliana M. L. Heiland.*

## DIVERSIDAD DE GÉNERO

**Inclusión de mujeres en órganos societarios en la misma cantidad que hombres. Medida dispuesta por la Inspección General de Justicia. Exceso en las facultades reglamentarias. Resoluciones dejadas sin efecto**

1. — La Inspección General de Justicia, al disponer que los órganos de sociedades anónimas debían integrarse con la misma cantidad de mujeres que de hombres, adoptó medidas de protección o "discriminación inversa" que, aunque inspiradas en loables propósitos, alteraron la regulación establecida en la Ley General de Sociedades. Si el temperamento cumplió o no con el desafío constitucional de establecer cuándo es necesario introducir diferencias para producir como resultado la igualación, es asunto que ahora no interesa, porque es abstracto, dado que, cualquiera que fuera la conclusión, las resoluciones deberían ser dejadas sin efecto, dado que el "mecanismo de compensación" que se concibió para proteger a las mujeres importó esa alteración de la Ley y excedió las facultades reglamentarias de la Inspección.

2. — La llamada "perspectiva de género" no impone siempre decidir a favor de la mujer, sino impedir que ella sea postergada por el hecho de serlo; y si bien parece indudable que las "acciones positivas" ya vistas son temperamentos que se encaminan a ese objetivo sobre la base de "preferir" al grupo a cuya tutela se ordenan, esa preferencia no puede realizarse a expensas de derechos de otros sujetos que también cuenten con amparo constitucional.

3. — La necesidad de asignar un trato superador de situaciones estructurales de postergación debe considerarse aplicable a las mujeres, lo cual es entre nosotros verdad constitucional, pues es la misma Constitución la que las presume en esa situación al mencionarlas expresamente en su art. 75, inc. 23.

4. — Determinar si el mecanismo adecuado para proteger a las mujeres es el de fijar cuotas que garanticen su participación en órganos societarios, cuál es la medida a asignar a esas cuotas, cuáles son los sujetos que deben aplicarlas y cuáles son, en su caso, las consecuencias de su incumplimiento, remite a atribuciones que deben considerarse como propias del Congreso (art. 75, inc. 12).

5. — Ese cupo automático que surge de las resoluciones de la Inspección General de Justicia cuestionadas no solo importó imponer una obligación a quienes antes no la tenían, sino también descartar a otros postulantes por el solo hecho de no pertenecer al grupo tutelado, postergando —en su caso— a otros colectivos que pudieran encontrarse en similar grado de vulnerabilidad, todo lo cual evidencia que estamos ante materias que no se encuadran en la noción de "reglamentación" que la mencionada Inspección invocó.

**CNCom., sala C, 09/08/2021. - Inspección General de Justicia c. Línea Expreso Liniers SAIC s/ organismos externos.**

**[Cita on line: AR/JUR/117902/2021]**

Expte. n° COM 001651/2021/CA001

**2a. Instancia.-** Buenos Aires, agosto 09 de 2021.

*Vistos*:

1. Vienen apeladas las Resoluciones Generales N° 34/2020 y N° 35/2020 de la IGJ que, en lo que aquí interesa, dispusieron que ciertas sociedades anónimas -entre las que se encuentran las actoras- debían respetar la diversidad de género en la composición de sus órganos de administración y fiscalización, procediendo a integrarlos con la misma cantidad de mujeres que de hombres.

Para así proceder, el organismo expresó que actuaba en ejercicio de las facultades reglamentarias que le concedían las normas que citó y, en cuanto al fondo de la cuestión, invocó los artículos 37 y 75 de la Constitución Nacional, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer ratificada por nuestro país mediante la ley 23.179, como así también las leyes 27.412, 26.485, 27.499, 19.550, 22.315, 22.315 y 26.994 y la Resolución General IGJ N° 7/2015.

2. Las apelantes sostienen que, utilizando como argumentos el derecho a la igualdad y la prohibición de discriminar por razones de género y mediante profusas y extrapoladas consideraciones sobre normas, tratados y convenciones internacionales, la IGJ les ha impuesto una condición en la conformación de esos órganos que no surge de la ley.

Ponen de manifiesto que las potestades administrativas no son absolutas e ilimitadas, sino razonables y tasadas en su extensión por el propio ordenamiento jurídico, que acota sus límites y precisa su contenido.

Desde tal perspectiva, concluyen que la IGJ no se encuentra facultada para imponerles una condición que no surge del texto de la LGS y que restringe su derecho a elegir libremente y en base a la experiencia profesional de los interesados, que son aspectos esenciales para la constitución de una sociedad y para el desarrollo fructífero de los negocios.

En ese marco, manifiestan que la imposición de esa obligación bajo pena de dar intervención al INADI y al Ministerio de las Mujeres y Diversidad de la Nación, constituye un verdadero avasallamiento de los derechos de los accionistas.

3. Antes de dar respuesta al planteo, se impone señalar que, por su importancia y profundidad, el tema abordado en las resoluciones impugnadas interpela a la Sala en términos que no le permiten evadir su sustancia.

El asunto concierne, nada menos, que al mismo concepto de igualdad constitucional y a su contracara: la prohibición de discriminar.

La Historia de la Humanidad muestra cuán difícil ha sido lograr que temas como ese pudieran ser seriamente puestos en la agenda, lo cual nos genera el compromiso de hacernos cargo de las altas finalidades que han inspirado a la IGJ en la ocasión y a tener presente por dónde transita la cuestión.

Doctrina que compartimos destaca que la noción de "igualdad frente a la ley", traducida en la prohibición de efectuar discriminaciones arbitrarias, puede, según los casos, ser insuficiente para cubrir las exigencias de la igualdad como garantía constitucional (Roberto Saba, "(Des)igualdad estructural", en Marcelo Alegre y Roberto Gargarella (coords.), "El Derecho a la Igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario", Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007; Fortunato, Cristina B. – Prono, Javier R., "La resolución 34/2020 de la Inspección General de Justicia y los derechos de la mujer", La Ley, 14/12/2020; Fernández de

Andreani, Patricia A, "La Inspección General de Justicia a la vanguardia en materia de paridad de género", LA LEY; 09/08/2021 Ciolli, María Laura, "Hacia la igualdad real de las personas en clave constitucional y convencional. Comentario a la res. Gral. 34/2020 y la res. Gral. 35/2020, ambas de Inspección General de Justicia de la Nación.", La Ley, Cita online: TR LALEY AR/DOC/3803/2020; Mata, Juan Ignacio, "La resolución general 34/2020 de la IGJ y los estándares aplicables a las acciones positivas", La Ley, 06/10/2020, Cita online: TR LALEY AR/DOC/3218/2020; Daniel Roque Vítolo, "Paridad de género en la administración de las personas jurídicas privadas. De lo binario a lo diverso. De las recomendaciones y acciones impositivas a la imperatividad", La Ley, 12/07/2021).

Esa garantía, así, puede exigir más que esas prohibiciones en abstracto, para, en cambio, apuntar a un objetivo concreto a ser alcanzado con criterio de realidad, esto es, sobre un escenario de hecho que permita afirmar que esa ley que se pretende igual para todas las personas es verdaderamente igual.

El criterio tradicional de igualdad debe ser, entonces, un piso mínimo y necesario, pero insuficiente cuando lo que se enfrenten sean desigualdades estructurales que muestren que, por hallarse en situación de postergación, ciertas personas también se encuentran impedidas de acceder a los beneficios de esa igualdad legal, que a su respecto se presenta meramente declamatoria.

4. El aludido concepto tradicional de igualdad se encuentra previsto en el art. 16 de la Constitución Nacional; pero junto a él aparece esa nueva concepción que, aunque no consagrada expresamente en ninguna norma, surge inequívoca del reconocimiento constitucional de las llamadas "acciones positivas" (art. 75 inc. 23 CN), que confirman que el constituyente ha aceptado que de nada vale que la ley asegure igualdad de trato a un sujeto si, por razones vinculadas a su realidad, ese sujeto jamás ha de encontrarse, siquiera, en la situación contemplada en la norma que debería ser aplicada a su respecto.

La igualdad frente a la ley o igualdad "estática" o "formal" debe entenderse complementada, entonces, con un concepto dinámico de ella que apunte a la "realidad" que es objeto de esa regulación legal (art. 75 inc.19 CN), detrás de todo lo cual se halla la admisión de que la asimilación jurídica entre personas cuyas realidades difieren puede conducir a que esa "igualdad jurídica" solo termine siendo una "ficción de igualdad" (Fortunato, Cristina B- Prono, Javier R, op. cit.).

5. En lo que atañe al asunto que ahora nos ocupa, la necesidad de asignar ese trato superador de situaciones estructurales de postergación debe considerarse aplicable a las mujeres, lo cual es entre nosotros verdad constitucional, pues es la misma Constitución la que las presume (a las mujeres) en esa situación al mencionarlas expresamente en su art. 75 inc. 23.

Esa concepción de las cosas se ratifica por la llamada "Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer" (CEDAW) que busca, como su propio nombre lo indica, eliminar toda discriminación en este ámbito, cualquiera que sea su forma.

Dos temperamentos —entre otros— acompañan esta interpretación: por un lado, como se dijo, el reconocimiento de las medidas de acción positiva que efectúa el citado art. 75 inc. 23; y, por el otro, lo establecido en el art. 75, inc. 19 de la misma Carta Magna en cuanto dispone que el Congreso debe sancionar leyes que consoliden la igualdad de oportunidades sin ninguna discriminación.

De ese plexo normativo —que se integra con las demás normas citadas por la IGJ— resulta, sin hesitación, que todo obstáculo que impidiera la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres que es exigida por el art. 4 de esa Convención, debería ser removido por medio de esas acciones positivas, si el caso lo exigiera.

6. No obstante, esto es tan cierto como que la tarea excede la competencia reglamentaria del Inspector a cargo de la IGJ.

El art. 75 inc. 23 de la Constitución Nacional establece que corresponde al Congreso:

"…Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato…en particular respecto de…, las mujeres…" (*sic*).

En términos generales, vale admitir que, más allá de la literalidad del texto, esa atribución no es solo del Congreso, lo cual no es sino consecuencia de que estamos ante normas jerárquicamente superiores de las que resultan derechos que, como los regulados en la CEDAW, deben considerarse operativos.

No obstante, la decisión de otorgar a esos derechos contenidos específicos que de antemano no tienen y que imponen, como contracara, restringir otros derechos que resultan de la ley sustancial, sí exige tratamiento legislativo.

Es decir: si, por la naturaleza y contenido de lo regulado, la "acción positiva" que se adopta concierne a derechos de fondo que hacen a la materia legislativa, su alteración solo puede resultar de una ley sustancial y se encuentra vedada a la Administración.

De lo contrario, se ingresa en el art. 99 de la Constitución en cuanto establece que el Poder Ejecutivo "... no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable emitir disposiciones de carácter legislativo...".

Es una exigencia de la división de poderes y de nuestra democracia republicana, que, en su sentido más profundo, denota que las leyes en sentido sustancial son límites al poder público, que no solo se encuentra sometido al principio de legalidad en su actuación, sino también en su obligación constitucional de respetar los derechos de los particulares cuya regulación compete al Congreso.

Ese es el sistema que, en lo que ahora nos interesa, surge de los artículos 28, 99 y 76 de la Constitución Nacional, que encuentra paradigmática expresión en los límites que esa misma Constitución impone a la facultad reglamentaria que reconoce al presidente de la Nación.

Del citado art. 99 surge que la Administración puede dictar normas para la mejor ejecución de las leyes, pero no puede alterarlas, ni contrariar su espíritu, ni restringir -en lo que importa ahora- los derechos que a los particulares hubieran sido así reconocidos.

7. Eso es lo que, a nuestro juicio, ocurrió en el caso, en el que la IGJ adoptó medidas de protección o "discriminación inversa" que, aunque inspiradas en loables propósitos, alteraron la regulación establecida en la LGS.

Si el temperamento cumplió o no con el desafío constitucional de establecer cuándo, en su caso, es necesario introducir diferencias para producir como resultado la igualación, es asunto que ahora no interesa.

No interesa porque es abstracto, dado que, cualquiera que fuera la conclusión a la que se arribara, igualmente las resoluciones en cuestión deberían ser dejadas sin efecto, dado que el "mecanismo de compensación" que en ellas se concibió para proteger a las mujeres importó esa alteración de la ley y, en esa misma medida, excedió las facultades reglamentarias de la IGJ.

8. A ello se agrega que, por su naturaleza, lo que allí se reguló fueron derechos de fondo en términos que no podían ser de ese modo dispuestos.

Determinar si el mecanismo adecuado para proteger a las mujeres es el de fijar cuotas que garanticen su participación, cuál es la medida a asignar a esas cuotas, cuáles son los sujetos que deben aplicarlas —o si para Fecha de firma: todos 09/08/2021 da lo mismo— y cuáles son, en su caso, las consecuencias de su incumplimiento, remite a atribuciones que deben considerarse del Congreso (art. 75 inc. 12).

Ese cupo automático no solo importó imponer una obligación a quienes antes no la tenían, sino también descartar a otros postulantes por el solo hecho de no pertenecer al grupo tutelado, postergando —en su caso— a otros colectivos que pudieran encontrarse en similar grado de vulnerabilidad, todo lo cual evidencia que estamos ante materias que no encuadran dentro de la noción de "reglamentación" que el señor Inspector a cargo de la IGJ invocó.

9. La cuestión tampoco es tan lineal en sus demás planos.

En lo sustancial, la regulación societaria que aquí interesa tiene por norte, no el cuidado de los derechos de quienes administran o fiscalizan un ente de esa especie -en nuestro caso, los derechos de las mujeres que habrían de ser nombradas-, sino los de la sociedad destinataria de la gestión, los de sus socios y los de los terceros.

Esos derechos se protegen imponiendo a los integrantes de esos órganos obligaciones de medios, que, en tanto fundadas en la confianza que en ellos se tiene y en los estándares de lealtad y diligencia que se les imponen (art. 59, 274 y cc. LGS), deben considerarse *intuitu personae*, todo lo cual, por lo menos, genera el interrogante acerca de si verdaderamente estamos en un ámbito en el cual el sexo o la orientación sexual de los nombrados debe o no ser relevante.

La llamada "perspectiva de género" no impone siempre decidir a favor de la mujer, sino impedir que ella sea postergada por el hecho de serlo; y, si bien parece indudable que las "acciones positivas" ya vistas son temperamentos que se encaminan a ese objetivo sobre la base de "preferir" al grupo a cuya tutela se ordenan, esa preferencia no puede realizarse a expensas de derechos de otros sujetos que también cuenten con amparo constitucional.

Lo dicho se ve claro en materia de salud, ámbito en el cual a nadie se le ocurriría exigir a quien se encuentra enfermo que, en vez de preocuparse de encontrar los servicios médicos adecuados para su problema, atienda a los derechos que al profesional respectivo pudieran corresponder según su orientación sexual.

Si esto parece claro, podría no ser menos que tampoco puede seguirse ese criterio para imponer una abogada a un cliente, ni una pintora a quien contrata una pintura artística, ni, en fin, una administradora, al dueño del bien a ser administrado: en esos casos —como ocurre en tantísimos otros fundados en relaciones *intuitu personae*— lo dirimente no puede ser

el sexo o la orientación sexual del prestador, sino el derecho del enfermo, del cliente o del administrado o de quien haga sus veces, a contratar a la persona de su confianza, que hace a la "causa fin" de lo que contrata.

10. Por lo expuesto, *resuelve:* hacer lugar al recurso y, en consecuencia, dejar sin efecto las resoluciones apeladas. Costas por su orden, dada la naturaleza de la cuestión.

Notifíquese por secretaría.

Cúmplase con la comunicación ordenada por el art. 4° de la Acordada de la Excma. Corte Suprema de Justicia de la Nación 15/13, del 21.5.2013.

Firman los suscriptos por encontrarse vacante la vocalía n° 8 (conf. art. 109 RJN). — *Eduardo R. Machin. — Julia Villanueva.*

**ABELEDOPERROT**

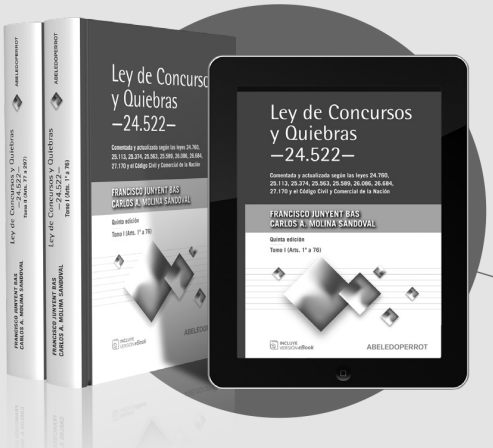
Información confiable
que avala sus argumentos.

# LEY DE CONCURSOS Y QUIEBRAS 24.522

Quinta edición

**Francisco Junyent Bas • Carlos A. Molina Sandoval**

2021




**2 Tomos**
Disponible en
papel y *eBook*.

**El objetivo de esta obra es dotar al lector de una guía con los principios y directrices básicas del ordenamiento concursal y dar las respuestas fundamentales para la aplicación práctica de esta rama del Derecho.** Esta publicación da respuestas mediante un abordaje concreto de todo el articulado de la ley, además del estudio de cada norma y su correspondiente integración en cada uno de los institutos de la legislación, reseña las principales opiniones doctrinarias, así como también la jurisprudencia pertinente o útil, buscando facilitar la aplicación práctica del estatuto concursal. Para su desarrollo, se ha tenido presente que el Derecho, como ciencia jurídica, debe poner inteligencia en la aplicación de la ley, pero no debe caer en "conceptualismos" excesivos que lo alejen de la realidad.

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

THOMSON REUTERS®

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

ThomsonReutersLaLey
@TRLaLey
ThomsonReutersLatam
ThomsonReutersLatam

THOMSON REUTERS
LA LEY™

Información confiable
que avala sus argumentos.

# DERECHO DE LAS OBLIGACIONES
## EDICIÓN 2021
## Carlos A. Calvo Costa

2021




**1 Tomo**
Disponible en
papel y en versión
eBook.

La obra se encuentra estructurada de conformidad con los programas de estudio de la mayoría de las carreras de abogacía en las distintas universidades, con dos amplios bloques, lo que facilita el estudio por parte de los alumnos. La primera parte está referida a la Teoría General de la Obligación, donde el lector encontrará el análisis de la relación jurídica de la obligación y sus elementos, los efectos que produce una obligación, incluyendo no solo la ejecución forzada ante su incumplimiento, sino también las medidas y acciones conservatorias del patrimonio del deudor. Contiene también un profundo análisis de las clasificaciones de las obligaciones, tal como la establece el Código Civil y Comercial con la problemática y efectos de cada una de ellas y, además, la difícil cuestión de la transmisión de las obligaciones, como es la cesión de créditos y la transmisión de las deudas, y un profundo análisis de todos los modos extintivos de las obligaciones.

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

THOMSON REUTERS®

Seguí nuestra página
de **Linkedin** con contenido
específico para abogados.

ThomsonReutersLaLey
@TRLaLey
ThomsonReutersLatam
ThomsonReutersLatam