

LIBRO DE PONENCIAS

**LXXVIII ENCUENTRO DE
INSTITUTOS DE DERECHO
COMERCIAL DE
COLEGIOS DE ABOGADOS
DE LA PROVINCIA DE
BUENOS AIRES**

***UNIVERSIDAD ATLÁNTIDA ARGENTINA
SEDE MAR DE AJÓ***

LXXVIII ENCUENTRO DE INSTITUTOS DE DERECHO COMERCIAL DE COLEGIOS DE ABOGADOS DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES

30 DE NOVIEMBRE Y 1 DE DICIEMBRE
MAR DE AJO- 2023

PROGRAMA DE ACTIVIDADES

JUEVES 30 DE NOVIEMBRE:

9:00 A 9:30: ACREDITACIONES.

9:30 A 11:00: PRIMER BLOQUE DE PONENCIAS

AUTORIDADES DE MESA: *MARCOS, GUILLERMO – MODOLO, NORA.*

COMISIÓN 1:

- **DE PAULA IGNACIO C.:** LA ACCIÓN EJECUTIVA DEL CONOCIMIENTO DE EMBARQUE ELECTRÓNICO PARA EL COBRO DE FLETES.
- **MARCOS GUILLERMO:** HONORARIOS DEL ABOGADO DEL ASEGURADO.

COMISIÓN 2:

- **ALBANO CARLOS - CAPO, CLAUDIA.:** LAS ESPECIALES CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO DE INFORMACIÓN BANCARIA AL CONSUMIDOR Y LOS LÍMITES A LA AUTO INFORMACIÓN.
- **CAMICHA GABRIELA N:** EL MUNDO DEL EMPRENDIMIENTO Y LA GESTIÓN DE LAS EMOCIONES.
- **DI MASULLO LIDIA E:** DERECHOS DIGITALES. IMPLICANCIAS, CONFLICTOS Y ESTRATEGIAS.
- **NEGRO, EVANGELINA N:** LA SINERGÍA ENTRE EL NEUROMARKETING Y LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL, SU APLICACIÓN EN LAS EMPRESAS Y SU PODER EN LA TOMA DE DECISIONES DEL CONSUMIDOR.
- **SCOCCIA, SEBASTIÁN:** EMPRESAS NO CONSUMIDORAS.

11:00 A 11:30: COFFEE BREAK.

11:30 A 13:00: SEGUNDO BLOQUE DE PONENCIAS

AUTORIDADES DE MESA: *SCOCCIA, SEBASTIÁN – VÁZQUEZ, ALEJANDRO.*

COMISIÓN 3:

- **PISANI, OSVALDO E.:** PAGARÉ A LA VISTA, IMPOSIBILIDAD DE DISPENSARLO DEL PROTESTO.
- **VÁZQUEZ ALEJANDRO M.:** CONVERSIÓN DEL TÍTULO CAMBIARIO.
- **CIVALLERO MARCELA F.:** LA FIRMA DIGITAL Y LA FIRMA ELECTRÓNICA ENFRENTADAS, LA HISTORIA CONTINÚA A LA ESPERA DE UNA REFORMA LEGISLATIVA.
- **CIVALLERO MARCELA F:** LA FIRMA ELECTRÓNICA, LA AUTOSUFICIENCIA DEL TITULO VALOR ELECTRONICO Y LA INCORPORACION DE LA PRUEBA.

- **PETRUZZELLO, LAURA:** EL FIDEICOMISO TESTAMENTARIO COMO ALTERNATIVA A LA VÍA JUDICIAL DEL PROCESO SUCESORIO.
- **SCOCCIA SEBASTIÁN:** RESPONSABILIDAD DEL FIDUCIARIO Y ALTERNATIVAS DE LOS FIDUCIANTES.

13:00 A 15:30: ALMUERZO.

15:30 A 17:00: TERCER BLOQUE DE PONENCIAS

AUTORIDADES DE MESA: *BARTOLOMÉ ALEMÁN, PAOLA – ROSSI, GUIDO.*

COMISIÓN 3:

- **BALONAS DANIEL:** CONTRATACIÓN EN PESOS ARGENTINOS ORO.
- **CAUTERUCCI GABRIEL:** LA QUIMERA DEL “RESPALDO ESTATAL” DE LA MONEDA. SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DEL BITCOIN.
- **BARTOLOMÉ ALEMÁN, PAOLA:** REFLEXIONES SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DEL CONTRATO DE FIANZA Y EL ESPÍRITU DE LA LEY N 24.467.
- **MAKCMOVICH GABRIEL:** CLÁUSULA DE EXCLUSIVIDAD TERRITORIAL Y COMERCIO ELECTRÓNICO.
- **SPANGHERO, MARCELO U:** EL CASO WENANCE S.A. - LA ILUSIÓN DE CONTROL DE LA ACTIVIDAD FINANCIERA DIGITAL CON MEDIOS ANALÓGICOS.

17:00 A 17:30: COFFEE BREAK.

17:30 A 19:00: CUARTO BLOQUE DE PONENCIAS

AUTORIDADES DE MESA: *BLANCO, ADRIANA - PISANI, OSVALDO.*

COMISIÓN 4:

- **BALONAS DANIEL:** SOCIEDADES CON CAPITAL Y CONTABILIDAD EN PESOS ORO.
- **BLANCO ADRIANA:** EXCLUSIÓN DE ACCIONISTAS EN LA SA.
- **BLANCO ADRIANA:** REFLEXIONES SOBRE EL DISEÑO SOCIETARIO FRACASO O NUEVA ETAPA.
- **GALANO MARCOS, MARÍA VICTORIA:** LA APLICACIÓN DE LA PERSPECTIVA DE GÉNERO EN LAS SENTENCIAS JUDICIAL DEL FUERO COMERCIAL.
- **PETRUZZELLO, LAURA:** PRINCIPIO DE BUENA FE FRENTE AL INCUMPLIMIENTO DEL DEBER DE LEALTAD DEL SOCIO O ACCIONISTA ADMINISTRADOR DE SOCIEDADES.
- **PISANI, OSVALDO E:** RECAUDOS PREVIOS A LA INSCRIPCIÓN DE LA TRANSMISIÓN SUCESORIA DE CUOTAS PARTES DE SOCIEDADES DE RESPONSABILIDAD LIMITADA.

19:00 A 19:30: CEREMONIA DE APERTURA

20:00 A 21:30: VINO DE HONOR.

-

VIERNES 1 DE DICIEMBRE:

9:30 A 11:00: QUINTO BLOQUE DE PONENCIAS

AUTORIDADES DE MESA: *BOQUÍN, GABRIELA – BOTTERI, JOSÉ.*

COMISIÓN 4:

- **BOQUÍN GABRIELA:** RESPONSABILIDAD SOCIETARIA POR INSOLVENCIA.
- **BOTTERI JOSÉ:** LA CULPA DE LOS DIRECTORES.
- **PIZZANO GERMAN:** EL PROCESO DE TOMA DE DECISIONES EN EL CONFLICTO SOCIETARIO.
- **DE BRITOS, JONATHAN:** LA CONVENIENCIA DE LA REPRESENTACIÓN LETRADA DEL PERITO VEEDOR ADMINISTRADOR JUDICIAL.

COMISIÓN 5:

- **ALLENDE, GRISELDA, BALONAS, DANIEL:** ACREEDOR QUE REVISIONA Y EL DERECHO A PARTICIPAR DEL ACUERDO.
- **DI MECOLA, SANDRA M.:** ¿EL SÍNDICO PODRÍA SER COADMINISTRADOR?
- **BOEDO MARCELO F:** DESAPODERAMIENTO E INCAUTACIÓN DE CRIPTOACTIVOS.

11:00 A 11:30: COFFEE BREAK.

11:30 A 13:00: SEXTO BLOQUE DE PONENCIAS

AUTORIDADES DE MESA: *GARAGUSO, GUILLERMO – UBALTON, CRISTIAN.*

COMISIÓN 5:

- **BOQUIN GABRIELA, BERGOGLIO VIRNA:** LAS CONDICIONES DE VULNERABILIDAD Y LOS PROCESOS CONCURSALES.
- **D ALBANO TORRES, PATRICIA:** LEGADO DEL MAESTRO PARA EL DERECHO CONCURSAL EN SUS PROPIAS PALABRAS (LEY CONCURSAL: NECESIDAD DE AJUSTE Y LA INCLUSIÓN DE NUEVOS ASPECTOS RELACIONADOS CON LA DIGNIDAD DE LA PERSONA HUMANA, LA VULNERABILIDAD DE CIERTOS DEUDORES Y ACREEDORES, Y LAS LIMITACIONES A LA UNIVERSALIDAD DEL PROCESO).
- **GARAGUSO, HORACIO, GARAGUSO GUILLERMO, GARAGUSO ANDRÉS:** LA DENOMINADA PERSPECTIVA DE GÉNERO, CON FUNDAMENTO EN LAS CONVENCIONES INTERNACIONALES INTEGRAL Y DEBE SER INTEGRADA A LA TOTALIDAD DEL DERECHO POSITIVO, SIN QUE LA AUSENCIA DE NORMAS EXPRESAS PUEDA SER IMPEDIMENTO PARA SU APLICACIÓN EN LOS CASOS PARTICULARES.
- **GARAGUSO, HORACIO, GARAGUSO GUILLERMO, GARAGUSO ANDRÉS:** LA LIMITACIÓN DE LOS INSTITUTOS PREVISTOS EN LOS ARTS. 48 Y 48 BIS Y 189 A 195 DE LA LEY 24.522 A LA COOPERATIVA DE TRABAJO NO ES LEGALMENTE SOSTENIBLE SALVO PARA EL SUPUESTO QUE TODOS ELLOS SEAN TRABAJADORES EN RELACIÓN DE DEPENDENCIA ACREEDORES DE LA FALLIDA O DE LA CONCURSADA.
- **DI MECOLA, SANDRA, TEPLITZCHI, EDUARDO:** INCIDENTE DE VERIFICACIÓN DE CREDITO LABORAL. INSUSCEPTIBLE DE PERMITIR?
- **UBALTON, CRISTIAN H:** PRIVILEGIO DE MULTAS LABORALES E INTERESES POR CAUSA LABORAL EN LA JURISPRUDENCIA DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES.
- **PAVESE CELINA:** PRONTO PAGO LABORAL EN CP.

13:00 A 15:00: ALMUERZO

15:00 A 17:00: SÉPTIMO BLOQUE DE PONENCIAS

AUTORIDADES DE MESA: *SANTI, BRUNO - MARTINEZ SEBASTIÁN.*

COMISIÓN 5:

- **GARAGUSO HORACIO, GARAGUSO GUILLERMO, GARAGUSO ANDRÉS:** EL USO DE NUEVAS DENOMINACIONES PARA ESTRUCTURAS PREEXISTENTES NO ALTERA LOS MECANISMOS PARA LA CONSERVACIÓN DE LA EMPRESA.
- **GARAGUSO, HORACIO, GARAGUSO GUILLERMO, GARAGUSO ANDRÉS:** LOS INTERESES QUE POTENCIAN LA CONSERVACIÓN DE LAS EMPRESAS PUEDEN SER DE TIPOS DIVERSOS SIN QUE PUEDA PRESCINDIRSE DE NINGUNO A LA HORA DE LA CONTINUACIÓN DE LAS EMPRESAS ÚTILES.
- **MARTINELLI PHILIPP, MARÍA VICTORIA:** PRÓRROGA PARA CUMPLIR CON LOS REQUISITOS DISPUESTOS EN EL ART. 11 LEY 24.522.
- **MARTINELLI PHILIPP, MARÍA VICTORIA:** FACULTADES DEL JUEZ CONCURSAL.
- **MARCOS, GUILLERMO:** PACTO DE DECAIMIENTO DE LOS PLAZOS POR LA PRESENTACIÓN EN CP.
- **LIMARDO, MARIANO:** LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL PARA MANTENER LA PAR CONDITIO CREDITORUM EN EL PROCESO CONCURSAL BASADA EN EL DEBER DE COOPERACIÓN Y LA AYUDA DE SISTEMAS RELACIONADOS A LO LARGO DE SU DESARROLLO.
- **SANCHEZ, AXEL:** EL PRIMER CONCURSO DE UNA FINTECH LCQ O LEF
- **RAPOPORT DIEGO:** FINTECH Y CONCURSO PREVENTIVO.

17:00 A 17:30: COFFEE BREAK

17:30 A 19:30: OCTAVO BLOQUE DE PONENCIAS

AUTORIDADES DE MESA: *MARTÍNEZ, MARISOL – CARRARA, VIRGINIA.*

COMISIÓN 5:

- **BOTTERI JOSÉ:** LA INEFICACIA DE LOS ACUERDOS PREVENTIVOS LESIVOS.
- **MARCOS, FERNANDO:** LOS EFECTOS DEL DESAPODERAMIENTO Y SUS LÍMITES EN LA QUIEBRA DE LA PERSONA HUMANA QUE TRABAJA EN RELACIÓN DE DEPENDENCIA.
- **MARCOS, FERNANDO:** QUIEBRA REFLEJA.
- **MARTINEZ MARISOL:** DISTRIBUCIÓN PARCIAL DE DIVIDENDOS EN LA QUIEBRA.
- **MARTINEZ MARISOL – DI MÉCOLA, SANDRA M.:** AUTORIZACIÓN DE ACTOS BAJO PSEUDO INTERÉS GENERAL.
- **TEPLITZCHI, EDUARDO A:** SOBRE LA APLICACIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN QUINQUENAL A LAS CLAUSURAS POR FALTA DE ACTIVO.
- **GARAGUSO HORACIO, GARAGUSO, GUILLERMO, GARAGUSO, ANDRÉS:** COMPETENCIA PARA LA RESOLUCIÓN DE LOS CONFLICTOS RELATIVOS A LOS BIENES DESAPODERADOS O INCAUTADOS.

19:30 A 20:00: CEREMONIA DE CLAUSURA DEL EVENTO.

21:00: CENA.

DRA CLAUDIA SUSANA CAPO Y DR. CARLOS ALBERTO ALBANO

INSTITUTO DE DERECHO COMERCIAL COLEGIO DE ABOGADOS

MORON

MATERIA: DERECHO BANCARIO/ DERECHO DEL CONSUMIDOR

PONENCIA:

**LAS ESPECIALES CARACTERISTICAS DEL DERECHO DE
INFORMACION BANCARIA AL CONSUMIDOR Y LOS LIMITES A LA
AUTOINFORMACION**

El análisis de este fallo pretenden reafirmar una vez mas a la *“información”* como el *centro de la contratación de consumo* y en especial con características tales que hacen en la contratación bancaria, no concluye con la comunicación al consumidor sobre normativas y derechos, sino que incluye el asesoramiento, recomendación y colaboración, ya que su omisión y silencio, generan una responsabilidad agravada del proveedor, provocados por la asimetría, la contratación por adhesión y la profesionalidad que caracterizan a las entidades financieras.

I. Fallo en Análisis. Resumen del caso:

La Srta. Daniela Sol Albano, titular de la una cuenta bancaria en HSBC Bank Argentina S.A. durante el periodo de diciembre de 2018 hasta agosto de

2019, percibió en su cuenta en dólares estadounidenses, cobros correspondientes a exportación de servicios profesionales realizados por su pareja el señor Morales Zenteno, -quien no fue cliente de la entidad bancaria-E l 1-9-2019 el BCRA dictó la Comunicación "A" 6770 que restringía la operatoria, y requería de presentaciones y declaraciones juradas, por parte del titular del servicio, con nuevos requisitos, por lo quedaron al cobro dos facturas emitidas por el Sr. Zenteno, el Banco no retuvo y no abono las remesas enviadas, tampoco reintegro los fondos al banco extranjero de origen. Ante reclamos infructuosos de la Srta. Albano por diversas vías, presenciales, telefónicas y mails, los fondos quedaron en una suerte de limbo financiero.

II. Fallos:

En primera instancia, se rechaza la demanda, pues considera que la actora, no quiso cumplir con las normativas emanadas del BCRA, para el cobro de exportación de servicios, que cambio días antes de las ordenes de pago de septiembre y octubre de 2019, y por su parte la entidad bancaria cumplió con su deber de información, con la comunicación del cambio de normativa, y la remisión a links de la entidad bancaria

El Fallo de 2 Instancia:

Revoca el fallo recurrido, transcribo algunos párrafos trascendentes, que remarcan la importancia y las connotaciones que la información al consumidor tiene la entidad financiera en la contratación bancaria:

... "(a)La Constitución Nacional consagra expresamente el derecho de los consumidores a una información adecuada y veraz y a la protección de sus intereses económicos (art. 42) y, en casos como el de autos, ello debe

conjugarse con las diferentes disposiciones de la ley 24.240 y del Código Civil y Comercial de la Nación que acentúan la protección del consumidor o usuario, lo cual es esencial para eliminar asimetrías que distorsionan el mercado bancario (CSJN, 14/3/2017, “Prevención, Asesoramiento y Defensa del Consumidor c/ BankBoston S.A.”, considerando 7° “in fine”. Fallos 340:172), así como para evitar que aquél, por no haber sido debidamente informado por el proveedor, incurra en error o no pueda ejercer sus derechos (conf. CSJN, 29/4/2021, “Asociación Civil Cruzada Cívica para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de Ser. Pub. Y otro c/ GPAT Compañía Financiera S.A. y otro s/ sumarísimo”, Fallos: 344:791 y sus citas).

(b) ...la desigualdad manifiesta frente al profesional en el mercado (conf. Del Mar Andreu Martí, M., La protección del cliente bancario, Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1998, p. 47).

(c) ...el derecho de información no solo tiene una dimensión precontractual (conf. Heredia, P., La información precontractual bancaria, RCCyC, año II, n° 11, diciembre 2016, p. 37 y ss.), sino que también opera en la fase de ejecución ...

(d) El deber de información que pesa sobre los bancos puede obviamente ser modulado en función de la naturaleza de la operación y de la cualificación del usuario, pudiendo en la práctica adoptar formas diversas. ...se trata es de que el proveedor bancario aporte los datos suficientes para evitar que el consumidor o usuario relacionado incurra en error o no pueda ejercer sus derechos.

(e)... se alteró con la irrupción de la Comunicación “A” 6770, dictada por el Banco Central de la República Argentina en ejercicio de la delegación que le

hiciera el DNU del Poder Ejecutivo Nacional n° 609/2019 referente a ciertas reglas extraordinarias y transitorias con injerencia en el mercado cambiario (conf. CNFed. Civ. Com. Sala 3, 10/2/2022, “UPS SCS S.R.L. c/ Plasti S.A. s/ incumplimiento de contrato”).

... La Comunicación “A” 6770 pone de relieve que ninguna de las reseñadas opciones, que obviamente no resultaban de la mera lectura de esa normativa, le fue siquiera sugerida a la actora y menos indicando cuáles eran los recaudos formales correspondientes a cada una.....la entidad demandada incluso guardó silencio en punto a la posible operatividad habida cuenta de la dependencia de las acreditaciones- de lo previsto por la Comunicación “A” BCRA n° 6814 del 17/10/2019 que, modificando la recordada Comunicación “A” n° 6770, dispuso Tal norma bancacentralista aclaró, además, que solo “...A los efectos del registro de estas operaciones se deberán confeccionar...

IV... Por cierto, no pueden tenerse como sucedáneos de las referidas omisiones informativas ni el e-mail enviado a la actora el 27/9/2019 por una dependiente bancaria del área “Controller International Payments” que, sin mayor explicación, negó dar curso a la acreditación n° 15MT1900912842336 por USD 615,25 en razón de la necesidad de una facturación subjetivamente diferente que hasta entonces no había sido exigida; como tampoco el e-mail del 30/12/2019 por el cual el banco demandado le comunicó la recepción de la orden de pago n° 15MT191014705273 por U\$S 495, con relación a la cual simplemente reenvió a la actora a la lectura del sitio web de la entidad para acceder a los modelos de carta a utilizar para la operatoria y a un hipervínculo en el que, le dijo, podría encontrar información útil. Ello es así pues, con marcada evidencia, **la cuestión planteada ameritaba, dada su complejidad y**

los reclamos hechos por la interesada (véase su e-mail del 27/9/2019 en el que ya invocaba poca claridad e información contradictoria), no una respuesta impersonal sino el suministro de información personalizada que la alejara de errores interpretativos y la colocara en situación de poder ejercer debidamente sus derechos. Es más: el silencio observado por la entidad bancaria frente al pedido de una entrevista personal o de indicación de un teléfono de contacto para poder hablar con alguien responsable de la entidad (citado e-mail de la actora del 27/9/2019), aparte de haber sido funcional a la referida omisión informativa, resultó en sí mismo contrario al trato digno que la ley impone al proveedor respecto de consumidores y usuarios (arts. 1097 y 1384, CCyC; y art. 8 bis de la ley 24.240).

V. **...en la resolución de los conflictos judiciales puede asumir la consideración del deber de informarse a sí mismo, el cual es exigible, ciertamente, tanto en la etapa de formación del contrato** (conf. esta Sala D, 18/12/2006, “Sierra Gas S.A. c/ Eg3 S.A. s/ ordinario”; CNCom. Sala D, 11/6/2020, “Lavia, Ernesto c/ Despegar.com.ar S.A. s/ ordinario”), como igualmente en la fase de su ejecución, que es la hipótesis que aquí interesa (conf. Stiglitz, R., El deber general..., cit., p. 8, cap. XI, nota n° 27 con cita de Jourdain, P., Le devoir de 'se' renseigner [Contribution à l'Étude de l'Obligation de Renseignement], Dalloz, París, 1983, p. 140). Sin embargo, no deben extremarse las cosas prescindiendo de lo contextual pues, como regla, **la “auto-información” tiene límites subjetivos en el obstáculo que representa el carácter técnico del objeto a conocer por parte del profano frente al profesional** . (conf. Stiglitz, R., El deber general..., cit. p. 9, cap. XV), cabiendo observar, en tal sentido, que con especial referencia al ámbito

bancario, se ha hablado de una protección a la desinformación que se sustenta en una “presunción de ignorancia legítima” (conf. Stiglitz, R., Defensa del Consumidor – Los servicios bancarios y financieros, LL 1998-C, p. 1035, cap. XX, texto y nota n° 37). Y, en tal sentido, con relación a las reglamentaciones dictadas por el Banco Central de la República Argentina, si bien nadie, ni siquiera un sujeto vulnerable como lo es un consumidor, puede alegar ignorancia de ellas para excusar el cumplimiento de las prescripciones pertinentes (art. 8, CCyC; Heredia, P. y Calvo Costa, C., Código Civil y Comercial comentado y anotado, Buenos Aires, 2022, t. I, p. 123), lo cierto es que es que cuando ese cumplimiento supone la realización de actos o trámites de carácter técnico y de cierta complejidad cuya evaluación, además, está en cabeza de la propia entidad, la información del banco referente a las modalidades, oportunidad y formas de tales actos o trámites se impone como obligación profesional a cargo de la propia entidad y a favor del profano cliente bancario, pues la “auto-información” de este último encuentra en ese escenario un escollo suficientemente sólido para ponerle un límite subjetivo. ¹

III. ANALISIS:

Este fallo nos remarca el grado de relevancia del deber de información bancario al consumidor.

Como se ha definido “En la relación de consumo el deber de información compone el “deber constitucional y legal de conducta impuesto a quienes produzcan, importen, distribuyan o comercialicen bienes y servicios tendiente a despejar la incertidumbre del consumidor o usuario y a que obtenga una

¹ “ALBANO, DANIELA SOL y otro c/ HSBC BANK ARGENTINA S.A. s/ ORDINARIO”(14952/2021) Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de la Capital Federal, SALA D, 3-10-2023. Procedente del Juzgado del fuero 8 sec. 16.

precisión lo más real posible sobre sus derechos y las obligaciones que asumirá. Debiendo ser cierta, objetiva, veraz, detallada, eficaz, suficiente y adecuada. Derecho constitucional y legal del consumidor o usuario que le posibilita una decisión selectiva fundada en un marco de mayor libertad”

GHERSI, Carlos A.: Diccionario de Términos Jurídicos Más Usuales, 2da. Edición, Buenos Aires, La Ley, Año 2009

La asimetría en la relación de consumo bancario, requiere de una información “cierta, clara y detallada”, el consentimiento no es mas que un **asentimiento**, puesto que jamás el consumidor puede adquirir o sostener una situación de paridad e igualdad de comprensión con su proveedor... La asimetría informativa es característica de toda relación desigual entre un experto y un profano, **EL DERECHO A LA INFORMACIÓN EN EL DERECHO DEL CONSUMIDOR Y EL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL – AUTODETERMINACIÓN INFORMATIVA DE LOS USUARIOS Y SU RÉGIMEN TUITIVO.-.POR JOHANNA CATERINA FALIERO. EN Proyecto de Interés Institucional PII502 Impactos del nuevo Código Civil y Comercial en el Derecho del Consumidor. Diálogos y perspectivas a la luz de sus principios Coordinador: Sergio Sebastián Barocelli**

A) LA FALTA, DEFECTUOSA O FALAZ INFORMACION AFECTA AL CONSENTIMIENTO, NO SOLO EN EL NACIMIENTO DE LA RELACION DE CONSUMO, SINO DURANTE TODA LA VIDA RELACIONAL:

La información comunicada deficientemente o en su defecto no comunicada, perturba el consentimiento, la voluntad común y enrarece la atmósfera contractual de forma tal que si ella se presenta en la formación o en

la ejecución del contrato. el deber de informar se extiende tanto a la información relevante y suficiente.

El deber de información deberá cumplirse de manera substancial y no meramente formal, para ello la información debe estar dotada de: claridad, oportunidad y transparencia.

B) LA DEFECTUOSA INFORMACION AFECTA AL TRATO DIGNO Y EQUITATIVO:

En caso de dudas sobre la interpretación de los principios que establece la ley, se estará a la más favorable al consumidor.

Como pautas de interpretación de los contratos la aplicación del principio de la buena fe y del principio "favor débilis", según el cual la interpretación del contrato se hará en el sentido más favorable al consumidor y, en caso de dudas sobre el alcance de su obligación, se estará a la menos gravosa para éste.

"...los proveedores deben garantizar condiciones de atención y trato digno a los consumidores y usuarios. La dignidad de la persona debe ser respetada conforme los criterios generales que surgen de los tratados de derechos humanos. Los proveedores deben abstenerse de desplegar conductas que coloquen a los consumidores en situaciones vergonzantes, vejatorias o intimidatorias". En tanto que el segundo dispone sobre el trato equitativo y no discriminatorio, al establecer que "los proveedores deben dar a los consumidores un trato equitativo y no discriminatorio. No pueden establecer

diferencias basadas en pautas contrarias a la garantía constitucional de igualdad, en especial, la de la nacionalidad de los consumidores".²

"...la obligación de informar al consumidor sobre las «condiciones de comercialización» de un bien o servicio constituye un imperativo legal que siempre debe cumplirse: exista o no una norma específica que se lo imponga...³

"-La omisión, el defecto o la insuficiencia de la información requerida por el consumidor importa violación a la vital obligación que sobre el proveedor pesa en los términos del citado art. 4 y sus concordantes de la Ley 24.240, normas que no son sino expresiones particulares del mandato general -otorgar a los consumidores información adecuada y veraz- establecido en el art. 42 de la CN." ⁴

C) TAMBIEN EL SILENCIO ANTE EL PEDIDO DE INFORMACION O RECLAMO ALTERA AL TRATO DIGNO Y EQUITATIVO

El fallo en análisis, reafirma la falta de respuesta a los mails enviados, la omisión de información fehaciente, y quien tiene los medios y conocimientos adecuados.

Es cuando nos obliga a recordar que el silencio puede ser fundamento de responsabilidad en todas aquellas situaciones en la que existe una

² El consumidor bancario en el Código Civil y Comercial de la Nación. Primera parte Autor: Ferrer de Fernández, Esther H. S. Publicado en: Cita Online: AP/DOC/77/2015

³ El derecho de información del consumidor y el servicio accesorio de mesa a la luz de un precedente innovador Autor: Arias Cáu, Esteban J. - Nasif, Sofía Fecha: 7-feb-2019 Cita: MJ-DOC-13826-AR | MJD13826 Producto: SOC,MJ

⁴ . Benegas Nicolás Alejandro c/ Círculo de Inversores S.A. de Ahorro Para Fines Deterinados y otros | ordinario Tribunal: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial Sala/Juzgado: D Fecha: 5-oct-2021 Cita: MJ-JU-M-135005-AR | MJJ135005 Producto: SOC,MJ

obligación de expedirse. Y esa obligación existe no sólo cuando una de las partes se aprovecha de la confianza de la otra (los negocios bancarios son, en definitiva negocios de confianza), sino también cuando uno de los contratantes tiene con respecto al otro amplias ventajas de conocimiento y experiencia relacionadas al negocio que se celebra.

Transmitir conocimientos, citando un hipervínculo y sin que figuren todas las opciones, no es suficiente para cumplir con el deber de información. Los usuarios bancarios estamos en una clara y evidente desventaja, por lo que quien es un especialista en la operatoria y normativa, debe colaborar con el consumidor.

La información es fundamental en todas las etapas de la negociación, desde los preliminares, en la ejecución y hasta la extinción del contrato; la información es un bien que tiene un valor jurídico y consecuentemente protección jurídica. El fundamento de éste deber de información, es reducir las desigualdades estructurales que existen entre los extremos de la relación de consumo.

La falta de respuesta, o que la misma no sea suficiente para el consumidor, requiriendo aclaraciones, o citación personal pedida por el, a través de mails, o llamados o a través de redes sociales, afectan al trato digno y equitativo, que debe primar en la relación banco-consumidor.

D) LA PROFESIONALIDAD DE LA ENTIDAD FINANCIERA, AMPLIAN SU DEBER DE INFORMACION.

“Analizar la responsabilidad de un banco, cabe tener presente que se trata de un comerciante el cual, se supone, cuenta con un alto grado de especialidad, con obvia superioridad técnica sobre su cliente; es, además, un colector de fondos públicos, todo lo cual le obliga a actuar con suma prudencia y acabado conocimiento de su actividad profesional (arts. 512, 902 y 909 del CCiv. Vig”⁵

**E) LA INFORMACION NO ES SOLO SE LIMITA COMUNICANDO
NORMATIVA QUE SE AGOTA EN SI MISMA, REQUIERE DE UNA
OBLIGACION DE HACER Y DE UN DEBER DE COLABORACION
QUE EL BANCO SE ENCUENTRA EN MEJORES CONDICIONES
QUE EL CONSUMIDOR.**

“La diligencia exigible a una entidad bancaria es la de un profesional experto en su actividad, con el consiguiente efecto de que mayor será la obligación que resulta de las consecuencias posibles de los hechos, debiéndose apreciar su conducta no con los parámetros propios de un neófito, sino que debe ajustarse a un standard de responsabilidad agravada, en particular cuando el proveedor de bienes o servicios no puede alegar desconocimiento de errores o defectos, ni escudarse en su falta de intención maliciosa, ya que su condición la responsabiliza de una manera especial y le exige una organización acorde con su objeto social para poder desarrollar idóneamente su finalidad comercial.”⁶

⁵ Fentanes Fernández Araceli c/ Banco Piano S.A. | ordinario. Tribunal: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial Sala C. Fecha: 26-oct-2016. Cita: MJ-JU-M-102366-AR | MJJ102366

⁶ : Fentanes Fernández Araceli c/ Banco Piano S.A. | ordinario Tribunal: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial Sala/Juzgado: C Fecha: 26-oct-2016 Cita: MJ-JU-M-102366-AR | MJJ102366

**F) LA EXIGIBILIDAD DEL DEBER DE INFORMACION NO IMPLICA
INCURRIR EN ABUSO DE DERECHO**

Como hemos venido señalando, la información exigida no puede ser ilimitada, por más especial que sea la relación o la posición de las partes, debiendo el consumidor cumplir con sus obligaciones y autoinformarse.

El deber de información, expresado en el fallo, no es absoluto, la buena fe impone unos límites sobre el mismo con el fin de dotar a dicho deber de contenido para que así su exigencia no sea abusiva, excesiva

**G) EL DEBER DEL CONSUMIDOR, A LA AUTOINFORMACION TIENE
UN LIMITE SUBJETIVO EL CONSUMIDOR PERSONA FISICA, NO
PUEDE EQUIPARARSELO AL CLIENTE BANCARIO EMPRESA
CON PERSONAL IDONEO**

El deber de asesoramiento o consejo, como parte del deber de información, además, no puede sino ser 'oportuno, en el sentido de que la información debe ser provista cuando el consumidor o usuario la necesite, entendiéndose a la oportunidad como el momento o el instante en que se requiera contar o recurrir a ella.⁷

**H) LA OBLIGACION DEL CONSUMIDOR DE AUTOINFORMARSE
DEBE CONTAR CON LA COLABORACION NECESARIA DE LA
ENTIDAD BANCARIA**

⁷ Verdaguer Alejandro César y otro c/ Peugeot Citroën Argentina S.A. y otro | ordinario Tribunal: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial Sala/Juzgado: D Fecha: 17-dic-2019 Cita: MJ-JU-M-123159-AR | MJJ123159 Producto: SOC,MJ

Por lo que la injustificada credulidad o la negligencia en las verificaciones son siempre atribuibles al acreedor a la información, y no pueden ser sustento para accionar en justicia contra la otra parte. Como lo destaca Jourdain, y es de toda evidencia, el deber de “informarse a sí mismo” está también presente en la etapa de formación del contrato (conf. esta Sala D, 18/12/2006, “Sierra Gas S.A. c/ Eg3 S.A. s/ ordinario”; Stiglitz, R., El deber de información y los vicios del consentimiento, LL 2005-C, p. 1444 y ss., texto y nota n° 20 con cita de Jourdain, P., Le devoir de 'se' renseigner [Contribution à l'Étude de l'Obligation de Renseignement], Dalloz, París, 1983 p. 140; en el mismo sentido: Stiglitz, R., El deber general de información contractual, RCCyC, año II, n° 11, diciembre 2016, p. 3, espec. cap. XI) ⁸

IV. **CONCLUSIONES:**

El comentario al fallo en estudio, y los fallos en apoyo a nuestra postura nos llevan a las siguientes conclusiones:

- 1- El deber de información en la relación de consumo, se encuentra protegido por la normativa consumeril y especialmente por la Constitución Nacional que consagra en su art. 42 el derecho de los consumidores a una información adecuada y veraz y a la protección de sus intereses económicos.
- 2- El deber de información adecuada y veraz, nacen en la etapa precontractual, y se mantiene en la contractual y de ejecución.

⁸ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de la Capital Federal, SALA D. 11-06-2020 “LAVIA, ERNESTO C/ DESPEGAR.COM.AR S.A. S/ ORDINARIO”, registro n° 17.529/2018,

- 3- LA FALTA, DEFECTUOSA O FALAZ INFORMACION AFECTA AL CONSENTIMIENTO, como elemento esencial de la contratación bancaria.
- 4- La desigualdad manifiesta frente al profesional en el mercado, la asimetría y el contrato de adhesión, acentúan la responsabilidad bancaria.
- 5- El cumplimiento del deber de información de los bancos debe meritarse en relación a la naturaleza de la operación y la persona del consumidor.
- 6- El silencio y la omisión de respuesta al consumidor, es una falta grave de responsabilidad bancaria que debe apreciarse.
- 7-El consumidor debe informarse adecuadamente y evaluar las posibilidades que le presenta la entidad financiera, para lo cual se requiere de la necesaria colaboración de dicha entidad.
- 8- El deber de información bancaria, no se agota con la remisión de la normativa del BCRA al consumidor, sino que requiere colaboración, y asesoramiento, y de ser necesario llevado a cabo personalmente por un ser humano y no producto de la I.A.-

Claudia Susana Capo (CAM) y Carlos Alberto Albano (CALZ)

EL ACREEDOR QUE REVISIONA SU CRÉDITO
Y EL DERECHO A PARTICIPAR DEL ACUERDO

Autores: Dra. Griselda V. Allende
Dr. E. Daniel Balonas

78° ENCUENTRO DE INSTITUTOS DE DERECHO COMERCIAL
DE COLEGIOS DE ABOGADOS DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES

Mar de Ajó, noviembre de 2023.

COMISIÓN 5) Derecho concursal.

PONENCIA

SIN DESCONOCER QUE LA REGLA GENERAL ES QUE SOLO PARTICIPAN DEL ACUERDO AQUELLOS ACREEDORES DECLARADOS VERIFICADOS Y ADMISIBLES EN LA RESOLUCIÓN DEL ART. 36 LCQ, CUANDO SE TRATA DE UN ACREEDOR QUE POR EL MONTO INVOLUCRADO RESULTA DIRIMENTE EN MATERIA DE MAYORÍAS LA REGLA NO SE PUEDE APLICAR EN FORMA TAN ABSOLUTA, ADMITIÉNDOSE SU INTERVENCIÓN EN LA MEDIDA QUE LLEGUE A REVERTIR LA DECISIÓN ANTES DE LA CONCLUSIÓN DEL PERÍODO DE EXCLUSIVIDAD. E INCLUSO, EN CIERTOS CASOS DONDE LA RESOLUCIÓN DEL ART. 36 APARECE EVIDENTEMENTE DESACERTADA, PODRÍA JUSTIFICARSE LA SUSPENSIÓN CAUTELAR DEL PROCESO CONCURSAL A LA ESPERA DE LA RESOLUCIÓN DEL INCIDENTE DE REVISIÓN.

1. INTRODUCCIÓN.

Admitimos que aun cuando ello no surja literalmente del Art. 36 LCQ, la regla general es que dicha resolución es definitiva en cuanto a la incorporación de los acreedores al elenco que habrá de negociar el acuerdo e integrar la base computable para establecer si se alcanzaron o no las mayorías.

Mas dado que la norma no aparece expresa, la regla admite excepciones cuando se trata de un acreedor cuya cuantía convierte a su "voto" en dirimente. Ello dado que el concurso se sustenta en el principio de mayorías, que podría verse quebrado si admitimos la exclusión del acreedor que representa una porción relevante del pasivo.

En tales casos debe admitirse la participación del acreedor en el acuerdo si logra la revisión de su crédito antes del final del período de exclusividad e, incluso, se podría admitir la suspensión cautelar del proceso concursal cuando existe una alta verosimilitud del derecho en el pedido de revisión.

2. EL PRINCIPIO DE LA MAYORÍA EN EL PROCESO CONCURSAL.

Sabemos que el concurso preventivo se sostiene en la oportunidad para el deudor de alcanzar un acuerdo con la mayoría y que ese acuerdo le resulte oponible, también, a la minoría disidente, a los verficantes tardíos y, por regla, a los que deban revisar la inadmisibilidad de su crédito.

La mayoría es lo que legitima la imposición de ese acuerdo a quienes no lo aceptaron. De no existir tal mayoría es claro que se podría válidamente exigir a quien tiene derecho a cierta cantidad de dinero que acepte su cancelación por menos que lo debido o en un mayor plazo que el acordado. Al acreedor disidente se le está afectando el derecho constitucional de propiedad, ello en pos de un interés general mayor que, como dijimos, encuentra su definición y fundamento en el principio de mayorías. Entendiendo que el sacrificio que haga la mayoría no puede sino ser acompañado por la minoría.

Mas si se quiebra tal pilar, por la vía de excluir del acuerdo al mayor acreedor que, solo, impone mayoría de capital, se estaría desnaturalizando el proceso y quitando legitimidad al acuerdo que se pretende alcanzar.

La doctrina se ha ocupado del tema, señalando que “... *el concordato es desde su origen un acuerdo por mayoría, y que los dos elementos esenciales del acuerdo son la realidad o veracidad de los créditos habilitantes del voto ...*”¹

Y en el mismo sentido los redactores de la Ley han justificado la elección del principio de mayoría diciendo que “*de este modo se salvaguarda el interés general del concurso y el interés particular de los acreedores, impidiendo la maniobra de que el deu-*

¹ DASSO, Ariel A., Concursos y Quiebras: Reformas concursales. Ley 24.522 y sus modificatorias 25.563, 25.589 y 26.086, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2009, pág. 1004

... desplacer los derechos de algunos acreedores para licuar su participación, ya sea por número o por cómputo de capital en el cómputo general”²

Por ello, cuando el crédito declarado inadmisibile, corresponde a un acreedor que resultaría dirimente en el régimen de mayorías, la regla de la definitividad del Art. 36 cede ante un principio de mayor entidad, cual es el principio de la mayoría como fundamento de la legitimidad del acuerdo.

Y ello no atiende solo al interés de este acreedor, sino al interés general que se vería perjudicado al admitirse que el deudor imponga un acuerdo sin contar con una verdadera o genuina mayoría.

“Si además el acreedor representa un porción importante del pasivo, no solo se verá perjudicado el acreedor (lo que no debe ocurrir), sino que también se verá perjudicado el interés general y el orden público comprometido en todo el proceso concursal, pues el sistema de conformación de las mayorías se habrá visto severamente distorsionado por una resolución judicial que puede ser ineficaz y que el recurso de revisión no está en condiciones de reparar en tiempo oportuno”³

En dicho sentido se ha expedido también la jurisprudencia: *“... de no admitirse el recurso podría configurarse una situación en la que acreedores que representan menos del 40% del capital tuvieran la posibilidad de considerar una propuesta que, en caso de aprobarse y de ser también admitida la revisión del art. 37 LCQ, luego le sería oponible a aquella que representa más del 60% de la deuda de la concursada; pudiendo verse así alterado el principio de universalidad como el régimen de mayorías que rige en el ámbito concursal...”⁴*

² RIVERA, Julio C., ROITMAN, Horacio y VÍOTOLO, Daniel R. en “Ley de Concursos y Quiebras”, 3ª Ed. actualizada, Rubinzal Culzoni, Santa Fé, 2005, tomo I, pág. 741

³ RASPALL, Miguel en “Concursos y Quiebras” Dir. CHOMER, Héctor O., Ed. Astrea, 1ª Ed., Bs. As., 2016, tomo 1, pág. 751.

⁴ CNCom, Sala F, 9/9/2014 “Aradhana S.A. s/ Concurso Preventivo s/ Incidente de Nulidad Promovido por Viña fundación de Mendoza S.A.

3. EL DERECHO DE VOTO DEL ACREEDOR QUE LOGRA REVISIONAR ANTES DEL FIN DEL PERÍODO DE EXCLUSIVIDAD.

La premisa instaurada -que aceptamos como regla general- en el sentido de que el revisionante, aún logrando la verificación de su crédito antes del fin del período de exclusividad no participa del acuerdo, no surge literalmente del Art. 36 LCQ, sino que es una interpretación forzada, fundada en una mala redacción de este.

En efecto, dice la norma referida, en cuanto a la sentencia verificatoria del Art. 36 LCQ que *“estas resoluciones son definitivas a los fines del cómputo en la evaluación de mayorías y base del acuerdo, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo siguiente”*

El artículo siguiente (el 37) refiere al incidente de revisión, que procura revertir lo decidido en la oportunidad del Art. 36 LCQ.

Se ha interpretado que el *“sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo siguiente”* es en relación a la inclusión en el pasivo, mas no a la participación del acuerdo. Mas ello deriva de interpretación doctrinaria o jurisprudencial, mas no el texto de la Ley, que cuando indica *“sin perjuicio de ...”* no distingue a cuál de los efectos se aplica ello, o si corresponde aplicarlo a todos los fines derivados de la “definitividad” de la resolución.

Entonces, tal interpretación habitual, cede cuando a través de la misma se quiebra un principio que es pilar en el proceso, como ocurre con el principio de mayorías que ya hemos fundamentado.

“Resulta sabido que la base del cómputo del pasivo resulta ser la de los créditos admitidos en la resolución del art. 36 de la LCQ. Ahora bien, dicha base puede ser modificada si en tiempo propio se produce una resolución en un incidente de revisión que logra una consideración positiva que permite vislumbrar la conmovión del crédito admitido.- Ante este escenario, el mismo debe ser considerado en el cómputo, siempre y cuando -como ocurre en el caso de autos- el pronunciamiento se encuentra firme antes del vencimiento del período de exclusividad.- Si bien dicha circunstancia resulta un vacío importante en la ley y no se compadece con la actual estructura del concurso preventivo, a criterio del Suscripto resulta completamente factible (v. art. “Conmovión del crédito admi-

sible por el recurso de revisión a los efectos del cómputo del pasivo”, Arnoldo Kleidermacher, Ed, Ad Hoc, pág. 499)⁵

“Pues bien, el art. 36 LCQ establece que dentro de los diez (10) días de presentado por el síndico el informe individual, el juez decidirá sobre la procedencia y alcances de las solicitudes formuladas por los acreedores.- Esta norma también señala que esa resolución es definitiva a los fines del cómputo en la evaluación de mayorías y base del acuerdo “sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo siguiente”. El art. 37 LCQ dispone que la resolución que declara verificado el crédito y, en su caso, el privilegio, produce los efectos de cosa juzgada, salvo dolo, pero la que lo declara admisible o inadmisibile puede ser revisada a petición del interesado, formulada dentro de los veinte días siguientes a la fecha de la resolución prevista en el art. 36.- Ahora bien, es función propia de la interpretación judicial la integración armónica de los preceptos legales, de modo de superar la antinomia literal que sus textos puedan presentar (CSJN, 1.1.59, “Gianfelici, Albino c/ Instituto Nacional de Previsión Social”, T. 243, p. 46.; íd., 1.1.65, “Nación c/ Sánchez, Rafael” T. 263, p. 227).- Sobre tales bases entonces, analizando en conjunto las previsiones de los arts. 36 y 37 del ordenamiento concursal, no se advierte óbice para que el crédito reconocido -con carácter de firme- antes del vencimiento del período de exclusividad sea incluido en la base de cómputo de las mayorías legales. Es que, se reitera, la disposición de que la resolución general de los créditos es “definitiva a los fines del cómputo en la evaluación de mayorías y base del acuerdo” se integra, por expresa referencia legal, con la previsión del art. 37, que habilita la revisión de la declaración de inadmisibilidad de la pretensión verificatoria.”⁶

Así, cuando el crédito en revisión puede afectar la regla de la mayoría, la jurisprudencia y la doctrina han procurado una interpretación del Art. 36 LCQ, que sin apartarse de su letra, conserve aquel pilar, esencial a la hora de legitimar el acuerdo.

En esos casos, cuando el acreedor logra la verificación de su crédito antes del final del período de exclusividad, debe ser computado a los fines de evaluar la obten-

⁵ JNC 11 -firme-, 23/11/2016 “Incidente Nº 2 - Incidentista: Roger, Gambier S/Incidente De Revisión de Crédito”

⁶ CNCom Sala A, 11/10/2018, “Valsugana S.R.L. s/ Concurso Preventivo” (del voto de la Dra. Uzal, que luego la mayoría no acompañó).

ción de las mayorías y, según el caso, puede ello justificar una prórroga del período de exclusividad para que todos los intervinientes en el proceso ajusten su conducta al nuevo escenario.

4. LA POSIBILIDAD DE SUSPENDER EL CONCURSO -O MANTENER VIGENTE EL PERÍODO DE EXCLUSIVIDAD-

Como dijimos al postular la ponencia, se trata de una cuestión a analizar en el caso concreto y en situaciones excepcionales.

Mas, sobre la base de los argumentos ya vertidos, entendemos que un incidente de revisión con una alta verosimilitud del derecho, que involucre un crédito que, por el monto, resultará dirimente a la hora de juzgar las mayorías, habilita una medida cautelar de suspensión del proceso concursal -o, si se prefiere, de mantener vigente el período de exclusividad- hasta que exista sentencia firme en el incidente.

El caso concreto⁷ que origina esta ponencia es un concurso preventivo donde un crédito que representa más del 75 % del pasivo concursal fue declarado inadmisibile por errores evidentes de la resolución del Art. 36 LCQ⁸, estando en trámite el incidente de revisión y habiendo comenzado el período de exclusividad.

En el mismo sentido que proponemos se ha dicho *“Al igual que en el fallo “Vargas Lerena, Álvaro c. Cadena País Producciones Publicitarias S.A. s/ ordinario”, la Sala decide con acierto hacer lugar a la medida cautelar solicitada por el revisionista, a fin de impedir la continuación del trámite del proceso concursal -formulación de la propuesta y eventuales aprobación y homologación- en tanto y en cuanto no se defina la suerte del crédito insinuado por el revisionista. Es decir, se decide proceder con la momentánea paralización del trámite concursal dado que uno de los elementos básicos sobre el que se apoya el proceso de gestación del acuerdo -el número de acreedores- se*

⁷ Que por no estar firme omitimos identificar, aunque anticipamos que tiene resolución favorable en primera instancia y actualmente recurrida.

⁸ Se trata de un crédito que se sostiene en sentencias firmes dictadas en otro fuero, y la resolución del Art. 36 erradamente se funda en que las resoluciones no estarían firmes, ello a partir de una lectura errada de la documentación inducida por un informe del síndico que así lo sugiere.

encuentra discutido, más aun tomando en consideración que su resolución tiene un impacto directo en la conformación de la mayoría”⁹

5. CONCLUSIONES.

La regla de que el crédito declarado inadmisibile no participa del acuerdo aún revisionando a tiempo no surge de la letra de la Ley, por lo que cede cuando su aplicación quiebra un principio del derecho concursal como lo es el régimen de mayorías.

En tal caso el crédito proporcionalmente relevante, que fue verificado antes del final del período de exclusividad participa del acuerdo y, si fuese necesario, justifica la prórroga del período de exclusividad para que todos los actores se puedan ajustar al nuevo escenario.

Y si se tratara de un crédito muy importante en relación al régimen de mayorías, y el pedido de revisión reviste una alta verosimilitud del derecho, se justifica la medida cautelar de suspensión del proceso concursal o prórroga del período de exclusividad hasta que el incidente tenga sentencia firme.

⁹ ROSENFELD, Ignacio “Nota a fallo Aradhana S.A. s/ Concurso Preventivo. s/ Incidente de nulidad promovido por Viña Fundación de Mendoza S.A.”, publicado en Revista de las Sociedades y los Concursos.

CONTRATACIÓN EN PESO ARGENTINO ORO

Autor: Dr. E. Daniel Balonas

78° ENCUENTRO DE INSTITUTOS DE DERECHO COMERCIAL DE COLEGIOS DE ABOGADOS DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES

Mar de Ajó, noviembre de 2023.

COMISIÓN 3) Contratos de Empresas.

PONENCIA

LA ALTA INFLACIÓN, QUE YA PUEDE CARACTERIZARSE COMO “HIPERINFLACIÓN” DESTRUYE EL VALOR DE LA MONEDA COMO MEDIO HOMOGÉNEO PARA MEDIR EL VALOR DE LAS COSAS. EN TALES CIRCUNSTANCIAS, PROHIBIDO COMO REGLA EL AJUSTE POR INFLACIÓN Y DISTORSIONADOS, POR DIVERSAS NORMAS, LOS EFECTOS DE LA CONTRATACIÓN EN MONEDA EXTRANJERA, PROPONEMOS LA CONTRATACIÓN EN PESOS ORO, MONEDA DE CURSO LEGAL CONFORME LEY 1130 QUE SE ENCUENTRA VIGENTE.

1. INTRODUCCIÓN. INEXISTENCIA DE MONEDA COMO MEDIO HOMOGÉNEO PARA MEDIR EL VALOR DE LAS COSAS.

Lamentablemente hemos de admitir que la inflación es, a esta altura, una característica endémica de nuestra economía. De ningún modo importa eso aceptarla como un hecho irreversible, mas la realidad demuestra que a lo largo de los últimos cincuenta años, con la única excepción de los años 1991 a 2001, la inflación casi siempre ha superado el 30 % anual¹.

La inflación suele ser definida como un aumento generalizado de precios². Sin embargo, el fenómeno en nuestro país es el de la permanente pérdida de valor de la moneda, que se traduce en la necesidad de mayor cantidad de pesos para adquirir los mismos bienes.

Y el mayor problema es la imprevisibilidad, desde que es imposible conocer la inflación futura.

¹ El promedio de los últimos 30 años es de un 376 % anual, aun cuando comprende siete años del recordado período de convertibilidad. El promedio de los últimos 20 años es de un 269 % anual y actualmente supera largamente el 100 % anual.

² Que puede obedecer a muchos motivos, inclusive a un exceso de demanda o escasez de oferta.

Quien contrata necesita conocer el poder de compra que tendrá el dinero que acepta recibir a plazo, ya que de ello depende el sinalagma. Y también evaluar las consecuencias de la morosidad, si esta llegara a existir. Al carecer de una moneda cuyo valor se mantiene en el tiempo debe procurar por otros medios lograr la relativa certidumbre que le permita comerciar.

En su tercera acepción, el diccionario de la Real Academia Española define a la moneda como “*Instrumento aceptado como unidad de cuenta, medida de valor y medio de pago*”. Tal unidad de medida es la utilizada por las personas para acordar sus obligaciones y créditos.

En términos jurídicos se ha definido al dinero -o moneda- como una creación ideal, mediante la cual “*se toma un signo cualquiera, al que se le atribuye la función de servir de utilidad, se le da un nombre, independiente de sus cualidades y se lo lanza a la circulación, ya íntegro, ya dividido en múltiplos o submúltiplos, para que cumpla con la tarea de medir los valores*”³

Mas cuando la moneda se deprecia a razón de más de un 120 % anual en promedio, y resulta, además, imposible de prever en qué medida lo hará en los próximos meses, el mercado se queda sin esa unidad de medida y, necesariamente, acude a distintos mecanismos para compensar la incertidumbre que, de otro modo, paralizaría los negocios al impedir determinar, a priori, el justo sinalagma.

2. LAS SOLUCIONES DEL MERCADO A LA INEXISTENCIA DE MONEDA.

En los años 70 nació la costumbre de “*indexar*” las obligaciones. Tal neologismo se refería a la acción de actualizar la moneda mediante índices que medían la inflación, y así llegar a lo que se llamaba “*moneda constante*”, o sea una reexpresión de la moneda histórica en cifras mayores que representan un mismo poder de compra que la original.

Tal mecanismo en teoría absolutamente justo, mas en la práctica influenciado por los no siempre correctos métodos y mediciones utilizados en la confección de los índices utilizados funcionó razonablemente hasta su prohibición legal en el año 1991⁴.

³ BORDA, Guillermo A (Actualizado por BORDA, Alejandro) “Tratado de Derecho Civil – Obligaciones”, La Ley, 2008, Tomo I, pág. 389

⁴ Ley 23928 de Convertibilidad del Austral.

Ya hemos dicho que la prohibición tuvo razonabilidad en el momento, mas se volvió irrazonable con el paso del tiempo⁵, y sostenemos que hoy es inconstitucional, aunque no es la finalidad de este trabajo profundizar en ello, ante la evidente resistencia del Poder Judicial a decidir en ese sentido.

La prohibición encontró en los últimos tiempos excepciones legales -que corroboran su irrazonabilidad- en materia alquileres (Ley 27551 Art. 14), o en materia de créditos y financiación de la Vivienda (Ley 27271, Art. 21) que dieron nacimiento a los créditos “UVA” y con ello otros negocios financieros en esa unidad. Mas la regla general sigue siendo la prohibición⁶.

3. LA CONVENCION DE OBLIGACIONES EN DÓLARES.

En ese contexto, la posibilidad de pactar en moneda extranjera, generalmente en dólares estadounidenses⁷, fue la solución. Al carecer nuestro país de una moneda útil como unidad de medida, se acudió a una foránea.

En el plano jurídico ello siempre encerró problemas que el derecho debió sortear, convirtiéndose, la mayor parte de las veces en enemigo de esta posibilidad de pactar en dólares para superar la inexistencia de moneda local.

En el Código Civil original se consideró a la obligación de dar moneda extranjera como una obligación de dar cosas fungibles (Art. 617). Tal regulación no permitía la imposición de intereses ni de otra reparación por la mora que los daños y perjuicios causados. Pese a ello la costumbre imponía el pago de intereses aun antes de la reforma del año 1991, que modificó la letra del referido Art. 617 caracterizando a la deuda en moneda extranjera como deuda de dinero, que obligaba al deudor a pagar en la moneda prometida.

El Código Civil y Comercial del año 2015, volvió al concepto de obligación de dar cantidad de cosas (Art. 765) que el Art. 766 indica debe satisfacerse en la especie

⁵ Ver nuestra ponencia “Inconstitucionalidad de la Prohibición de Indexar”, 37 Encuentro de Institutos de Derecho Comercial, Monte Hermoso, Junio de 2003, de cuyas conclusiones estamos aún más convencidos 20 años después.

⁶ Otras leyes encontraron unidades de medida más confiables, con valor determinado por terceros y útiles solo a algunos fines (por ej. el JUS, el UMA, la UHOM, el antiguo Caduceo de los Contadores, etc.) Mas ello no resuelve, en general, la posibilidad de negociar contratos y obligaciones a largo plazo.

⁷ La facilidad para obtener esa moneda en nuestro mercado, lo que determina un *spread* menor en su comercialización la hizo la preferida de empresarios.

designada y admite se adicionen intereses (Art. 767), los que incluso se presuponen en caso de mora (Art. 768). Sin embargo, dispone el Art. 765, que el deudor de moneda que no sea de curso legal -que se entiende como cantidad de cosas- se libera “*dando el equivalente en moneda de curso legal*”.

Tal escollo no es el primero que encuentra la contratación en dólares. Históricamente ha padecido la contratación en moneda extranjera: La pesificación arbitraria del Dto. 214/01 y la posterior construcción judicial de la Teoría del Esfuerzo Compartido en proporciones impredecibles hasta el momento de la sentencia; las sucesivas prohibiciones y limitaciones a la compra de dólares y su utilización como lógica defensa por quienes debían abonar en esa moneda, seguida por las cláusulas de arbitraje de cambios en el extranjero y su habitual tacha de nulidad.

De allí que, por experiencia, los operadores jurídicos sabemos que un pacto en moneda extranjera, en tanto sea cumplible y/o justiciable en nuestro país o por nuestro derecho, no aporta seguridad jurídica.

Ello desde que se trata de moneda que no es de curso legal.

4. LA OTRA MONEDA DE CURSO LEGAL. EL PESO ARGENTINO ORO.

Un reciente fallo bonaerense⁸ sentenció un juicio por daños y perjuicios fundado en la Ley 24240 en Pesos Argentino Oro, que para quienes no nos dedicamos al derecho marítimo o aeronáutico no era más que un vago recuerdo de una antigua moneda, cuyo valor se relaciona al del metal precioso y que ningún uso práctico tiene más que en tales particulares especialidades jurídicas.

Dicho fallo no se encuentra firme, y aún cuando tenemos algún reparo en cuanto a su apego al principio de congruencia, y bien podría ser modificado -o no- por la alzada, importa un inteligente aporte del magistrado, de interés académico y, esencialmente, de indiscutible aplicación práctica.

La Ley 1130, del 3/11/1881, dispuso que *La Unidad Monetaria de la República Argentina, será el peso de oro o plata. El peso de oro es 1,6129 gramos de oro, de título*

⁸ J.C y C N° 3 de Avellaneda-Lanús -no firme-, 8/5/2023 en autos “MEDINA, MARÍA ISABEL C/ SALVATELA S.A. S/ DAÑOS Y PERJUICIOS” (Expte. AL-21344-2021), de libre consulta en el sitio de la SCBA, que aún no se encuentra firme.

de 900 milésimos de fino.- El peso de plata es el de 25 gramos de plata, de título de 900 milésimos de fino. El Artículo 5 de la Ley la dota de curso legal al disponer que “Las monedas de oro y plata, acuñadas en las condiciones de esta Ley, tendrán curso forzoso en la Nación, servirán para cancelar todo contrato u obligación, contraída dentro o fuera del país y que deba ejecutarse en el territorio de la República, a no ser que se hubiera estipulado expresamente el pago en una clase de moneda nacional”

En una breve reseña de la historia monetaria argentina, que ayudará a comprender la vigencia de esta rara moneda podemos señalar que, en el año 1875, mediante Ley 733 se impuso el peso fuerte, acuñado en monedas de oro con valor propio, así como creó la figura de la Casa de la Moneda, como única autorizada a acuñarla. Apenas seis años más tarde, en 1881, se sanciona la Ley 1130 que establece el peso argentino oro como moneda de curso legal y supedita la vigencia de la Ley anterior a aquello que no se oponga a la nueva norma.

Pese a ello, siguieron circulando en el país billetes de distintas “*emisiones fiduciarias*”, incluso algunas de la Nación, que desde el año 1985 se declararon inconvertibles. En el año 1899, mediante Ley 3871, se impuso a La Nación cambiar a razón de 44 centavos de pesos oro por cada peso papel⁹. Esa convertibilidad rigió hasta 1914 en que -ya vigentes los Pesos Moneda Nacional (\$mn)- se la suspendió, reanudando vigencia en 1927 y derogándose en 1929.

Entonces se aceptó desde entonces la vigencia como moneda de curso legal del peso argentino oro de la Ley 1130, establecido como 1,6129 gramos de oro de cierta calidad y la moneda nacional que desde el año 1929 ya no fue convertible.

En muchísimos fallos de nuestro máximo tribunal¹⁰ se dispuso no solo la vigencia de ambas monedas, sino el derecho de quien tenía un crédito en pesos oro a exigir su pago en moneda nacional al valor oro del mercado libre de cambios y no al arbitrariamente fijado en la convertibilidad de 1914.

⁹ Ver reseña en BORDA, Guillermo A (Actualizado por BORDA, Alejandro) “Tratado de Derecho Civil – Obligaciones”, La Ley, 2008, Tomo I, pág. 394/95.

¹⁰ Ver cita en BORDA, Guillermo, op citada, Tomo I, pág. 395.

En 1969 se dictó la Ley 18188 que dispuso la creación de la nueva moneda (el \$Ley18188) equivalente a 100 \$mn, manteniendo el curso legal de ambas monedas hasta que el BCRA disponga el canje obligatorio de la antigua.

Esa moneda duró hasta que en 1983, por Ley 22707 se creó el Peso Argentino (\$a) equivalente a 10.000 \$Ley 18188. Al igual que su antecesora mantuvo el curso legal de ambas normas hasta que el BCRA disponga el canje obligatorio de la anterior.

Apenas dos años después, por DNU 1096/85 se creó el Austral como una nueva moneda, equivalente a 1.000 \$a, y en este caso, en forma expresa, se derogaron las Leyes 18188 y 22707, con lo que quedaron como monedas de curso legal exclusivamente el Austral y... el Peso Argentino Oro, cuyo curso legal ninguna norma afectó.

Luego, la historia más reciente, la Ley 23928 del 27/3/1991 decretó la convertibilidad del Austral a razón de un dólar estadounidense por cada 10.000 australes, estableciendo en su artículo 12 que dado el nuevo régimen debía considerarse una nueva moneda, y facultando al Poder Ejecutivo a cambiar su denominación manteniendo la equivalencia, lo que se hizo mediante Decreto 2128/91 que cambió la denominación por peso (\$) a la paridad 1 pesos = 10.000 Australes, convertibles en un dólar estadounidense. Una década después la Ley 25561 derogaría la convertibilidad, aunque manteniendo la denominación de la moneda.

Entonces tenemos que hoy existen dos monedas de curso legal en el país, el peso no convertible de la Ley 23928 conforme reforma de la Ley 25561 y el peso argentino oro de la Ley 1130, que a casi un siglo y medio de su creación mantiene vigencia y valor real, equivalente a 1,6129 gramos de oro.

La vigencia de esta moneda no es cuestionada¹¹.

5. LA UTILIZACIÓN DEL PESO ORO ARGENTINO EN LA CONTRATACIÓN.

Como dijimos, se trata de moneda de curso legal vigente, por lo que no se aplica a su respecto la última parte del Art. 765 del CCyC.

A su vez, por su escaso uso, es poco probable que su cambio sea afectado por normas reglamentarias. Y siendo moneda de curso legal ningún impedimento hay a la li-

¹¹ TRIGO REPRESAS, Félix A. en "Código Civil y Comercial Comentado" (Dir. ALTERINI, Jorge H.), La Ley 3ª Ed. 2019, tomo IV, Pág. 206)

quidación de intereses por mora o a aplicarles todo el régimen de las obligaciones de dar dinero.

El Banco Central de la República Argentina publica el valor del Peso Argentino Oro, con su equivalencia a pesos. Con lo que no encontramos obstáculo alguno para acordar contractualmente en esa moneda.

Solo por una cuestión de simplificación de las operaciones, y resultando imposible bancarizar la operación en esa moneda¹², sería recomendable establecer contractualmente que la obligación podrá cumplirse en pesos argentinos oro o en su equivalente en otra moneda de curso legal en el país, al tipo de cambio publicitado por el BCRA para el día de pago.

Solo para evaluar la estabilidad de esta moneda, podemos advertir que actualmente equivale a unos \$ 115.000, o sea, al cambio real, unos USD 115. En la época de la convertibilidad cotizó entre \$ 82 al comienzo y \$ 63 sobre el final del proceso, cuando la moneda aún convertible ya estaba devaluada.

6. CONCLUSIONES.

Es por ello que postulamos que el Peso Argentino Oro, es moneda de curso legal en la República, y aconsejamos utilizarla como moneda de contratación para superar inutilidad de la otra moneda de curso legal como instrumento homogéneo para medir el valor de las cosas. Desde ya, con una cláusula que permita el pago en pesos al cambio publicado por el BCRA.

Advertimos que ninguna Ley, ni siquiera las de Orden Público como la de locaciones urbanas, prohíben esta solución.

¹² Lo que en la mayor parte de los casos será obligatorio conforme Ley 25345.

¿SOCIEDADES CON CAPITAL Y CONTABILIDAD EN PESOS ORO?

Autor: Dr. E. Daniel Balonas

78° ENCUENTRO DE INSTITUTOS DE DERECHO COMERCIAL DE COLEGIOS DE ABOGADOS DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES

Mar de Ajó, noviembre de 2023.

COMISIÓN 4) Actualidad en Derecho Societario.

PONENCIA

SIN PERJUICIO DE LAS DIFICULTADES PRÁCTICAS, DESDE EL PUNTO DE VISTA DEL DERECHO POSITIVO SERÍA PERFECTAMENTE VIABLE LA CONSTITUCIÓN DE UNA SOCIEDAD CON SU CAPITAL EN PESOS ARGENTINO ORO Y CON SU CONTABILIDAD EN ESA MISMA MONEDA.

1. INTRODUCCIÓN.

Hemos presentado en este mismo Encuentro otro trabajo fundando la vigencia actual del Peso Argentino Oro, creado por la Ley 1130, como moneda de curso legal en la República, al igual que el peso.

Solo que, a diferencia del peso, el Argentino Oro tiene estabilidad, por lo que resulta útil para medir el valor de los bienes, recaudo que, lamentablemente, el peso de la Ley 23928 y modificaciones ya no cumple.

A su vez, hace unos meses, leímos con curiosidad un inteligente artículo publicado por los amigos José Botteri y Diego Coste¹, donde evaluaban los efectos de la inflación en los derechos del socio, concluyendo que el solo hecho de que los pesos de un mes no pueden considerarse equivalentes a los de otro -y mucho menos a los de seis o diez meses después-, las normas societarias y la contabilidad llevadas en esa moneda solo pueden concluir a resultados injustos en conflictos societarios. Concluían en la necesidad de ajustar las obligaciones como si fueran deudas de valor -cuando tienen tal naturaleza- o aplicar tasa activa cuando no la tienen. Y, de *lege ferenda*, proponían admitir los capitales en moneda extranjera.

¹ BOTTERI, José D. y COSTE, Diego "LA INFLACIÓN Y LOS DERECHOS DEL SOCIO", Doctrina Societaria y Concursal Errepar (DSCE) Tomo XXXV, Febrero de 2023.

En todo caso lo que podía leerse es que no puede continuar actuándose como si la inflación no existiera.

Adherimos a todo lo planteado por los autores y, sumamos, que se trata de un problema bastante más general que el derecho societario, y que afecta a todo aquel que sea acreedor de una obligación en moneda local. Aunque, claro, en relaciones jurídicas con mayor permanencia, como la societaria, el problema se intensifica.

2. LOS PROBLEMAS DE LA DOLARIZACIÓN DEL CAPITAL.

El capital, aún como cuenta que refleja una existencia inmaterial, integra el patrimonio de la sociedad y establece límites a numerosos derechos, tales como el reparto de utilidades, la necesidad de reintegrar pérdidas o disolver, el límite a participación en otras sociedades, etc.

En consecuencia, un capital en moneda extranjera importaría una contabilidad en la misma moneda, la medición de resultados y el juzgamiento de todo el derecho societario en la misma unidad de medida.

¿Es eso imposible? Desde ya que no, pero si requiere cambios sustanciales y generará conflictos. Por ejemplo, a la hora de determinación de tributos, o incluso importaría replantear muchos de los institutos conocidos. Mas hemos de aceptar que los ajustes podrían incluso ser más sencillos que los que requiere el actual ajuste por inflación, definitivamente divorciado de las normas societarias e incomprensible aún por quienes creemos entender algo de contabilidad.

Sin embargo, lo que si requeriría la propuesta es el ajuste de numerosas normas jurídicas, como el Art. 11.4 LGS que establece que el capital debe fijarse en moneda argentina, el Art. 207 LGS que establece que las acciones de la sociedad anónima deben emitirse en moneda argentina, o el Art. 325 del Código Civil y Comercial que establecen la moneda nacional para la contabilidad. Una curiosidad, los anacrónicos debentures sí pueden emitirse en moneda extranjera, aún si fuesen convertibles en acciones. Lo mismo las Obligaciones Negociables (Art. 4 Ley 23576, que incluso las exceptúa de la regla del Art. 765 CCyC). También las normas administrativas que requieren moneda argentina no

solo en el estatuto, también en los balances que se presenten, aún cuando quien lo haga sea una sociedad constituida en el extranjero.

3. ¿Y SI USAMOS EL PESO ORO?

Sin embargo advertimos que tanto las normas de la Ley de Sociedades (Arts. 11.4 y 207), el Código Civil y Comercial (Art. 325) y las normas administrativas utilizan indistintamente el calificativo “argentina” o “nacional” detrás del término moneda, calidad que es cumplida por el Peso Argentino Oro.

La Ley 27349 también se limita a exigir moneda nacional (Art. 36.6)

Ni siquiera se exige que sea de curso legal, aunque también con ese requisito cumpliría.

De allí que una sociedad con capital establecido en Pesos Argentino Oro (Ley 1130) debería ser inscripta, y también debería admitirse que lleve su contabilidad en esa moneda.

No se requiere ningún cambio legislativo ni existen motivos que permitan rechazar su inscripción o exigir una contabilidad en pesos.

4. CONCLUSIONES.

La sociedad con capital y contabilidad en Peso Argentino Oro es jurídicamente posible y debe ser admitida, aún de *lege lata*.

Debemos reconocer que este trabajo no es más que un ejercicio intelectual, ya que es las dificultades cotidianas, y los conflictos que existirían con bancos, organismos recaudadores, etc. hacen poco recomendable la solución. Algunos de los problemas que señalamos más arriba para una dolarización se repetirían en esta solución.

Sin embargo, en tiempos de cambio y de tan poca estabilidad, donde toda propuesta merece ser analizada, entendemos que con las modificaciones adecuadas, puede encontrarse por esta vía una solución para que las sociedades puedan funcionar con información útil y válida para decidir los derechos de sus socios, aún en un contexto donde no existe una moneda útil para valorizar homogéneamente los bienes.

**(LXXVIII) ENCUENTRO DE INSTITUTOS DE
DERECHO COMERCIAL DE COLEGIOS DE ABOGADOS DE LA
PROVINCIA DE BUENOS AIRES.**

Mar de Ajo, 30 de noviembre y 1° de diciembre de 2023.

TÍTULO: Reflexiones sobre la naturaleza jurídica del contrato de fianza y el espíritu de la Ley N° 24.467 a propósito del fallo “Garantizar S.G.R. c/ Szymanski, Daniel José y otro s/ Ejecutivo” de la Sala C de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de fecha 30 de septiembre de 2019.

AUTOR: **BARTOLOMÉ ALEMÁN, PAOLA LORENA** - Colegio de Abogados de Moreno- Gral. Rodríguez.

I. Postulado del trabajo.

El presente trabajo analiza el fallo de la Sala C de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial “Garantizar S.G.R. c/ Szymanski, Daniel José y otro s/ Ejecutivo” de fecha 30 de septiembre de 2019, cuestionando la aplicación automática y forzada de la doctrina sentada por el Tribunal en pleno in re “Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial autoconvocatoria a plenario s/ competencia de este fuero en ejecución de títulos cambiarios en que se encuentren involucrados derechos de consumidores”¹ (en adelante, “Plenario”) y con ello, las disposiciones de la Ley N° 24.240.

II. Introducción. Los hechos.

El presente postulado surge del análisis del fallo de la Sala C de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial mencionado en el apartado anterior, quien se expide en el marco de un juicio ejecutivo promovido contra los fiadores lisos, llanos y principales pagadores de un socio partícipe -en el caso en particular, una sociedad de responsabilidad limitada- que había endosado cheques – propios y de terceros - avalados por una sociedad de garantía recíproca (en adelante, S.G.R) y negociados en el Mercado de Valores.

¹ Expte. S. 2093/09 de fecha 29 de junio de 2011.

Ante el incumplimiento del deudor principal, y habiendo la S.G.R desinteresado a su acreedor, promueve el juicio ejecutivo contra los fiadores, quienes entre otros planteos, oponen la excepción de incompetencia fundada en que ambos poseían domicilio real fuera de la jurisdicción prorrogada en los convenios firmados por lo que consideraron aplicable en el caso el “Plenario”.

Para así fundarlo, sostuvieron que la actividad de la actora consiste en ofrecer a sus socios servicios de distinta índole, revistiendo éstos últimos, calidad de usuarios, por lo que a consideración de los deudores, de dicha condición surgiría la naturaleza de consumo del vínculo entre las partes.

La excepción fue rechazada por el juez de grado – compartiendo criterio con el Dictamen de la Fiscalía General ante la Cámara Comercial - quien luego de precisar la finalidad de las S.G.R y las garantías por ellas otorgadas tendientes a asegurar el cumplimiento de prestaciones dinerarias o susceptibles de apreciación pecuniaria asumidas por el socio partícipe para el desarrollo de su actividad económica u objeto social², sostuvo que no cabía considerar que el socio partícipe afianzado revista el carácter de consumidor final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social, de una operación de crédito o servicio, lo que llevaba a considerar que se encontraran incumplidas las características que el art. 1º de Ley N° 24.240. requiere para estar en presencia de un "consumidor o usuario"³.

A su vez, determinó claramente el carácter “accesorio” que reviste la fianza respecto de la obligación principal, siendo menester a los fines de determinar la jurisdicción competente, tomar las mismas pautas interpretativas que se imponen en torno al contrato de garantía recíproca; la cual descarta el encuadramiento del *sub examine* dentro de la interpretación que impone el art. 3º la Ley N° 24.240⁴.

² Conforme art. 69 Ley N° 24.467.

³ Cfr. CNCom. Sala E, 3.3.10 in re "Daimler Chrysler Compañía Financiera S.A. c/ Flick Inés Del Carmen s/ Secuestro prendario").

⁴ (CNCom. Sala Integrada, 25/10/11, in re “Garantizar S.G.R. c/ Fornetti Jorge Omar s/ Ejecución prendaria”; id. Sala F, 3/12/2009, in re "Garantizar GR c/Elso Tamara Eliana Moira s/ejecutivo"; id. 23/12/2010 "Garantizar SGR c/ Zamero Enrique y otro s/ ejecutivo; id. 2/08/2011, in re “Garantizar SGR c/ Rivas Angel Rubén y otro s/ Ejecutivo”; id. Sala A, 17/11/15, in re “Aval Federal SGR c/ Carrocerías Galicia SA y otros s/ ejecutivo”, expte. N°12883/14)

Apelada la sentencia de primera instancia, en fecha 30 de septiembre de 2019 se expide la Sala C interviniente, haciendo lugar a la excepción de incompetencia por considerar de aplicación el art. 36 de la Ley N° 24.240 en virtud del “Plenario”.

En dicho marco, la mencionada Sala consideró que “la cláusula inserta en las fianzas por la cual los fiadores se sometían a la jurisdicción y competencia de los tribunales nacionales de esta ciudad de Buenos Aires resulta nula a tenor de lo dispuesto por el art. 36 de la ley de Defensa del Consumidor”.

Para llegar a dicha conclusión, la Sala C debió necesariamente apartarse de la naturaleza jurídica del “contrato de fianza” (art. 1.574 CCCN) y – alejándose de la verdad material– sostuvo que aunque se admitiese que la relación entre el principal obligado y la S.G.R no se encontrara alcanzada por las disposiciones contenidas en la Ley N° 24.240, no cabía extender sin más tal solución a los fiadores demandados, entendiendo que habiendo éstos últimos asumido obligaciones frente a la S.G.R como deudores principales sin poder invocar el beneficio de excusión, “... *no existiría diferencia ontológica entre la situación de los demandados y la de cualquier otra persona humana que se relacione directamente con la sociedad de garantía recíproca, en tanto se generó una relación autónoma entre dicha parte y la entidad acreedora.*”

Sostuvo así la Sala C que “*El vínculo de la sociedad aquí accionante con dichos demandados, por ende, se independizó del que la misma sociedad había trabado con la firma afianzada, aspecto sobre el cual la Sala no se pronuncia*”, para luego concluir que asumida por los demandados esa obligación en forma autónoma, directa y principal, la relación debía ser juzgada a la luz de lo previsto en la Ley N° 24.240 por cuanto cabría inferir de la calidad de las partes que subyace una relación de consumo y, sin explicar cómo infiere tal calidad, señala que es de aplicación el “Plenario”.

Finalmente, determina que a raíz de las consideraciones mencionadas, la cláusula inserta en las fianzas por la cual los fiadores se sometían a la jurisdicción y competencia de los tribunales nacionales de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires resulta nula a tenor de lo dispuesto por el art. 36 de la Ley N° 24.240.

III. Crítica fundamentada al fallo bajo análisis. Adecuada interpretación y aplicación de las normas. La verdad material por sobre la verdad formal.

Ante los hechos mencionados en el apartado anterior, resulta importante en primer lugar, determinar la finalidad de la Ley N° 24.467, el objeto de la S.G.R, y la naturaleza jurídica del contrato de fianza, para luego poder efectuar una adecuada aplicación de las normas, tal como requiere toda decisión judicial.

El art. 1° de la Ley N° 24.467 señala que la finalidad de la ley es promover el crecimiento y desarrollo de las Pymes, impulsando políticas de alcance general a través de la creación de nuevos instrumentos y consolidación de los existentes.

Así, en su art. 32 crea a las S.G.R cuyo objeto principal es el de otorgar garantías a sus socios partícipes o a terceros – que revistan el carácter de Pymes – para asegurar el cumplimiento de prestaciones dinerarias u otras susceptibles de prestación dineraria asumida por la Pyme para el desarrollo de su actividad económica u objeto social.

A su vez, la S.G.R se encuentra obligada a requerir a los socios partícipes o terceros avalados contragarantías en respaldo de los contratos por con ellos celebrados, - siendo ello fundamental para el adecuado funcionamiento del sistema de garantías-, y dependiendo los montos involucrados, usualmente se requieren fianzas personales.

Es importante destacar que los únicos que pueden recibir avales de las S.G.R son sus socios partícipes - solo las pymes pueden revestir tal condición de socio - o terceros que resulten Pymes, para el desarrollo de su actividad económica.

Sentado ello, y a fin determinar si existe una relación de consumo entre la Pyme y la S.G.R y a su vez, entre ésta última y los fiadores de la Pyme, es menester analizar *a priori* cuál ha sido el destino final dado al bien adquirido, independientemente de la calidad de las partes⁵.

La Ley N° 24.240 parte de un criterio objetivo para establecer cuándo un sujeto de derecho - persona humana o jurídica - actúa como un consumidor o usuario que merece la tutela de la ley, y es la figura de “destinatario final”; éste es aquel que adquiere bienes o servicios sin intención de obtener una ganancia mediante su posterior enajenación, ni de emplearlos en un proceso de producción o comercialización destinados al mercado⁶.

⁵ Conf. CCCLZ, Sala III, c.59238, I del 21/12/21 y CCCLZ, Sala II c. 41357-2021 del 02/03/2022.

⁶ Conf. Juan M. Farina “Defensa del Consumidor y del Usuario” Editorial Astrea, p.41. En el mismo sentido, Excm. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial, Sala Primera, del Departamento Judicial de San Isidro, c.29142 – 2022 del 24/05/2023.

En atención a ello, resulta claro que en el caso bajo estudio no existe relación de consumo entre la Pyme avalada y la S.G.R, pues la fianza otorgada encuentra su origen en una operatoria de crédito a través de la negociación de cheques en el mercado de valores para utilizarlo como capital de trabajo, en el que no se advierte el carácter de “destinatario final” de aquel sino la posibilidad de emplear lo obtenido en un proceso de producción o comercialización.

Partiendo de esa base, corresponde pues analizar si – *a contrario sensu* de lo resuelto por la Sala C - por el carácter “accesorio” de la fianza otorgada por los fiadores de la Pyme, corresponde o no tomar las mismas pautas interpretativas que se imponen al deudor principal, a fin de determinar la jurisdicción competente y la aplicación de la Ley N° 24.240.

Ahora bien, de acuerdo a lo establecido por el art. 1.574 del Código Civil y Comercial de la Nación, observamos que la noción de fianza se basa exclusivamente en dos conceptos: la obligación accesoria y el incumplimiento.

El nuevo Código, en su art. 1.591, no introduce cambios en el régimen de la fianza con cláusula “principal pagador y codeudor”⁷. Esta norma dispone que cuando alguien se obligara como principal pagador, aunque lo fuera con la calificación de fiador, debe ser considerado deudor solidario y se le aplicarán las disposiciones sobre los codeudores solidarios.

La Sala C, si bien no lo fundamenta con citas normativas, parece adoptar la posición de parte de la doctrina – que no es pacífica – sobre la naturaleza jurídica de esta modalidad de garantía. Un sector sostiene que quien asume el carácter de codeudor solidario no tiene una obligación accesoria, sino que constituye una relación jurídica directa con el acreedor, aún si lo hiciera con el propósito de garantía de la deuda de otro.

Por el contrario, el otro sector considera que el fiador comprometido en esos términos, no asume una obligación directa y que esa modalidad codeudora continúa configurando una fianza en su cabal sentido, inclinándose a favor del criterio de aplicar al principal pagador los efectos de la fianza, respetando su naturaleza de obligación accesoria, aspecto que por revestir

⁷ Modalidad usualmente empleada, antes contemplado por el art. 2005 del derogado Código Civil.

carácter esencial no puede soslayarse, cualesquiera que sean las modificaciones y las cláusulas más o menos rigurosas, bajo las cuales fue constituida tal tipo de fianza⁸.

Como bien lo señala BARREIRA DELFINO, tanto el Código Civil derogado como la norma actual, establecen pautas de interpretación, al sostener que quien se obliga como principal pagador (intención real) pero disimulando ser fiador (intención disfrazada), debe ser considerado codeudor solidario.

Coincidimos con el citado autor, al sostener que se trata de una regla para interpretar los verdaderos alcances del compromiso asumido, haciendo prevalecer la verdad material sobre la verdad formal.

Dicho ello, consideramos que el fallo en estudio no sólo se aparta de la verdad material sino que parte de una ficción para imponer la aplicación de la Ley N° 24.240 por cuanto - si bien alguna postura doctrinaria podría considerar al fiador principal pagador como codeudor solidario, en una relación directa y autónoma- es claro que no se da en el caso en marras, en tanto resulta imposible que los fiadores tuvieran un vínculo autónomo con la S.G.R, dado que: 1) no revisten el carácter de Pyme⁹, condición esencial para obtener el aval de una S.G.R. conforme lo dispuesto por los arts. 33 y 37 de la Ley N° 24.467; 2) no fueron los destinatarios de los fondos obtenidos mediante la negociación de los cheques avalados por la S.G.R.

La característica esencial del contrato de fianza es la “accesoriedad” respecto de la obligación principal, por lo que se deben tomar las mismas pautas interpretativas que se imponen en torno al contrato de garantía recíproca; la cual descarta el encuadramiento dentro de la interpretación que impone el art. 3° la Ley N° 24.240.

IV. Consideraciones finales.

En virtud del análisis realizado, concluimos que el fallo en cuestión evidencia la ausencia de un estudio crítico y razonado de las circunstancias fácticas del caso, atentando de esa manera contra el espíritu perseguido por el legislador al sancionar la Ley N° 24.467 (de S.G.R).

Ello por cuanto la Sala C se aparta de la verdad material y de la naturaleza jurídica del “contrato de fianza” (art. 1.574 del Código Civil y Comercial de la Nación), y con ello,

⁸ BARREIRA Delfino, Eduardo “Acerca de la fianza general”, 08/03/2017, <https://www.pensamientocivil.com.ar/doctrina/2706-acerca-fianza-general>.

⁹ Resolución N° 121/2023 de la Secretaria de Industria y Desarrollo Productivo.

desnaturaliza figuras jurídicas existentes, sin atenerse a una cuidadosa y estricta interpretación de la normativa aplicable en los casos como el que se exhibe en este trabajo, en tanto no resultarían de aplicación las normas de protección de usuarios y consumidores, de acuerdo a los arts. 1902 y 1.384 del Código Civil y Comercial de la Nación.

BARTOLOMÉ ALEMÁN, PAOLA LORENA.

Colegio de Abogados de Moreno - Gral. Rodríguez

Moreno, 17 de octubre de 2023.

PONENCIA

LXXVIII ENCUENTRO DE INSTITUTOS DE DERECHO COMERCIAL DE COLEGIOS DE ABOGADOS DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES

MAR DE AJO, NOVIEMBRE 2023

TEMA. SOCIEDADES

TITULO: EXCLUSION DE ACCIONISTAS EN LA S.A.

AUTOR: Adriana Beatriz Blanco

Instituto de Derecho Comercial del Colegio de Abogados de San Martín.

SUMARIO:

La exclusión del socio puede proceder en las sociedades anónimas cerradas aunque ello no esté previsto estatutariamente, siempre que pueda probarse la justa causa que la justifique.

INTRODUCCION

Un reciente fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones Sala B, en autos “Martin Hernán c/ Martin Diego s/ Ordinario” confirmó la sentencia de primera instancia que había rechazado “in limine” una demanda de exclusión de socio entendiendo que la acción prevista en el art. 91 y sig. LGS no se encuentra prevista para las sociedades por acciones¹. Esta posición no es novedosa, ya que ha sido sostenida en anteriores precedentes tales como: “Quetra SA c/Pitrelli”², “Domestico, Lucia c/ Buceta”³, entre otros.

Agrega que en este tipo social la procedencia de la exclusión estaría condicionada a la existencia de una previa cláusula estatutaria, como se ha

¹ CNCom Sala B, “Martin, Hernan c/ Martin Diego s/ ordinario” Expte 4660/2020. Fecha: 15/2/23 Errepar. Cita digital: EOLJU198078A

² CNCom Sala A, “Quetra SA c/Pitrelli, Domingo s/ordinario” - Expte. n° 14254/2005) Fecha 28/09/2017 Errepar. Cita digital EOLJU184060A

³ CNCom. Sala E “Doméstico, Lucía Susana y otro c/Buceta, Elena Francisca y otros s/ordinario” Expte. 27189/2014. Fecha 02/08/21. Este precedente se refiere a resolución parcial pero deja sentada la misma posición respecto a la exclusión de socios en SA

sostenido en Microómnibus Ciudad de Buenos Aires SATCE C/Martinez Daniel s/ ordinario"⁴ y Microómnibus Barracas de Belgrano Galván Daniel Oscar⁵.

Sin embargo, entre los propios fundamentos de la sentencia se menciona que el tema se encuentra controvertido en doctrina y que podría existir "una perspectiva más amplia" pero enfáticamente rechaza la producción de prueba que podrían demostrar "los incumplimientos que se le enrostran al encartado", expresando: *"lo cierto y jurídicamente relevante es que no modificarán el hecho que la acción aquí promovida no se encuentra prevista para los socios de sociedades anónimas ni que tampoco se previó tal posibilidad en el contrato social"*.

POSTURAS A FAVOR DE LA EXCLUSION DE ACCIONISTAS

A favor de tal postura, podemos encontrar algún fallo que deja entrever tal posibilidad, como por ejemplo en el caso "Reijeinstein, Hugo Ricardo contra Corporación Médica de General San Martín"⁶, donde la SCBA revoca la sentencia de segunda instancia, manteniendo los fundamentos de primera instancia que hizo lugar la procedencia de la impugnación de decisión asamblearia y daños y perjuicios, sosteniendo que la "justa causa" de exclusión no se había acreditado, dejando por tanto abierta la posibilidad a la procedencia de tal acción cuando pueda acreditarse "justa causa" en una SA.

En igual sentido, en el caso Quetra SA c/Pitrelli, la vocal Uzal sostuvo que, bajo ciertos supuestos de excepción, tal acción podría encontrar andamio en el marco de sociedades anónimas cerradas, pero que en el caso no se exhibieron pruebas que autorizaran a tener por cabalmente configuradas las causales de excepción que una acción de exclusión de socio, en su caso, exigiría.

De tal modo, también se ha dicho que este fallo parece dejar abierta una posible flexibilización de los sólidos principios de la ley societaria a favor de dicha nueva construcción doctrinaria de las llamadas sociedades de familia en los casos

⁴ CNCom Sala D, "Microómnibus Ciudad de Buenos Aires SATCI c/Martínez, Daniel s/ordinario", Fecha 03/02/2011 Errepar Cita digital: EOLJU096414A

⁵ CNCom Sala D, "Microómnibus Barracas de Belgrano c/ Galván Daniel Oscar s/ Ordinario" Fecha 21/9/2012. Errepar Cita digital: EOLJU165408A

⁶ SCBA, Fecha 29/12/1977, "Reijeinstein, Hugo Ricardo contra Corporación Médica de General San Martín. Impugnación de decisión asamblearia y daños y perjuicios" Ver en JUBA

en los que esté plasmada tal posibilidad en el contrato constitutivo y las acciones sean nominativas no endosables⁷.

Asimismo podemos citar “Centro Proveedor Agropecuario SA y otro c/ Sánchez Petrona s/ordinario”⁸ y “Microomnibus”⁹ donde se ha sostenido: “...a la inicial prédica sobre la ajenidad de la figura de la exclusión de socios en torno de ciertas sociedades anónimas según la literalidad del artículo 91 LSC ...se han ido abriendo paso concepciones más amplias y permisivas tanto en doctrina ... como en diversos precedentes de este Tribunal (cfr. CNCom. Sala C, 31.10.95, “Transportes de Tejar SA c/ Perez, Manuel V. y otros”; íd. Sala A, 18.12.2007, “Centro Proveedor Agropecuario SA y otro c/ Sanchez Petrona s/ ordinario”).

Sin embargo, a pesar de este avance, y de los numerosos fundamentos vertidos en la doctrina hasta ahora¹⁰, considero existen nuevo fundamentos para sustentar la aplicabilidad de la exclusión del socios en la SA, a partir de la aplicación de las normas del Código Civil y Comercial de la Nación, que impiden que se produzcan rechazos in limine como el del caso “Martín c/ Martin” que constituye el disparador de esta ponencia.

10 ARGUMENTOS QUE JUSTIFICAN LA APLICACIÓN DE LA EXCLUSIÓN DE ACCIONISTAS A LA LUZ DEL C.C.C.N.

1.- PERFIL ACTUAL DE LA SA. La sociedad anónima cerrada, (no incluida en el 299 LGS) a partir de la ley 24.587 de nominatividad de las acciones ha dejado de ser una sociedad “Intuito rei”, donde la persona del accionista es indiferente para el funcionamiento de la sociedad. Más aún, a partir de la Ley 25.246 y sus modificatorias; así como las Resoluciones de la Unidad de Información Financiera (U.I.F.) N° 112/202 entre otras, los organismos de control requieren información sobre la verdadera identidad de los integrantes de sociedades, para evitar que las personas físicas utilicen a las personas jurídicas como empresas pantalla para

⁷ Perciavalle, Marcelo, “Exclusión de socios. Posibilidades según las tipologías. Errepar PAS junio de 2018 con cita de Curá, Jose M.: Sobre una pretendida resolución parcial del contrato de sociedad anónima y exclusión de accionista” - ERREPAR - DSE - N° 366 - mayo/2018 - T. XXX -

⁸ SAIJ <http://www.saij.gob.ar/sociedades-acciones-sociedad-anonima-exclusion-socio-inconstitucionalidad-sociedad-anonima-familia->

⁹ Fallo citado en nota 4

¹⁰ Gonzalez, Verónica y Blanco Adriana, “La exclusión del socio en las sociedades por acciones” Ponencia del IX Congreso Argentino de Derecho Societario y V Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa. Tucuman Año 2004

realizar sus operaciones y establecen procedimientos que permitan conocer la estructura de la sociedad identificando aquellos que ejerzan el control real de la persona jurídica para disminuir el riesgo del lavado de activos y financiamiento del terrorismo. De lo cual se deduce, que ya no es posible sostener que la persona del accionista es indiferente para ley en el caso de sociedades anónimas.

2.- SU APLICACIÓN NO SE ENCUENTRA EXPRESAMENTE EXCLUIDA. La omisión de la SA en el art. 91 LGS no puede ser considerada como excluida de su procedencia, en la medida que su aplicación resulte de otras normas aplicables al caso, ya que por expresa aplicación del art. 2 del CCCN “la ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento”.

3.- APLICACIÓN DIRECTA DEL PRINCIPIO DE BUENA FE. OBLIGACION DE LEALTAD DEL ACCIONISTA. Las obligaciones del accionista deben ser cumplidas según el principio de buena fe establecido en el art. 9 del CCCN. Y asimismo el art. 10 CCCN establece que la ley no ampara el ejercicio abusivo de derechos. Se considera tal el que contraría los fines del ordenamiento jurídico o el que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres. El juez debe ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva y, si correspondiere, procurar la reposición al estado de hecho anterior y fijar una indemnización.

Sin dudas, quien plantea una acción de exclusión fundada en justa causa, está sosteniendo que el accionista ha incurrido en un grave incumplimiento de sus obligaciones. Y por tanto, surge claramente un actuar de mala fe, desleal, que comprende un ejercicio abusivo de sus derechos como accionista. Por lo tanto resulta de aplicación el último párrafo del art. 10 CCCN que ordena al Juez ordenar lo necesario para evitar el ejercicio abusivo de un derecho.

Como he sostenido en otra ponencia: “Si bien no existe una regulación expresa el deber de lealtad de los socios hacia la sociedad y hacia el resto de los socios, dicho deber consistente en hacer prevalecer el interés social por sobre su interés particular, surge de las normas societarias (arts. 1, 54, 91, 133 y 248 LGS) y del

Código Civil y Comercial de la Nación (arts. 9, 10, 150, 1067, 1716, 1717, entre otros"¹¹. Por ejemplo, si el socio asume una conducta de bloqueo, contraposición o franco hostigamiento para presionar y lograr la venta de su participación a buen precio, abusa de su derecho de impugnación de asambleas, interpone reiteradas e infundadas demandas o bloquea la toma de decisiones, paralizando la actividad de los órganos sociales, situaciones de violencia, etc. configura una violación al art. 248 LGS., ya que demuestra que está privilegiando su interés particular por sobre el interés social.

4.- PRINCIPIO DE CONSERVACION DE LA EMPRESA. La exclusión de un accionista es un mecanismo de resolución parcial que implica la desvinculación del socio excluido y la continuación de la actividad de la sociedad con los restantes, lo cual resulta una aplicación directa del principio de conservación de la empresa (art. 100 LGS). Sus efectos se encuentran regulados en los arts 92 y 93 de la LGS, protegiendo debidamente los derechos patrimoniales del socio excluido. Sin dudas la acción de exclusión es preferible a la acción de disolución por imposibilidad de cumplimiento del objeto social.

5.- DESISTIMACION DEL TIPO. La exclusión de socios prevista en el art. 91 es una norma imperativa, dado que expresamente se establece que es nulo el pacto en contrario. De allí se deriva la importancia del instituto de la exclusión expresamente establecida para los tipos mencionados en la norma. El tipo de SA se ha omitido en el texto, pero si nos encontramos frente a una SA de tipo cerrada, o de familia, que funciona en los hechos como una sociedad "de personas" podría aplicarse la inoponibilidad del tipo social, para sostener que se encuentra incluida¹². El marco cerrado del "tipo social" ha quedado desdibujado a partir de la eliminación de la nulidad por atipicidad, cambio sustancial producido en la LGS con la reforma de la Ley 26.994 al art. 17, que las valida y las incluye dentro de las pautas de la Sec. IV

¹¹ Ponencia de mi autoría "DEBER DE LEALTAD DEL SOCIO" presentada en 76 ENCUENTRO DE INSTITUTOS DE DERECHO COMERCIAL DE COLEGIOS DE ABOGADOS DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES

¹² Favier Dubois, Eduardo M. (h) y Spagnolo, Lucía: "La exclusión del socio en la sociedad anónima personalísima por vía de la desestimación del tipo social" - La actuación societaria - Ed. Ad-Hoc - Bs. As.

6. PROTECCION DE LA CONFIANZA. La sociedad es un contrato¹³ y en tal sentido, considero aplicable el art. 1067 del CCCN que establece el principio de protección de la confianza en la interpretación de los contratos que establece textualmente: *“La interpretación debe proteger la confianza y lealtad que las partes se deben recíprocamente, siendo inadmisibles la contradicción con una conducta jurídicamente relevante, previa y propia del mismo sujeto”*. Se defiende a la sociedad, como persona jurídica, frente al sujeto-socio que ha comprometido con conductas antisocietarias el principio de conservación de la empresa y el interés social infringiendo el deber de buena fe¹⁴. Sin dudas esas conductas deben ser graves, es decir que causen un serio perjuicio al ente, cuando tengan magnitud suficiente como para afectar la relación económica de la sociedad o el cumplimiento del objeto social, que excluya toda duda razonable, basada en hechos concretos que impliquen un indicio serio, objetivo y grave de la existencia de una conducta reñida con la calidad de socio¹⁵.

7.- SE ADMITE EN CASO DE MORA DEL APORTE. Por ello no se advierte razón para no poder aplicar el instituto en caso de grave incumplimiento de otro tipo de obligación del accionista, tal como podría ser el deber de lealtad, la colaboración necesaria para anteponer sus propios intereses al interés social.

8.- VIA APTA PARA SOLUCION DE UN CONFLICTO INTRA-SOCIETARIO. El conflicto entre accionistas sin dudas repercute en la actividad social e incluso puede llevar a la disolución de la persona jurídica, por imposibilidad del cumplimiento de su objeto. Sabemos que existen tanto abusos de la mayoría como de las minorías que utilizan los formalismos de la sociedad para obtener ventajas para sus intereses personales. Toda posibilidad de encontrar mecanismos ágiles para la resolución de los conflictos debe ser facilitada, teniendo en cuenta que en un proceso judicial de exclusión puede arribarse a una solución convenida donde los derechos de las partes se resguarden y sin afectación a los derechos de los terceros vinculados a la sociedad.

¹³ Dejo de lado la constitución de sociedad por manifestación unilateral de la voluntad por ser ajena al instituto de la exclusión.

¹⁴ Anta, Carlos A. “Directices procesales en la demanda por exclusión de socios. DSCE Agosto 2013.

¹⁵ Idem nota 14

9.- **RATIO LEGIS:** Por aplicación del art. 2 del CCCN la ley debe ser interpretada teniendo en cuenta no solo sus palabras sino su finalidad. En tal sentido, cabe preguntarse cuál ha sido la ratio legis del legislador?¹⁶ Sin dudas, la redacción original de la Ley 19550 entendía a la sociedad anónima como un tipo social donde fuera fácil y frecuente el cambio de accionistas (acciones al portador, con anonimato de sus integrantes), con un amplio mercado para negociar las acciones que permitiría la amplia circulación de los cartulares. Pero la realidad es que ese marco dista de la realidad argentina respecto de las sociedades cerradas, donde el 99% del total de las empresas son MiPyMEs, más del 70% de éstas son “empresas familiares”, vale decir organizaciones en las que la propiedad o el poder de decisión pertenecen, total o parcialmente, a un grupo de personas que son parientes consanguíneos o afines entre sí¹⁷. Todos los accionistas se conocen, con trato frecuente, no hay movilidad accionaria, no hay accionistas meramente inversores, el dividendo es solo una parte, siendo muchas veces las retribuciones y ventajas las que motivan el interés del accionista. La omisión del art. 91 obedece a suponer la existencia de un mercado de transmisibilidad de las acciones, que en la práctica no existe.

10. **EXCLUSION VS. DERECHO DE RETIRO.** Tanto la exclusión del socio, como su contracara, el derecho de retiro del socio frente a situaciones de opresión societaria¹⁸ convergen en el problema de la determinación del valor de reembolso del accionista que se retira de la sociedad, en búsqueda de un valor real y ajustado de su participación. En la medida que puedan arribarse a valuaciones que, desde la técnica contable o la disciplina financiera, puedan reconocerle al accionista, el valor de la empresa en marcha con un criterio razonable de proyección a futuro, el instituto de la exclusión contribuye a eliminar una “barreta de salida”, favoreciendo manejos más transparentes de los accionistas.

CONCLUSION

¹⁶ Parducci, Diego, “La exclusión de socios como una posible solución judicial frente al conflicto societario en las sociedades anónimas” en “La Actuación societaria” ED. Ad Hoc

¹⁷ De los fundamentos de la Resol. 19/2021 sobre inscripción de los Protocolos Familiares

¹⁸ Coste, Diego, Botteri, José David, “El derecho de separación del socio en el Código Civil y Comercial. Editorial Hammurabi.2016

La interpretación estricta del art. 91 LGS, negando la posibilidad de probar las causas graves que justificarían la exclusión de un accionista es un formalismo incompatible con las pautas del art. 2 CCCN sobre interpretación de la ley 19550 sancionada hace 50 años, la cual ha sufrido severas modificaciones, como por ejemplo la eliminación de la nulidad por atipicidad, que requiere se apliquen los principios generales del derecho societario “real” en nuestro país.

PONENCIA

LXXVIII ENCUENTRO DE INSTITUTOS DE DERECHO COMERCIAL DE COLEGIOS DE ABOGADOS DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES

MAR DE AJO, NOVIEMBRE 2023

TEMA. SOCIEDADES

TITULO: REFLEXIONES SOBRE EL DISEÑO SOCIETARIO: FRACASO O
NUEVA ETAPA

AUTOR: Adriana Beatriz Blanco

Instituto de Derecho Comercial del Colegio de Abogados de San Martín.

SUMARIO

El derecho societario debe repensar sus normas en miras al cambio tecnológico teniendo en cuenta las reales necesidades del emprendedor/empresario y apostando a una mirada humana que tenga en cuenta los principios constitucionales y convencionales.

INTRODUCCION

Esta es una ponencia en Homenaje al Maestro Horacio Pablo Garaguso, cuyas enseñanzas atesoro en mi corazón. Ahora lo veo claro. *A veces hay que sacudir el árbol para que los frutos caigan.* En el año 2002, su ponencia titulada “El fracaso del diseño societario y la realidad del mercado” motivó mi contraponencia “Apuesta de confianza en el progreso de los diseños societarios” en el siguiente Encuentro de Institutos. Sin dudas, Horacio supo sacudir el árbol de mis convicciones. Ojalá me siga sacudiendo desde el Cielo a ver si cae algún fruto...

Hace más de 20 años Horacio nos hablaba en esa ponencia de la “vulnerabilidad del sistema”, “fraude instalado en los mercados más sofisticados y supuestamente mejor controlados”, “fracaso de un sistema” o “imperfecciones que deben ser corregidas”... Y propuso algunos puntos de partida “para la generación

de un sistema que sea al mismo tiempo instrumento de desarrollo y de seguridad negocial”.

Como todo Maestro, condensó en una frase, muy especial para mi, una idea que me inspira y me motiva a seguir estudiando el derecho societario: “*la sociedad es un instrumento necesario para el desarrollo y crecimiento de la economía, pero además es la respuesta del gregarismo al apostolado del individualismo*”. Sin dudas la personificación ha resultado un instrumento útil, porque ha generado sistemas de cooperación que han permitido prosperar y transmitir todo lo conseguido a la próxima generación¹.

Y en esta línea de repensar el derecho societario, para buscar los ejes sobre los cuales pueda girar un sistema eficiente y sin perder de vista su enfoque humanista y basado en la realidad, van estas reflexiones sobre algunos principios para un cambio en relación al diseño societario.

MANTENIMIENTO DE LA PERSONALIDAD DIFERENCIADA Y LIMITACION DE RESPONSABILIDAD

El art. 143 del CCCN no solo declara que la persona jurídica es distinta e independiente de sus miembros, sino que también distingue la responsabilidad de cada persona, indicando que el principio general es que los miembros NO responden por las obligaciones de la persona jurídica excepto en los supuestos que la ley expresamente lo establece.

No cabe dudas entonces que el principio general es que los miembros no responden por las obligaciones de la persona jurídica, excepto en los caso que la ley así lo indique, como por ejemplo en las sociedades colectivas (art. 125 LGS). También configura una excepción la inoponibilidad de la personalidad jurídica (art. 144 CCCN y art. 54 ter. LGS) cuando se configuren las hipótesis que se detallan en la norma.

¹Sobre la importancia de la cooperación, cabe recordar que Yuval Noah Harari sostiene en su libro “Sapiens. De animales a dioses: Breve historia de la humanidad” que gran parte del éxito de Homo sapiens (la especie de humano que sobrevivió) se debe a su capacidad de cooperar a gran escala, lo que logra principalmente a través de los mitos creados compartidos por todos (también llamados poderes unificadores) como son el dinero, el imperio y las religiones.

“La consagración de la limitación de la responsabilidad del socio, propia de los sistemas occidentales, se erige como el motor de sus economías. ... El derecho no ha concebido hasta ahora, otro mecanismo de acumulación de capitales que brinde tan eficiente sistema de gestión como el que ofrece la estructura normativa de la sociedad con responsabilidad limitada para el financiamiento genuino de empresas”.²

Baste como prueba que casi no existen sociedades personalistas con funcionamiento efectivo, a excepción de las Sociedades en Comanditas Simples para la actividad de Farmacia, por ser el único tipo aceptado en la Provincia de Buenos Aires³. Allí vemos un fracaso del diseño societario de la ley 19550, consagrando tipos sociales que no se utilizan, incluso sin atreverse a suprimirlos por parte de la reforma de la Ley 26.994.

Sin embargo, algunas voces se alzan en su contra de este principio, sosteniendo que la responsabilidad limitada es una indebida externalización del riesgo empresario. No coincido con esta postura. Lo cierto es que los acreedores y terceros conocen la limitación de la responsabilidad al contratar, no solamente por la utilización del nombre social con el aditamento, sino además por la inscripción en el Registro Público, que hace a la “oponibilidad erga omnes” del estatuto.

El fundamento del conocimiento de la limitación nos enfrenta directamente al problema del acreedor involuntario, que generalmente sufre algún daño extracontractual, por ejemplo por un hecho ilícito, o también el acreedor hipervulnerable, quien se encuentra en una situación de clara desventaja respecto de su acreedor. Estas situaciones han recibido distintos tratamientos, especialmente en caso de concurso o quiebra⁴.

Los beneficios de la limitación de la responsabilidad de los socios encuentran claramente un límite en la utilización de la sociedad con un fin

² Balbín, Sebastian “Sistema de derecho societario actual”, Universidad Austral Ediciones, 2023, con cita de Kubler, F “Derecho de Sociedades”

³ Al respecto ver SCBA Farmacity SA c/ Fisco de la Provincia de Buenos Aires y otro s/pretenión anulatoria - recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley - recurso de hecho. Fecha 30/06/21 Errepar Cita digital EOLJU193931A

⁴ Fallos tales como Pinturas y Revestimientos, Asociacion Francesa Filantrópica, Gonzales Feliciano, entre otros. Puede verse Vítolo, Daniel Roque, “Privilegios concursales y derechos humanos” Ed. La Ley.

contrario al que prevé la norma, por aplicación del art. 2 y 54 tercer párrafo de LGS, reforzado por el art. 144 CCCN. La inoponibilidad de la personalidad jurídica se constituye en una sanción al uso desviado del recurso técnico de la personalidad diferenciada y puede además ser útil para resguardar los derechos de personas en situaciones de vulnerabilidad.

TIPOS SOCIALES AGILES Y SENCILLOS

En el primer trimestre de este 2023, se crearon en Córdoba 131 Sociedades Anónimas, 76 Sociedades de Responsabilidad Limitada, frente a 653 Sociedades Anónimas Simplificadas (SAS) ⁵.

Claramente estas cifras no se replican en otras jurisdicciones donde las SAS no resultan tan bien recibidas. Pero nos demuestran sin lugar a dudas, que las ventajas tecnológicas y de agilidad de este nuevo tipo, que incluye la posibilidad de SAS unipersonales, las transforman en las preferidas de los emprendedores, especialmente los jóvenes *milenials*, nativos digitales que claramente sienten que es una herramienta económica y accesible a sus posibilidades.

Tampoco dudo que sea necesario alguna reforma a la ley 27.349 y que por ejemplo, su bandera de la primacía de la autonomía de la libertad, para crear estatutos flexibles y adaptados a cada caso, contrasta con la abrumadora mayoría que ha adoptado el estatuto tipo, privilegiando así, la rapidez frente al “traje a medida”,

La transformación digital es un gran avance que el derecho societario debe asimilar, teniendo en cuenta las necesidades del mercado de una herramienta ágil, y especialmente de bajo costo para los emprendimientos Pyme del país.

Ello sumado a separar definitivamente las sociedades abiertas o cotizantes, con una normativa independiente, ya que los principios y controles que requieren

⁵ Estas cifras constan en el Boletín Estadístico de la Inspección de Personas Jurídicas (IPJ) Córdoba que compila información sobre la gestión del organismo con el objetivo de contribuir al acceso de información pública para generar transparencia y promover la participación ciudadana.<https://finanzas.cba.gov.ar/category/inspeccion-de-personas-juridicas/>

son fundamentalmente diferentes a las sociedades que mayoritariamente se constituyen.

DIGITALIZACION DE LOS REGISTROS PUBLICOS

Los nuevos mecanismos y plataformas informatizadas están transformando el Registro Público y los principios de la registración societaria hacia soluciones íntegramente digitales o virtuales, que resultan capaces de brindar un acceso ágil a la información, así como evitar los clásicos problemas de archivo de grandes cantidades de papel.

En este sentido destaco los esfuerzos de la Dirección de Personas Jurídicas con la plataforma de trámites a distancia, oficios a través de Notificaciones Electronicas de SCBA y digitalización de antecedentes, que a pesar de algunos inconvenientes técnicos, están orientados hacia la completa informatización.

Ya Horacio en su ponencia, nos hablaba de la implementación del Registro Nacional de Personas Jurídicas, sin dudas un proyecto ambicioso, teniendo en miras la realidad del Registro Nacional de Sociedades, que constituye una plataforma de consulta pública pero que no contiene toda la información que los Registros Locales debieran suministrarle.

SOLUCION ACORDADA DE LOS CONFLICTOS

Sin dudas, el conflicto entre los integrantes de la sociedad, puede llegar a provocar grandes pérdidas, incluso la disolución de la sociedad, con pérdida de muchos puestos de trabajo. Los procesos judiciales se multiplican y no generan una verdadera solución a los conflictos, sin perjuicio de destacar la labor de algunos jueces que intentan acercar a las partes a una negociación.

En el ámbito del derecho societario no se valoran adecuadamente los métodos alternativos de solución de conflictos, tales como la mediación y el arbitraje, que pueden resultar muy útiles al momento de solucionar conflictos.

CONCLUSION

Existen muchos trabajos doctrinarios sobre un “Nuevo derecho societario” o “derecho societario del Siglo XXI”. Ello demuestra que estamos asumiendo el desafío de repensar las normas, así como ya hace mas de 20 años nos propusiera el Maestro Horacio Garaguso. Seguimos en este proceso y este es mi pequeño aporte. El desafío consiste en manejar la renovación como parte de la rutina.

LXXVIII ENCUENTRO DE INSTITUTOS DE DERECHO COMERCIAL DE
COLEGIOS DE ABOGADOS DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES

DESAPODERAMIENTO E INCAUTACIÓN de CRIPTOACTIVOS,
CRIPTOMONEDAS, BILLETERAS VIRTUALES:

*Dr. Marcelo Fabián Boedo - Instituto de Derecho Comercial del Colegio de
Abogados de Morón*

Liminarmente y para lograr comprender la dimensión del problema comencemos haciendo una breve reflexión a cerca de la denominada Blockchain y su operatoria con criptoactivos, para luego abordar en consencuencia las posibles formas de embargo o inmovilización para poder proceder luego al el posterior desapoderamiento.-

El sistema se trata de una cadena de bloques, que por ejemplo en el caso de las criptomonedas son archivos de texto, con una capacidad aproximada de **1 MB, que contienen unas 2000 transacciones.-** El miembro que genere este bloque recibirá a cambio una recompensa en criptomonedas, para lo cual deberá ser validado por el resto de los nodos a efectos de cerrar el bloque, al que se le asigna un código Hush - consistente en una combinación de Nros. y letras -

Entonces, ese hush del bloque contiene fecha y hora de la transacción, la recompensa del minero, todas las transacciones que quepan hasta llegar a 1 MB. Al abrirlo podremos ver el hush de cierre, El hush del bloque anterior, peso del bloque de unos 1003 KB y la lista de transacciones.-

Cerrado un bloque, su código hush de cierre será el mismo de apertura del bloque siguiente.- Cual entonces es la importancia del hush? Justamente que tanto en los bloques como en el resto de los archivos informáticos, si uno de los usuarios modificase el contenido de su archivo, invariablemente el código hush se modifica, por lo que va a diferir del que tiene el resto de los usuarios de cada nodo, surgiendo así la alteración del instrumento.-

Ahora bien.- Sabio es que una de las principales características de las criptoactivos es justamente la de mantenerse al margen de las regulaciones del sistema financiero, abarcando un amplio espectro de productos digitales que se emiten de forma privada con

tecnología similar y que se pueden almacenar y comercializar utilizando principalmente billeteras digitales y bolsas.

La tecnología detrás de los criptoactivos garantiza, en cierta medida, que cada unidad o fracción de la misma sólo pueda ser transmitida por quien la posee y nunca más de una vez. Para ello, cada usuario que participa en la red posee una dirección en la que se reciben los valores. Luego, para poder disponer de ellos, debe “firmar” la operación con una llave criptográfica asociada a la misma. La dirección actúa como punto receptor del pago, y consiste en un código alfanumérico que se genera como resultado de la aplicación de operaciones estandarizadas –entre las que se incluyen funciones “hash”– sobre una clave pública, la que se obtiene, a su vez, por medio de otra serie de cálculos preestablecidos y ejecutados sobre una clave privada, la que es generada por el usuario o por la plataforma utilizada por aquél a los fines de operar en la red. Es decir que a partir de la clave privada es posible calcular la clave pública y, seguidamente, la dirección que le será provista luego a terceros para que envíen los pagos que se pretendan percibir. Sin embargo, no será posible realizar el camino inverso y obtener, a partir de una dirección, la clave privada. El carácter secreto de dicha clave responde a su función, ya que es indispensable para “firmar” la operación y autorizar, de ese modo, el traspaso de las criptomonedas o “tokens” a otra dirección. En otras palabras, la clave privada es la “llave” que le permite al usuario disponer de sus fondos, por lo que deberá ser resguardada de manera segura para impedir que un tercero se apodere de los criptoactivos. (1)

En sus datos que se encuentran alojados en una base descentralizada, se operan recurrirémos a las conocidas “wallets” y/o “exchanges”, que podemos decir que son dos cosas completamente diferentes, pero que, en muchos casos, pueden confundirse, ya que es probable que el exchange brinde el servicio de wallet como parte de su vinculación con el usuario.- Cuando hablamos de wallet, nos tenemos que referir a aquella combinación de direcciones públicas y privadas que nos permiten “resguardar” nuestros criptoactivos. Para entender su funcionamiento, lo mejor es imaginarnos que existe una caja de cristal (clave pública) en la cual podemos ver todo el contenido que hay en ella y con un orificio donde podemos depositar los criptoactivos, sin embargo esa caja de cristal está cerrada con un candado, con lo cual podemos depositar, pero no retirar ni interactuar con lo que hay allí dentro; para ello es necesario contar con la llave (clave privada) que nos permitirá abrir ese candado y retirar los criptoactivos de su interior para enviarlos a otra caja diferente.

Por su parte, los exchanges suelen ser empresas que brindan un servicio que va desde permitir la compra y/o el intercambio de criptoactivos (sea con moneda de curso legal o con otros

criptoactivos) hasta su custodia ofreciendo una wallet al usuario. En este punto es importante clasificar las wallets y los exchanges según sean custodial o non custodial, es decir, según que el usuario tenga acceso a la clave privada de la wallet (llave para abrir la caja de cristal) o no lo tenga. (2)

Repasando entonces, de acuerdo al modo en que se almacenen dichas claves (no los criptoactivos), podremos clasificar en:

- Billetera de nodo completo o “full node”: en estos casos se descarga localmente toda la cadena de bloques. Las transacciones realizadas pueden procesarse y verificarse localmente para luego transmitirse a sus pares.
- Billetera de nodo ligero o “thin node”: Este cliente se conecta a otro nodo completo para el procesamiento de transacciones.
- Billetera en línea u “online wallet”: Este es un monedero que solo existe en un sitio web; los datos de la transacción generalmente no se sincronizan con un cliente local.

Billeteras de hardware:

Las billeteras de hardware son dispositivos físicos que almacenan claves privadas y otros datos del usuario, como por ejemplo el saldo de su cuenta. Estos dispositivos son generalmente muy seguros, por lo que, si se llegara a incautar uno de ellos, posiblemente sea necesaria la cooperación del propietario para desbloquearla. Sin embargo, existen ciertas maniobras de recuperación en caso de pérdida de PIN de acceso o extravío del dispositivo. Comprender estos pasos de recuperación, posibilita obtener acceso a su contenido sin necesidad de contar con acceso físico al dispositivo o mediante su respectivo PIN.

Billeteras frías o almacenamiento en frío

El almacenamiento en frío realmente define cualquier clave que se mantiene fuera de línea, y esto podría estar en una llave USB, una nota de papel o una billetera de hardware. Del mismo modo, es importante destacar que, si bien una clave privada puede mantenerse fuera de línea y debe importarse a una billetera para poder transferir fondos, la billetera fuera de línea aún puede

recibir transacciones de cualquier remitente. Tal circunstancia se debe a que en realidad la billetera nunca recibe los criptoactivos, sino que solo hace referencia a la dirección en la cadena de bloques. Por lo tanto, una dirección y su clave privada o una copia de seguridad como una semilla memotécnica almacenada en una hoja de papel en una caja fuerte aún pueden recibir transacciones mientras se encuentran completamente fuera de línea. Esto es extremadamente seguro porque siempre que no se necesite mover los fondos recibidos en la dirección de la clave pública, la clave privada nunca se vinculará con una billetera o dispositivo. (3)

Por tal motivo en estos casos no es posible trabar un embargo dado que no hay un registro o entidad centralizada a la cual comunicar la medida y es aquí donde se plantea al nudo del problema sub examine.-

Si viviésemos en el mejor de los mundos contaríamos en ese caso con los datos necesarios a los fines del manejo de las cripto, que al señalar del Juzgado Civil N°9 de La Matanza, para el caso de expedientes sucesorios son: “1) Clase y tipo y cantidad de criptoactivo (Criptomoneda - Token - NFT), 2) Tipo de billetera (wallet), broker o exchange en que los mismos se encuentren depositados y su clave pública; 3) Clave privada o, en caso de corresponder el usuario y contraseña de dicha billetera o broker o exchange, respectivamente.-

Pero, como esto no sucede, veremos entonces el abanico de posibles situaciones que podremos enfrentar.-

* Wallet custodial: La clave privada no está en manos del deudor, quien solamente tiene un usuario y una password para acceder a la interfaz gráfica que le permite interactuar con los criptoactivos, pero solamente dentro de ella.

* Por lo que mediante libramiento de oficio a la empresa prestador del servicio de wallet la cuestión se tornará viable.-

Exchanges centralizados: Idéntica situación a la anterior dado que el proveedor del servicio tiene conocimiento de las claves pública y privada.-

* Wallet non-custodial: Habrá que diferenciar aquí si se trata de una hot wallet o una Cold wallet, siendo que en el primer caso podría librarse oficio al mail del servicio técnico y en algunos casos, recibiremos la respuesta respectiva. Sin embargo no tendremos la facilidad de

vincular la dirección pública con la persona física, ya que, la gran mayoría de hot wallets non custodial no realizan KYC, por lo cual no cuentan con la información personal de sus clientes. Pero podremos solicitar que nos informen otros datos y, también dependiendo de la empresa, podremos recabar algunos datos (como por ejemplo la dirección IP de la conexión o el tipo de hardware utilizado)

En el caso de las cold wallets, la situación es más compleja, ya que la dirección privada se encuentra protegida en un sitio externo (normalmente equipo hardware) al cual se accede por medio de una password sin recurrir a ningún tipo de KYC ni vinculación alguna entre la persona física y la wallet en sí misma.

Sin embargo, en el último tiempo se ha hecho público que algunas empresas recurren a un sistema de resguardo de la clave privada abriéndonos la posibilidad de conseguir dicha información por medios judiciales- Vgr. Ledger - que será explicado mas adelante.- (4)

Recordemos que todos los exchanges centralizados deben cumplir con la normativa AML/KYC, con lo cual tendrán todos los datos de la persona física que es su cliente. Un detalle a considerar en este punto es que cuando solicitemos informes a los exchanges, la gran mayoría de ellos no suelen tener una dirección física, con lo cual los oficios se deberán librar al mail de soporte técnico recomendando colocar a su vez en ellos el mail del juzgado para que la información llegue allí mismo.

Lo aquí dicho también es aplicable a aquellos exchanges en jurisdicción extranjera, ya que podremos acceder a ellos con un simple mail, recibir de igual medio la información. Incluso el propio exchange puede tener (dentro de los TyC) algún procedimiento especial. Ahora bien, el problema lo encontraremos si el exchange no cumple con la manda judicial, ya que, en estos casos, tendremos que actuar por medio de exequátur conforme las reglas del derecho internacional y habrá que analizar allí la justificación, o no, de los costos que la operatoria irrogue.- (5)

A modo de ejemplo podría citarse la resolución dictada por el JUZGADO CIVIL EN DOCUMENTOS Y LOCACIONES 1 DE EL PODER JUDICIAL DE TUCUMÁN EN LOS AUTOS 1682/22 S COBROR EEJCUTIVO en la que se ha ordenado el embargo de activos que el demandado posea en plataformas de Exchange Binance y su ecosistema Binance's Open Platform, Binance Lounchpad, Binance Labs, Binance Charity, Binance DEX, Binance X, JEX y Fiat Gateways, sobre fondos actuales o futuros a liquidarse.-

Ahora bien, para el caso de tratarse de una cold wallet, si el deudor no revelase las claves o datos que permitan operar con la wallet respectiva, no habría forma embargar judicialmente ese activo.- Entonces, tal como señala Quadri, la única forma de materializar la cautelar sería la de la comunicación al deudor de las medidas de prohibición de innovar o de contratar, que ha sido definida como la medida precautoria que asegura que no se cambie la situación de hecho o de derecho, impidiendo que pueda perjudicarse a una de las partes en una relación jurídica modificando los bienes de ella, o los derechos que los litigantes tienen sobre dichos bienes (6), tiene por objeto evitar que se cambie la situación de hecho o de derecho existente al momento en que se decretó. En otras palabras, conserva el *statu quo* y obsta a que se modifique o altere, pendiente el juicio, el estado de la cosa o el derecho litigioso, evitando así los perjuicios que se puedan derivar de ello. (7)

Como controlar entonces el cumplimiento de la medida que se ha comunicado justamente al propio deudor?

Conforme señala Branciforte será por medio del explorador de blockchain respectivo que podrá efectuarse el control del efectivo cumplimiento de la medida y, gracias a la trazabilidad propia de estos sistemas, saber a ciencia cierta a quien se transfirieron los criptoactivos. Ello sin perjuicio de la complicación podría traer aparejada el pseudoanonimato, es decir que el deudor haya transferido los criptoactivos a un tercero que no utiliza tampoco un Exchange, en cuyo caso solo podremos vincular la dirección pública con una persona (física o jurídica) si esta última no ocultó su IP (8)

Obviamente, sobrevendrán las responsabilidades (civiles y penales) si el deudor desobedece. Pero las transacciones que lleve a cabo desobedeciendo la orden, no serían en principio- reversibles. Mientras tanto, algunos autores plantean la posibilidad de disponer el secuestro de equipos informáticos del deudor, donde pudieran existir softwares instalados (wallets); luego la realización de una compulsión por experto en procura de ubicar indicios de la existencia de activos como los analizados, con una orden de desbloqueo compulsivo y una eventual transferencia a direcciones que estén a disposición de la autoridad judicial. No veo viable esta alternativa, por varias razones. La primera, es que aun cuando se secuestren los equipos, el software (wallet) puede ser instalado en otros e interactuar con las mismas direcciones, en la medida en que el deudor cuente con la frase semilla (seed). La segunda, es que no es clara esta posibilidad de desbloquear compulsivamente el software: en general para su ingreso hacen falta

claves o contraseñas, no es que el mismo se encuentre abierto permanentemente en el equipo. Y aquí estamos de vuelta ante el mismo problema. Alguna doctrina propone que, acreditada la titularidad de una dirección en particular, se disponga el secuestro de las claves privadas, refiriendo algún caso norteamericano en el que una placa –guardada en una lata de pochoclos- en la cual obraba la clave privada mediante la cual se podían disponer de cincuenta mil Bitcoins (9)

Pero todo este cúmulo de privacidad podrá ser sorteada en algunos casos, dado que recientemente Ledger, empresa líder en la provisión de hardware wallets, acaba de anunciar un servicio de Ledger Recover, que permite crear una copia de respaldo cifrada de la seed, a la cual -en teoría- solo podría acceder el titular, cuando quiera y desde donde quiera. Desde ya, y como la misma empresa lo anuncia, para ello es necesario que verifique la identidad. Así que, si elegimos ir por acá ¡adiós anonimato! La empresa lo anuncia así: “PASO 1: Tu identidad se verifica por medio de tu documento de identidad y un video de ti mismo. PASO 2: Tu Ledger Nano X duplica tu Frase de recuperación secreta y cifra el duplicado. Este duplicado cifrado es la copia de respaldo de tu Frase de recuperación secreta. PASO 3: La copia de respaldo de tu Frase de recuperación secreta se vincula a tu identidad verificada”. ¿Cómo se configura? Lo explica así: “PASO 1: Crea tu inicio de sesión de Ledger Recover utilizando tu correo electrónico y una contraseña. PASO 2: Agrega tus datos de pago. PASO 3: Onfido, el proveedor de verificación de identidad, te guiará durante el proceso de verificación de tu identidad. PASO 4: Conecta tu Ledger Nano X. El dispositivo generará y protegerá la copia de respaldo de tu Frase de recuperación secreta”. O sea, ingresa ahora una parte más: Onfido, que va a realizar la verificación. Para la configuración, se lo explica así “PASO 1: Inicia sesión en Ledger Recover. PASO 2: Conecta tu Ledger Nano X y confirma tus datos personales. PASO 3: Onfido y Electronic IDentification, los proveedores de verificación de identidad, te guiarán durante el proceso de verificación de tu identidad. PASO 4: La copia de respaldo de tu Frase de recuperación secreta se restaura en tu Ledger Nano X”. Dando mas información del servicio, y bajo la pregunta de quién tiene acceso a mi billetera de Ledge Recover, se dice lo siguiente: “En resumen, solo tú puedes acceder a tu billetera. Cuando te suscribes a Ledger Recover, una versión previa a BIP39 de tu clave privada se cifra, se duplica y se divide en tres fragmentos. Cada uno de estos tres fragmentos lo protege una empresa distinta: Coincover, Ledger y un proveedor independiente de servicios de copia de respaldo. Por sí solo, cada uno de estos fragmentos cifrados son inservibles. Cuando quieras obtener acceso a tu billetera, 2 de las 3 partes enviarán los fragmentos de vuelta a tu dispositivo Ledger, donde se volverán a ensamblar para crear tu clave privada”. En el sitio de Ledger existe mas información sobre el asunto, pueden ir a verla.-

Entonces sostiene Quadri que en base a ello podría un juez ordenar a las empresas brindar la información que permite la recuperación de la seed del deudor, comunicación que debería materializarse medios de comunicación internacional, como oficio o cartas rogatorias (10)

Ahora bien, saliendo ya del ecosistema cripto e ingresando en la operatoria del campo virtual campo de lo virtual, Vgr. dinero electrónico, billeteras virtuales, plataformas comerciales, letras de cambio electrónicas, e cheqs, etc.- , la cuestión se torna bastante mas asible.-

Para su operatoria el usuario nutre el saldo su cuenta personal con fondos propios o desde cuentas bancarias desde una CBU (clave bancaria uniforme) o virtuales de terceros. mediante el uso de CVU (clave virtual uniforme), transferencias desde tarjetas de crédito o mediante depósitos de dinero efectivo realizados en forma propia o por terceros en canales alternativos a la banca tradicional como pueden serlo Rapipago, Pagofácil o Bapropagos, contando con la posibilidad como colocar esos fondos a plazo fijo mediante la retribución de una tasa de interés, o también puede realizar pago de servicios y productos abonando a través de la utilización de aparatos celulares inteligentes y realizando pagos con sistema de escaneado de código QR. (11)

Según Santiago Mora la problemática de los pagos efectuados por medios electrónica desde la óptica del "sistema", aclarando que, si bien el género llamado "sistemas electrónicos de pago" no se encuentra previsto en la legislación argentina, es útil recurrir a él para enmarcar, vincular y distinguir una importante cantidad de esquemas de negocios que se utilizan en la actualidad para facilitar pagos electrónicos En nuestro país, las regulaciones existentes en la especie no se encuentran conglomeradas en un único cuerpo normativo, sino que por el contrario se encuentra diseminadas a lo largo del orden jurídico (12)

A modo de somero análisis a lo fines de delimitar el campo de aplicación de medidas a adoptar, podría decirse que las empresas FinTechs –término que según el Banco Central de la República Argentina refiere a las innovaciones tecnológicas en servicios financieros - luego de una horfandad normativa que dejaba a las mismas por fuera de las regulaciones de la entidad rectora, han sido alcanzadas por la Comunicación A 6885, que a grandes rasgos podría decirse que alcanza a los Proveedores de Servicios de Pago, definidos éstos como las personas jurídicas que, sin ser entidades financieras, cumplan al menos una función dentro de un esquema de pago minorista, en contraposición a los denominados pagos mayoristas, que son los efectuados entre entidades financieras entre sí y con el BCRA.- quedando excluidas también los esquemas de pago

regulados por la Comisión Nacional de Valores para la colocación primaria y/o negociación secundaria, y/o la compensación y/o liquidación de valores, y cuyo objeto sea la retención y/o percepción y liquidación de sumas destinadas a cancelar obligaciones tributarias o de otro orden con el Estado en cualquiera de sus niveles y agencias, normativa ésta que faculta a la entidad matriz del sistema bancario a revocar la autorización en caso de incumplimiento, por aplicación de los arts. 46, 47 y c.c. de la ley de entidades financieras.-

Es entonces que importante destacar que se las mismas se encuentran inscriptas en el “Registro de proveedores de servicios de pago que ofrecen cuentas de pago” habilitado por la Superintendencia de Entidades Financieras y Cambiarias (SEFyC). del BCRA, en el que se encuentran asentados datos como denominación de la persona jurídica, clave única de identificación tributaria, domicilio legal, dirección e-mail, proveedores de servicios de pago que ofrecen cuentas de pago, descripción operativa y comercial, datos éstos que resultarán de utilidad a los fines de la traba de la medida adoptada.-

Resulta entonces que a los fines perseguidos, se cuenta entonces con depósitos de dinero a la vista, correspondientes a una persona determinada - en nuestro caso deudor del proceso- , administrada por entidades no integrantes del sistema bancario y financiero, pero registradas y controladas en su operatoria por el Banco Central, lo que dará entonces lugar a la captación de los mismos mediante el procedimiento cautelar en el marco del proceso judicial .-

Por lo que tanto la inmovilización como el posterior desapoderamiento, operará mediante oficios a la entidad que administre los fondos del fallido, siendo que a los fines de poder tomar conocimiento de cuáles son las entidades que efectivamente cuentan con fondos pasibles de inmovilización, podrá librarse oficio a la Administración Federal de Ingresos Públicos solicitando que a tenor de lo dispuesto en la RG AFIP N° 4647/2019 que establece que Los sujetos que administren servicios de procesamiento de pagos a través de plataformas de gestión electrónica o digital, residentes o domiciliados en el país, deberán cumplir con un régimen de información respecto de las comisiones cobradas por los servicios de gestión de pago que ofrecen, así como de las operaciones efectuadas por los vendedores, locadores y/o prestadores de servicios adheridos a los mencionados sistemas - o en su caso circularice a las mismas - e informe cuáles de éstas han reportado movimientos a nombre del fallido.-

(1) Guía práctica para la identificación, trazabilidad e incautación de criptoactivos de la Procuración General de la Nación. Pág. 24 - https://www.fiscales.gob.ar/wp-content/uploads/2023/05/Informe_Criptoactivos-1.pdf

(2) Fernando O. Branciforte. La denuncia de criptoactivos en el sucesorio: Diario La Ley 27-6-23 Pag 13-

(3) Guía práctica para la identificación, trazabilidad e incautación de criptoactivos de la Procuración General de la Nación. Pág. 34 - https://www.fiscales.gob.ar/wp-content/uploads/2023/05/Informe_Criptoactivos-1.pdf

(4) Fernando O. Branciforte. La denuncia de criptoactivos en el sucesorio: Diario La Ley 27-6-23 Pag 13-

(5) Fernando O. Branciforte. La denuncia de criptoactivos en el sucesorio: Diario La Ley 27-6-23 Pag 13-

(6) Medidas cautelares Teoría y práctica Gabriel Hernán Quadri - Marcelo Fabián Boedo Primera edición ERREIUS 2019 Pág 321.-

(7) Morello, Augusto M. - Sosa, Guaberto L. - Berizonce, Roberto O., *Códigos procesales en lo Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación comentados y anotados*, 4ª ed., Librería Editora Platense S.R.L. - Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2015, T. III, ? 416

(8) BRANCIFORTE, Fernando, Embargo de criptoactivos. Cuestiones técnicas, legales y prácticas, Rubinzal Culzoni online RC D 570/2021

(9) Quadri, Gabriel Hernán Medidas cautelares electrónicas / Gabriel Hernán Quadri. - 1a ed - Ramos Mejía: Gabriel Hernán Quadri ; Moreno, Buenos Aires : IADPI SAS, 2023. Libro digital, PDF Pág. 457.-

(10) Quadri, Gabriel Hernán Medidas cautelares electrónicas / Gabriel Hernán Quadri. - 1a ed - Ramos Mejía: Gabriel Hernán Quadri ; Moreno, Buenos Aires : IADPI SAS, 2023. Libro digital, PDF Pág. 497.-

(11) M. R. E. C/ M. L. A. S/ COBRO DE HONORARIOS - EXPTE. LZ-27524-2018.

(12) (Mora, S. J., "Sistemas electrónicos de pago en general y sistema de dinero electrónico en particular", en Mora, S. J. - Palazzi, P. A. (comps.), *Fintech: aspectos legales*, CDYT Colección Derecho y Tecnología, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2019, t. I, p. 257.)

Responsabilidad societaria por insolvencia

Gabriela Fernanda Boquin

PONENCIA El art. 99 LGS es una norma imperativa que atento su defectuosa redacción debe ser complementada por el art. 167 CCCN

Opera en caso de infrapatrimonialización de la sociedad y por ende responsabiliza a administradores y socios

Introducción

El sistema argentino regula acciones típicamente concursales contra administradores sociales en el art. 173 de la ley 24.522. Esta consiste en un reproche de carácter subjetivo por conductas dolosas por haber permitido facilitado agravado o provocado el estado de cesación de pagos de la deudora

Por otro lado considera la posibilidad de ejercer acciones societarias en la quiebra.

Habitualmente estas últimas son fundadas en las previsiones del artículo 274 de la ley 19550 que establece responsabilidad por daños generados por dolo o culpa grave o abuso de facultades por actuación que infringe el patrón de conducta establecido en el art. 59 (deber de lealtad y diligencia de un buen hombre de negocios), por violación a la ley, estatuto o reglamento la responsabilidad es frente a los accionistas, la sociedad o terceros

Pero en general se olvida el uso de una norma societaria clave en casos de infrapatrimonialización societaria como es el art. 99 LGS, reforzada por el artículo 167 del Código Civil y Comercial .

Convergencia normativa

La convergencia de ambas normas resulta necesaria pues tienen carácter imperativo (cuestión respecto de lo cual no hay dudas en la jurisprudencia y posiciones doctrinarias), y la societaria posee una redacción defectuosa que habilita la integración con su correlato en el código de fondo es decir el artículo 167, para así despejar dudas y aplicarla en la práctica sacándola del ostracismo a la que fue sometida en medio siglo de existencia.

De su aplicación surge una responsabilidad por deudas ex lege para administradores y socios que han permitido la infrapatrimonialización no generando medidas de subsanación de esta. Pero la responsabilidad no es por deuda ajena sino propia, como consecuencia de los daños y perjuicios generados ante la traslación de riesgos creada ante la omisión de la conducta debida

Los administradores, por ejemplo, se encuentran obligados a comunicar la causal de disolución para lograr una respuesta efectiva de los socios respecto de la situación, quienes a su vez tienen que decidir como sanearla o liquidarla.

Considerada esta integración se debe acudir a otras normas indisponible del Código Civil y Comercial de la Nación, como lo son los arts. 1757 y 1758 que regulan la responsabilidad por actividad riesgosa.

La actividad de la sociedad infrapatrimonializada es una actividad riesgosa por la traslación que hacen administradores y socios de su propio riesgo a los terceros siendo éstas las circunstancias de realización de su actividad que implica un parámetro objetivo de atribución de responsabilidad

El concepto de actividad da la idea de acción de una organización o de una acción organizada considerando la Real Academia Española como conjunto de operaciones o tareas propias de una persona o entidad.

Una actividad es riesgosa cuando el riesgo que genera no es circunstancial¹ creando una probabilidad objetiva de generar un daño. La actividad de una sociedad infrapatrimonializada no nació riesgosa en sí misma para terceros sino que llevada a cabo en las circunstancias de violación de lo impuesto por la manda del artículo 99 LGS y del 167 CCCN genera un riesgo que para ser imputable requiere de la existencia del daño al tercero, es decir de la obligación impaga o incumplida que no se verá satisfecha por ausencia de activos que la sufragan. Por supuesto que será necesaria la prueba de la relación de causalidad por parte de quien alega daño pero probada esta, las causales de exoneración de responsabilidad serán las previstas en el Código Civil y Comercial de la Nación. Así se eximirá de responsabilidad al socio o administrador por causa ajena o caso fortuito o se excluirá la antijuridicidad por la conformidad o consentimiento de la víctima o dañado es decir el acreedor conforme las previsiones del artículo 1720 aclarando que para que esta sea válida será necesaria la adecuada información del damnificado. En este sentido puede traducirse que la conformidad brindada a una propuesta concordatario libera de responsabilidad por los daños ocasionado por la infrapatrimonialización del ente siempre que haya existido una adecuada información de la situación a la que es sometido y por la cual libera de responsabilidad. Por el contrario aquel acreedor que es dañado por una propuesta lesiva no habiendo brindado consentimiento para la misma no libera al socio o administrador de la responsabilidad que le cabe.

La objetividad o cuasi objetividad no es novedosa en el derecho comparado² y aun en los Tribunales³ extranjeros respecto de los administradores sociales que responden ex lege por incumplimiento de la manda de atender las alertas tempranas de infrapatrimonialización del ente.

Pero a pesar de ello, sin lugar a dudas no quiere ser considerada por la doctrina que mayoritariamente escapa a esta calificación sin tener en cuenta que el Código Civil y Comercial de la Nación ha venido a introducirla en ámbitos que hasta el momento nuestra legislación no lo había hecho

Sólo echando una mirada a los Fundamentos del Código Civil y Comercial de la Nación expuestos por la Comisión redactora nos daremos cuenta y entenderemos hasta qué punto la convergencia es el nuevo paradigma y la responsabilidad objetiva ha abierto su cauce para contemplar muchas más situaciones que las que estábamos acostumbrados a asimilar dentro de este concepto.

Así respecto de la extensión de responsabilidad se ha pronunciado considerando que:

Es indudable el principio de que los miembros de la persona jurídica no responden por las obligaciones de ésta, excepto en la medida en que en determinados supuestos la ley lo determine. Esta ley puede tanto ser la ley especial como la ley general de concursos y quiebras. Además, en el Código se contemplan

¹ Pizarro La responsabilidad civil por actividad riesgosa LL 1989 página 936

² Art. 367 Real Decreto legislativo de 2 de julio del 2010 por el que se aprueba el Texto refundido de la ley de sociedades de Capital modificado en el año 2022

³ STS 1721/ 2023 Numero de resolución 586/2023

<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/5f978881b7732b95a0a8778d75e36f0d/20230508>

Tribunal Supremo sede Madrid Sala civil 21 de abril 2023 que emitió sentencia de Casación ante situación de déficit patrimonial o desbalance patrimonial considerando la evolución en el derecho español de la responsabilidad de los administradores objetiva o cuasi objetiva justificando la misma por el riesgo generado para los acreedores posteriores que han contratado sin gozar de la garantía patrimonial suficiente por parte de la sociedad del cumplimiento de su obligación de pago.

otros casos de desplazamiento del principio general, a fin de tutelar situaciones especiales como las de ciertas clases de acreedores involuntarios o manifiestamente desprovistos de cualquier poder negocial que les hubiera podido permitir acotar los riesgos de la contratación u obtener determinadas garantías. Con ello debe preverse la posibilidad de sancionar en el plano patrimonial conductas de indebida traslación del riesgo empresarial a terceros “débiles” o que, por las circunstancias mismas del nacimiento de su derecho, no han contado con posibilidades previas de defenderse⁴.

Y sobre la responsabilidad objetiva por actividad riesgosa se pronunció⁵:

Una de las discusiones en este tema giró alrededor del posible impacto que esta norma de cierre del sistema podría tener sobre la aplicación analógica de un factor objetivo de atribución. Si hay un supuesto en que hay una cosa riesgosa o una actividad riesgosa, nada impide la aplicación de la analogía, porque implica definir un supuesto de hecho similar al contemplado en la norma. En cambio, cuando hay una laguna, es decir, no hay ninguna norma ni es posible una aplicación analógica, rige la culpa. En este sentido, es conveniente proyectar una norma que consagre la culpa como factor de atribución residual.

Todo lo expuesto y las conclusiones arribadas son consecuencia de una teoría de la responsabilidad de las relaciones de organización personificada⁶ que debe ser atendida por su especialidad con consideraciones específicas, teniendo en cuenta que la soportación de las pérdidas por parte de los socios es un elemento constituyente y justificante de la existencia de una sociedad y del reconocimiento del principio de personalidad diferenciada que les permite limitar a los socios la responsabilidad frente a terceros siempre que se cumplan con las normas imperativas que las regulan.

Constatamos diariamente la existencia de un tratamiento jurisprudencial de las acciones de responsabilidad y las diversas interpretaciones al respecto, apreciando que en pocos casos se trata de forma convergente o integral a todo el plexo normativo (acciones concursales, societarias y fundadas en norma de derecho común), realizándose aplicaciones aisladas muchas veces erróneas que no conducen a la verdadera finalidad de las mismas cual es la recomposición del activo del deudor a través de vías reparatorias, como lo son las acciones de responsabilidad

Los fallos que ignoran la existencia de normas imperativas como el artículo 99 de la Ley General de Sociedades o el 167 del Código Civil y Comercial de la Nación a pesar de encontrarse configurada las situaciones previstas en la normativa, y la ausencia de planteos adecuados por parte de los reclamantes para que se haga aplicación de la aquella, trayendo como consecuencia la irresponsabilidad absoluta ante la existencia de un daño a los terceros.

La praxis jurídica demuestra situaciones empíricas de hecho que acontecen cotidianamente ante los tribunales, consistente en sociedades a las cuales se les declara la quiebra sin activos y con numerosos

⁴ Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 1ra. edición - Agosto 2012 Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Sarmiento 329, C.P. 1041AFF, C.A.B.A. Editado por la Dirección Técnica de Formación e Informática Jurídico-Legal pagina 551

⁵ Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 1ra. edición - Agosto 2012 Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Sarmiento 329, C.P. 1041AFF, C.A.B.A. Editado por la Dirección Técnica de Formación e Informática Jurídico-Legal pagina 682

⁶ Término acuñado por los Doctores cordobeses Muiño y Richard. Ver en este sentido Richard, Efraín Hugo "Relaciones de organización y derecho privado patrimonial negocial". Volumen 3 Estudios de derecho empresario 2014 <https://revistas.unc.edu.ar/index.php/esdeem/article/view/8809> y Muiño Orlando Manuel Revista IN IURE, Año 6. Vol. 1. La Rioja (Argentina) 2016. "Apostillas en torno a la conceptualización de las relaciones jurídicas de la organización." pp. 11-46.

pasivos, con una actividad reciente que los ha generado y en la mayoría de las veces sin existencia de libros ni contabilidad regular que permita reconstruir adecuadamente la situación patrimonial pasada.

La infrapatrimonialización es un fenómeno que debe ser evitado y corregido apenas instalado, teniéndose en cuenta que no es el resultado de un ejercicio contable, ni una simple ecuación aritmética que establece que el activo es inferior al pasivo en un balance de cierre de ejercicio, ya que será necesario considerar los valores reales de los bienes que componen al primero y las proyecciones futuras de los negocios pretendidos o en trance, teniéndose para ello en cuenta todo lo que surja de la memoria, elemento de prueba que resulta de fundamental importancia a los fines de considerar la existencia de la situación que convierte a los acreedores como inversores sin derecho y determinando la frontera al beneficio de la limitación de la responsabilidad.

Para determinar la responsabilidad de administradores y socios ante terceros será necesario la convergencia de acciones, lo cual implica generar una situación o lugar donde ocurre una unión de varias normas: las imperativas de la Ley General de Sociedades y del Código Civil y Comercial de la Nación.

Razones de índole legal y práctica me han convencido de esa necesaria convergencia normativa, sustentándose las primeras en el art. 2 del Código Civil y Comercial de la Nación que exige el diálogo de fuentes y la interpretación integrada de todo el ordenamiento jurídico, sumándose a ello las prelacións normativas previstas en los artículos 150 y 1709 del mismo ordenamiento que también así lo demandan.

Respecto a las de segundo orden cabe hacerse la siguiente pregunta: ¿Quién puede dudar que la norma del art. 99 de la Ley General de Sociedades no debe ser complementada por la más clara redacción del art. 167 del Código Civil y Comercial de la Nación? A más de 51 años de su sanción no existen casi precedentes que hagan uso de dicha norma societaria ante el acaecimiento en los casos concretos de los presupuestos en ella previstos, no lográndose acuerdo en la doctrina a la fecha acerca del alcance de la frase "sin perjuicio de la responsabilidad de estos" al considerar la de los socios diferenciándola o asimilándola a la de los administradores.

En este punto cabe destacar que mientras la legislación comparada solo atribuye responsabilidad al administrador por omisión en el actuar instalada la infrapatrimonialización del ente, la ley argentina también la atribuye al verdadero dueño del negocio, el socio controlante, que es quien en definitiva se aprovecha de la traslación del riesgo a los terceros acreedores de la sociedad

Responsabilidad administrativa tributaria vs responsabilidad societaria

Muy diferente es la situación de la imposición legal de responsabilidad tributaria de los administradores que emana de la explícita determinación que la ley fija (cfr. [ley 11683: 6-d](#) y [8](#); arts. 21 y 24 del Código Fiscal de la Prov. de Bs. As⁷). Ciertamente, su responsabilidad se extiende a hacer cumplir la obligación fiscal en cabeza del ente dada su función de administración

⁷ *Se encuentran obligados al pago de los gravámenes, recargos e intereses, como responsables del cumplimiento de las obligaciones fiscales de los contribuyentes -en la misma forma y oportunidad que rija para éstos-: inc. 2. Los integrantes de los órganos de administración, o quienes sean representantes legales, de personas jurídicas; asociaciones, entidades y empresas, con o sin personería jurídica..." (...) Art.24: "...Los responsables indicados en los artículos 21 y 22, responden en forma solidaria e ilimitada con el contribuyente por el pago de los gravámenes. Se eximirán de esta responsabilidad solidaria si acreditan haber exigido de los sujetos pasivos de los gravámenes los fondos necesarios para el pago y que éstos los colocaron en la imposibilidad de cumplimiento en forma correcta y tempestiva...."*

Pero debe destacarse dos cuestiones:

- a. Si son responsables por deuda propia o ajena

Y derivado de ello

- b. Si son responsables solidarios o deudores solidarios

Lo cual tiene implicancia en cuanto la acción de regreso si puede repetir la totalidad de lo abonado.

Afirmo que es una obligación por deuda ajena⁸. Su responsabilidad se extiende a hacer cumplir la obligación fiscal en cabeza del ente dada su función de administración. Por lógica inferencia y como regla, el pago del tributo debe hacerse con fondos de su representada dado que la deuda impositiva no le es propia sino que es de la sociedad. Recién cuando se verifican los supuestos de incumplimiento que la ley tributaria impone, surge la responsabilidad solidaria de los administradores.

La existencia de varios deudores frente al fisco no implica que aquellos pierdan su individualidad jurídica. Por eso más allá de la denominación que le otorga la legislación tributaria, no es técnicamente la de un deudor solidario sino de la de un “responsable solidario” Desde esta conceptualización, no cabe duda alguna del derecho de regreso que le asiste contra el deudor por la integridad de lo pagado cada uno de los codeudores solidarios responderá frente a aquel que haya efectuado el pago (o satisfecho al acreedor mediante algún otro modo extintivo) conforme a su “parte y porción” que resultará determinada de acuerdo a lo preceptuado por el art. 841 CCyCN.

Para ello es preciso indagar cuáles han sido las relaciones internas entre los coobligados solidarios al pago: de esa investigación surgirá la existencia o inexistencia de la acción de regreso y su medida.

Recurriendo a las normas del código civil y comercial debemos considerar “la fuente de la obligación...la causa de la responsabilidad” (inc. b) y “las relaciones de los interesados entre sí (inc. “c”); extremos éstos nos llevan a considerar las relaciones entre los administradores y la sociedad que administran considerando, como ya explicito que la deudora no es otra que la contribuyente frente al fisco: es decir la sociedad

Otro tema es si esta responsabilidad por deuda ajena es objetiva o subjetiva y en este sentido la Corte⁹ ha dejado firme una sentencia de la Suprema Corte Bonaerense¹⁰ que considero la imputación de responsabilidad que emana de los arts. 59 y 274 LGS es claramente subjetiva al requerir la demostración

⁸ “PUNCH AUTOMOTIVE ARGENTINA SA S/QUIEBRA S/INCIDENTE DE REVISION DE CREDITO POR WÜNSCHE, THOMAS” CN COM Sala F 12 de junio de 2020 en donde se revoco sentencia de primera instancia que entendió acreditada la cancelación del tributo por parte de un director, mas dada su condición de responsable solidario y al haber sido cuatro los conminados al pago en sede administrativa (v. gr. tres integrantes del Directorio y la propia contribuyente fallida), le concedió el derecho de reembolsarse “por su parte y porción” el 25% del total (arg. art. 840 del CCyCN).

⁹CSJ 4/7/2023 la CSJN desestimó los Recursos de Queja interpuestos por el Fisco de PBA en las causas “Toledo” (CSJ 1011/2022/RH1), “Insaurralde” (CSJ 1010/2022/RH1) y “Casón” (CSJ 1046/2022/RH1) y declaró inadmisibles los Recursos Extraordinarios Federales en los términos del art. 280 del CPCCN. Por lo tanto, dejó firme la doctrina legal sentada por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires (SCJPBA), que había declarado la inconstitucionalidad de la responsabilidad solidaria de los integrantes de los órganos de administración de los contribuyentes

¹⁰ “Casón, Sebastián Enrique c/ Fisco de la Provincia de Buenos Aires s/ Pretensión anulatoria. Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley” 24/8/2021

de culpa o dolo por parte de los administradores sociales. Llevándolo al terreno impositivo, la responsabilidad solidaria de los directores presupondría una acción u omisión -dolosa o culposa- que conlleve el incumplimiento de las obligaciones fiscales de la sociedad. Salvo caso de incumplimiento por infrapatrimonialización que la convierte en una obligación ex lege de carácter cuasi objetivo.

A partir de tales nociones, la decisión inculpatoria que recayó en el procedimiento administrativo no perjudica ni invalida la posibilidad de su revisión judicial en sede concursal o comercial que acredite que no existió culpa o dolo en el actuar del administrador que por ende puede repetir contra la sociedad la totalidad de lo que hubiese abonado por ejecución fiscal.

Conclusiones

La responsabilidad por infrapatrimonialización es una responsabilidad ex lege por deuda propia

Ello implica que la adjudicación no precisa de prueba de culpa o dolo (sin perjuicio de que existan).

A diferencia de la responsabilidad tributaria administrativa no se ve novada en caso de acuerdo homologado pudiendo reclamarse por aquel que no ha brindado conformidad al acuerdo, por existir antijuricidad no consentida.

Las condiciones de vulnerabilidad y los procesos concursales

Por Gabriela Fernanda Boquin y Virna Bergoglio

Ponencia

Las condiciones de vulnerabilidad de la persona humana deben ser considerados a los fines de asegurar el principio de igualdad ante la ley

La única manera cierta y posible de garantizar este tratamiento diferenciado es considerando la aplicación de los tratados de derechos humanos

Introducción

Cómo refiere la investigadora Luna¹ el concepto de vulnerabilidad ha sido utilizado desde la ética de la investigación partiendo de considerara que deben identificarse ciertas clases de poblaciones que requieren una protección especial.

Según Solbakk² la protección de la vulnerabilidad se obtiene desde los derechos humanos y por acciones afirmativas del Estado, lo cual estaría plasmado en el artículo 8 de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos que dice los individuos y grupos especialmente vulnerables deberían ser protegidos y se debería respetar la integridad personal de dichos individuos

Estos primeros análisis han sido superados desde el ámbito académico especialmente desde la bioética, pero en lo que aquí nos interesa, se ha trasladado a cuestiones fácticas que se denuncian en los conflictos que tramitan en Tribunales.

El tratamiento diferencial y los tratados de derechos humanos

Sin lugar a dudas la vulnerabilidad requiere de protección. Y esta se concede a través de leyes especiales y aplicación operativa de cláusulas de tratados de derechos humanos resultando que la aplicación transversal de las mismas en los procesos comerciales sirve para garantizar el derecho de la igualdad real de las personas humanas involucradas. Las normas supralegales que surgen de ellos resultan de aplicación obligatoria e integradora para resolver los casos siempre que existan personas humanas en condiciones de vulnerabilidad

Es por ello que todo abordaje de cualquier conflicto jurídico no puede prescindir del análisis y eventual incidencia que la Constitución y los Tratados Internacionales proyectan en el derecho interno. Concordantemente, las normas deben ser interpretadas teniendo en cuenta las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos y los principios y valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento (art. 2 CCCN).

El rechazo de la aplicación de las normas convencionales a veces se pretende fundar justamente en el principio de igualdad previsto en la Constitución Nacional en el artículo 16 ignorando la noción constitucional de igualdad real o sustancial ante situaciones excepcionales por la condición de vulnerabilidad de la persona humana involucrada. Al respecto la Corte ha referido que “el principio de igualdad que surge del art. 16 de la Constitución Nacional -y que, en general, se ha interpretado como principio de no discriminación en el sentido de que todas las personas deben ser tratadas de igual

¹ Luna Florencia Vulnerabilidad: la metáfora de las capas LL 0003/014059

² Citado Por Bernal Marcela Paulina en Revista Brasileira de Bioética “Bioética social y vulneración de derechos frente a la insolvencia patrimonial”

manera cuando estén en las mismas circunstancias- debe también ser considerado a la luz del art. 75 inciso 23 de la CN y de diversas disposiciones contenidas en los tratados con jerarquía constitucional que incorporan, por un lado, mecanismos de acciones positivas para favorecer a determinados grupos y, por el otro, delimitan categorías sospechosas de discriminación, con el fin de garantizar la igualdad real de los habitantes”³. Reconociendo que ⁴ “la garantía de igualdad ante la ley radica en consagrar un trato legal igualitario a quienes se hallan en una razonable igualdad de circunstancias, lo que no impide que el legislador contemple de manera distinta situaciones que considere diferentes, en la medida en que dichas distinciones no se formulen con criterios arbitrarios, de indebido favor o desfavor, privilegio o inferioridad personal o clase, ni importen ilegítima persecución de personas o grupos de ellas”.

Citando a Bidart Campos el Tribunal Supremo en ese trámite se destacó “que la reforma constitucional introducida en 1994 dio un nuevo impulso al desarrollo del principio de igualdad sustancial para el logro de una tutela efectiva de colectivos de personas en situación de vulnerabilidad, estableciendo “medidas de acción positiva” traducidas tanto en “discriminaciones inversas” cuanto en la asignación de “cuotas benignas”, en beneficio de ellas. Es que en determinadas circunstancias, que con suficiencia aprueben el “test de razonabilidad”, resulta constitucional favorecer a determinadas personas de ciertos grupos sociales en mayor proporción que a otras, si mediante esa “discriminación” se procura compensar y equilibrar la marginación o el relegamiento desigualitarios que recaen sobre aquellas (...) se denomina precisamente “discriminación a la inversa” porque tiende a superar la desigualdad discriminatoria del sector perjudicado⁵.

Esta noción de igualdad debe considerar también “Las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia para Personas en Condición de Vulnerabilidad”, adoptadas por la acordada 5/2009 CSJN, que considera tales a quienes, por diversas razones, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico”⁶.

En esta línea en la versión actualizada de las 100 reglas de Brasilia -aprobadas en el marco de la Asamblea Plenaria de la XIX edición de la Cumbre Judicial Iberoamericana, realizada del 18 al 20 de abril de 2018- se considera que “una persona o grupo de personas se encuentran en condición de vulnerabilidad, cuando su capacidad para prevenir, resistir o sobreponerse a un impacto que les sitúe en situación de riesgo, no está desarrollada o se encuentra limitada por circunstancias diversas, para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico” (secc. 2. I.3).

Las Reglas usan el término condición que alude al estado situación especial en que se halla una persona, de tal forma que sus beneficiarios son quienes se encuentran en una situación (conjunto de circunstancias que afectan a alguien en un determinado

³ Fallos 340:1795 Castillo, Carina Viviana y otros c/ Provincia de Salta - Ministerio de Educación de la Prov. de Salta s/ amparo , sentencia del 12/12/2017

⁴ Caso “García María Isabel c/ AFIP s/ acción meramente declarativa de inconstitucionalidad”, sentencia del 26/3/2019, Fallos 342:411

⁵ Bidart Campos Germán, “Tratado elemental de derecho constitucional Argentino” 2000:2001, Editorial Ediar , Buenos Aires T I, página 80.

⁶ Fallos 342:411

momento) o estado (se refiere más a los factores que le afecten de forma continuada) de vulnerabilidad⁷.

Es que “toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial, en razón de los deberes especiales cuyo cumplimiento por parte del Estado es necesario para satisfacer las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos” y “no basta con que los Estados se abstengan de violar los derechos, sino que es imperativa la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre”⁸.

El concepto de vulnerabilidad está estrechamente relacionado a las circunstancias, a la situación que se está analizando y al contexto⁹. Esta manera de considerar la vulnerabilidad de las personas fue analizada por la investigadora Florencia Luna¹⁰ quien propugna una concepción estratificada o por capas, dinámica, operativa, inclusiva y abarcadora que permite abarcar cuestiones particulares o de contexto ya sea social, económico político o cultural que permiten implementar protecciones que respondan a superar en cada caso la condición de vulnerabilidad.

Concordantemente en la Regla 2 se hace referencia a situaciones de mayor vulnerabilidad, que pueden ser originadas por la concurrencia de varias causas o bien por la gran incidencia de una de ellas. En estos supuestos está justificada una actuación aún más intensa de los poderes públicos para facilitar la efectividad de la tutela de sus derechos por el sistema de justicia y se recomienda la priorización de actuaciones destinadas a facilitar el acceso a la justicia de las personas sometidas a aquellas situaciones¹¹.

Es a la luz de esta noción de igualdad prevista constitucional y convencionalmente, que se contempla la posibilidad de tratos diferenciados y a la consideración de situaciones o condiciones de vulnerabilidad, que debe analizarse las cuestiones que se suscitan en los procesos siendo que la discriminación inversa resulta una manda constitucional y convencional y esta noción constitucional y convencional, es transversal a todo el ordenamiento jurídico y el régimen concursal no podría resultar ajeno a la misma.

Están quienes consideran que esta tutela especial o el tratamiento diferenciado puede atentar contra el derecho de propiedad de los acreedores que deben sufrir las consecuencias de la discriminación positiva de un determinado acreedor o del propio deudor pero en realidad lo que no tiene en cuenta esta concepción es que la protección de los derechos fundamentales reconocidos en los tratados son obligaciones de carácter horizontal, debiendo el resto de las partes del proceso aceptar su aplicación con las consecuencias que de ella se deriven

⁷ Delgado Martín, Joaquín, “Guía comentada de las Reglas de Brasilia, Herramientas Eurosocial n° 23/2019”, p.22.

⁸ Corte IDH, 31/8/12, “Furlán y familiares vs. Argentina”.

⁹ Florencia Luna, “Vulnerabilidad: la metáfora de las capas”, Jurisprudencia Argentina, IV Fascículo n°1, 2008 p. 60/67

¹⁰ Investigadora CONICET

¹¹ Delgado Martín, Joaquín, “Guía comentada de las Reglas de Brasilia, Herramientas Eurosocial n° 23/2019”, p.20.

Conforme señalara la Corte Suprema de Justicia de la Nación, “a partir de la reforma constitucional de 1994, cobra especial énfasis el deber del legislador de estipular respuestas especiales y diferenciadas para los sectores vulnerables, con el objeto de asegurarles el goce pleno y efectivo de todos sus derechos y dicho imperativo constitucional resulta transversal a todo el ordenamiento jurídico, ..., ya que no es dable postular que el Estado actúe con una mirada humanista en ámbitos carentes de contenido económico inmediato (libertades de expresión, ambulatoria o tránsito, etc.)” y sea insensible en otros en tanto “no puede desentenderse del resto del ordenamiento jurídico y operar como un compartimento estanco, destinado a ser autosuficiente "a cualquier precio", pues ello lo dejaría al margen de las mandas constitucionales”¹².

La atención de la especial situación de vulnerabilidad puede hacerse tanto a favor de un acreedor o del propio deudor¹³, pues lo que interesa es el tratamiento diferencial fundado en la condición de vulnerabilidad de la persona humana.

Así por ejemplo en un caso de un fallido adulto mayor que peticionaba que un automotor de su propiedad se le entregara en depósito para su uso, imprescindible para sus traslados a tratamientos médicos y entendiendo que este le estaba vedado si se le reconociese el carácter de depositario judicial, se dispuso la venta escalonada de los bienes y la liquidación de otros bienes en primer lugar, facilitándosele el uso del vehículo, previa constitución de una garantía¹⁴.

Para así decidir fue imprescindible utilizar los principios y valores que surgen de los tratados de derechos humanos.

CONCLUSIONES

Es que como bien dice el Dr. Rosatti¹⁵ debe suplantarse el rigorismo de la igualdad formal por un acercamiento a la igualdad material, y los jueces, en cuanto servidores de justicia en el caso concreto, no deben limitarse a la aplicación mecánica de las normas y desentenderse de las circunstancias fácticas del conflicto.

De lo contrario, la aplicación de la ley se convertiría en una tarea incompatible con la naturaleza misma del derecho y con la función específica de los magistrados, labor en la que tampoco cabe prescindir de las consecuencias pues constituye uno de los índices más seguros para verificar la razonabilidad de la decisión adoptada, siendo necesario analizar las distintas capas de vulnerabilidad que pueden requerir distintos tipos y grados de protección ¹⁶

¹² CSJN 26/3/19, “García María Isabel c/ Afip s/ acción meramente declarativa de inconstitucionalidad”, Fallos 342:411

¹³ CNCom, Sala A, 15/4/16, “Macchi Jorge Roberto s/quiebra, expte n° COM 51535/2008”.

¹⁴ CNCom, Sala F, 7/2/23, “Morris, Felix Jorge Patricio s/ quiebra”

¹⁵ Ver Voto del Dr. Rosatti en Asociación Francesa Filantrópica

¹⁶ Luna Florencia “Vulnerabilidad: un concepto muy útil. Abandonado los “corset teóricos”: Respuesta a vulnerabilidad: ¿un principio fútil o útil en la ética de la asistencia sanitaria” Revista Red Bioética UNESCO Año 2002 2(4) 2011-ISSN 2077-9445 paginas 85/90

La culpa de los directores frente a la sociedad.

Comisión: Sociedades

Autor: José David Botteri, Hipólito Yrigoyen 2537, Mar del Plata (CP 7600), email: jose@botteri.com.ar

Ponencia: Para que una sociedad anónima pueda reprochar culpa a un director, debe acreditar: i) los costos posibles de solventar con el patrimonio social de la actuación debida que fue omitida por el director, ii) el monto de los daños conforme una determinación plausible de eventos, considerando un intervalo de confianza, y iii) que la actuación no se encuentra dentro del ámbito de discrecionalidad de los directores, esto es de la *business judgement rule*.

Fundamentos:

Es un lugar común decir que en materia de atribución de responsabilidad por culpa en el incumplimiento de obligaciones, Dalmacio Vélez Sársfield en la nota del Art. 512 de su Código Civil y en la solución de la norma (que actualmente está en el art. 1724 del Código Civil y Comercial Argentino –CCC–), se adelantó a los tiempos y que con toda genialidad superó las dificultades del sistema de graduación de culpas (grave, leve, levísima) de tradición romanista y que fue insecticida con los cartabones abstractos propios de la legislación francesa (el *bone père de famille*, criterio hoy abandonado en la legislación gala¹).

Vélez optó por concebir la culpa con un criterio realista y concreto entendiéndola como la omisión de los deberes que correspondan a la naturaleza de la obligación de conformidad con las circunstancias de las personas, el tiempo y lugar. En el caso de la responsabilidad profesional la norma debía ampliarse con las previsiones de los Arts. 902 y 909 del CC, que establecen la regla lógica que informa que cuando mayor es el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor será la obligación que resulte de las consecuencias posibles de los hechos; y la que indica que para estimar hechos voluntarios no debe considerarse la condición especial o facultad intelectual de una persona determinada, salvo que se trate de contratos que suponen una confianza especial entre las partes, en los que se estima el grado de responsabilidad por la condición especial de los agentes (hoy todos contenidos en el art. 1725 del CCC).

Sostener que el autorreferencial “buen hombre de negocios” del Art. 59 LGS es inútil, sexista y demodé, también parece ser un nuevo lugar común. En tal sentido, abundan los trabajos de doctrina que rechazan el cartabón y en la jurisprudencia se advierte la clara tendencia de establecer la culpa conforme a su definición civil².

¹ Ver la ley francesa de igualdad entre mujeres y hombres (Loi n° 2014-873 du 4 août 2014 pour *l'égalité réelle entre les femmes et les hommes*) aprobada en agosto de 2014, que elimina el estándar del «buen padre de familia» del Código civil francés y de otras normas por razones de igualdad de género, sustituyéndolo por «lo razonable» y su debate parlamentario.

² CNCom, Sala B, “Equisuno SA c/ Pereyra, Carlos s/ Ordinario”, del 05/11/2008 y “Marcelo Eduardo Soriano c/ Julio Maria Gutierrez s/ Ordinario”, del 14/03/2017; CNCom, Sala A “Compañía Financiera del Plata SA s/ Quiebra c/ Carlino Reynaldo F. y otro s/ Ordinario”, del 14/05/2009 y “Granisem SRL s/ Quiebra c/ Nisembaunn Néstor s/ Ordinario”, del 11/12/2014; CNCom, sala F “Nari Cereales SRL c/ Nari Juan Antonio y otros s/ Ordinario”, del 20/02/2018; entre otros.

Sin embargo, quienes sostienen que el Derecho Comercial es una disciplina con principios propios no dejan de advertir que en nuestra legislación comercial abundan los cartabones abstractos. Por ejemplo la diligencia del armador, la diligencia y experiencia del capitán o del práctico, etc. en el derecho marítimo están enlazadas directamente con este tipo de estándares, como pueden Uds. observar en el REGINAVE, el Decreto Reglamentario 4.716/73 de la Ley de Navegación 20.094 y todas sus modificaciones. Hay muchísimos ejemplos de legislación típicamente mercantil en materia de graduación de culpas (grave, leve), por ejemplo, en las siguientes normas: arts. 274 Ley 19.550, arts. 70, 72, 105, 114 y 152 Ley 17.418; 99, 225, 256 y 279 Ley 24.522.

En materia concreta de responsabilidad de administradores societarios la superación de estas cuestiones se advierte nítida en la legislación inglesa que ha optado, luego de un largo proceso de reflexión, por establecer una serie de pautas y criterios de actuación concretos, que precisan las conductas que debería llevar a cabo un buen hombre de negocios, conforme el criterio general del *business judgement rule* que libera de responsabilidad si se acreditan cuatro factores (i) que se haya actuado de buena fe; (ii) que el director carezca de interés personal en el asunto objeto de decisión; (iii) que disponga de información suficiente y, (iv) que haya actuado con arreglo a un procedimiento de decisión adecuado³. Así puede leerse en la *Companies Act* de 2006, por ejemplo, interesantes deberes concretos que surgen del desarrollo de dichas ideas, como éstos:

“Art. 172: Deber de promover el éxito de la empresa:

(1) Un director de una empresa debe actuar de la manera que considere, de buena fe, que sería más probable para promover el éxito de la empresa en beneficio de sus miembros en su conjunto, y al hacerlo debe tener en cuenta (entre otros asuntos) a:

(a) las consecuencias probables de cualquier decisión a largo plazo,

(b) los intereses de los empleados de la empresa,

(c) la necesidad de fomentar las relaciones comerciales de la empresa con proveedores, clientes y otros,

(d) el impacto de las operaciones de la empresa en la comunidad y el medio ambiente,

(e) la conveniencia de que la empresa mantenga una reputación de altos estándares de conducta comercial, y

(f) la necesidad de actuar equitativamente entre los miembros de la empresa.”

El reclamo por sostener criterios de actuación concretos y la aplicación de los arts. 1724/5 del CCC al caso de la responsabilidad de administradores, surge también de una vocación realista por acercar el Derecho a la disciplina de administración de empresas, interesando en materia de sociedades anónimas cuál es el contenido concreto del art. 255 LGS cuando dice que la administración “está a cargo de un directorio” sin que se indiquen deberes concretos a su cargo.

³Schneider, Lorena R. “La tutela de la discrecionalidad empresarial. su inclusión por el proyecto de ley de reformas a la ley general de sociedades”, Publicado en: SJA 17/06/2020 , 93 • JA 2020-II , 557

En efecto, quien sostenga la aplicación de los arts. 1724/5 CCC a los directores debe conocer y probar cuales han sido las diligencias omitidas que correspondían a la naturaleza de la obligación, por lo cual necesariamente debe introducirse en qué es la administración societaria a cargo de un directorio, pues de otro modo las reglas civiles se transformarían en otro *slogan* abstracto carente de contenido concreto.

Ninguna norma de la LGS dice concretamente en qué consiste la función de administrar sociedades. La doctrina nacional considera que la función comprende: 1) Las operaciones configurativas del objeto social, o actos de organización, dirección, conservación y desarrollo de la empresaria anexa a la sociedad, 2) Los actos de cogestión societaria, que abarcan el cumplimiento de los deberes que impone el Estatuto del Comerciante y todos los actos que involucra la organización interna societaria, como convocar a asambleas, informar a los socios, preservar el objeto social y el capital 3) La representación ante terceros, que comprende la realización de los actos jurídicos necesarios para cumplir con las decisiones adoptadas⁴. Se ha dicho también que el concepto de gestión social se extiende a toda actividad jurídica o de hecho, que dentro del marco contractual o estatutario promueve la realización del fin social común, interesando la actividad gestora, es decir la que puede ser imputada al ente⁵. Por último en el caso de los directores de sociedades anónimas se ha dicho también que su competencia comprende la resolución de todos aquellos asuntos que no estén reservados o atribuidos a la asamblea de accionistas⁶.

Vinculando las reglas del management moderno y de las reglas de la LGS puede decirse que los administradores de sociedades comerciales (y en particular, de los directores) son *los sujetos encargados de controlar la producción de resultados sobre el patrimonio social, procurando satisfacer leal y diligentemente el interés social conforme la ley, sin poner en peligro el bienestar de los demás*.⁷ Hay que decir “controlar la producción de resultados” con el fin de comprender tanto al Director de asiento, como al ejecutivo y no elevar a los gerentes a una categoría de decisión que no poseen. Los gerentes pueden producir resultados para la sociedad, pero no podrían controlar su producción si sobre ellos existe un Directorio, pues éste último retendría siempre las funciones de supervisión y control. La noción de “resultados”, no se identifica con la de “dividendos”, pues -como se sabe- éstos sólo pueden ser dispuestos por asamblea una vez que se generan por el patrimonio social ganancias líquidas y realizadas. Resultados, son pérdidas o ganancias que podrán luego ser dividendos o enjugar pérdidas anteriores, ser capitalizadas o constituirse en reservas.

Se sigue de todo lo expuesto que necesariamente un mal desempeño de los administradores *debe* provocar pérdidas que sean soportadas por el patrimonio social, tanto sea por daños a la sociedad como a los terceros, pues

⁴ OTAEGUI, JULIO C. “*Administración Societaria*”, Edit. Abaco, Bs. As., 1979, págs. 59 y ssgtes.

⁵ GAGLIARDO, MARIANO con cita de JOSÉ GIRÓN TENA, en *ob. cit en 3*, pág. 217

⁶ NISSEN, RICARDO A., *ob. cit en 3*, pág. 79.

⁷ La definición es una combinación de los criterios de DRUCKER, PETER “*Management Challenges for the 21 Century*”, Harper Business, 1999, del argentino KOFMAN, FREDY “*Metamanagemet - La nueva conciencia de los negocios*”, Tomo I, principios, pags. 63 y ssgtes y en una síntesis de la business judgement rule.

de otro modo el administrador habría provocado daños pero fuera del ejercicio de sus funciones. Por ejemplo: la no registración de trabajadores, genera pérdidas a la sociedad por las multas derivadas de su condición de empleador en su hipótesis de aplicación y puede convertirse en materia de responsabilidad de administradores, si se reúnen el resto de los elementos del deber de responder. Pero la recíproca es falsa: no toda pérdida es causal de mal desempeño, pues es posible que un buen administrador arroje resultados negativos en el patrimonio dando satisfacción a la ley y al interés social cuando, por ejemplo, es la etapa inicial de los negocios. Ahora con absoluta seguridad puede afirmarse que ningún administrador puede ser responsabilizado si generó ganancias satisfaciendo leal y diligentemente el interés social, cumpliendo con la ley sin generar daños a los demás (terceros o socios).

Toda diligencia debida en orden a este criterio de administración que comporta “naturaleza de la obligación” del art. 1724 CCC, es siempre mensurable económicamente como costo. De nada sirve cuantificar los daños en orden a la responsabilidad por culpa, en aplicación del art. 1724 CCC, si no se conoce a cuanto ascendían económicamente las diligencias debidas por el director que las ha omitido en el caso y su posibilidad de financiamiento, pues de otro modo se cae en criterios morales abstractos en materia de culpa.

Es por eso que es necesario cuantificar estas dos magnitudes (costos y daños) para poder formar convicción a los jueces y partes sobre la responsabilidad de los directores. ¿Cuánto costaba hacer las cosas bien? Es la única manera de poder efectuar comparaciones realistas frente a los daños provocados y poder pensar porqué se hizo lo que se hizo bien o mal y qué posibilidad había de hacer las cosas bien y de evitar los daños. El término de “posibilidad” es idéntico a decir “conforme a las circunstancias de personas, tiempo y lugar”, e implica la estimación de un suceso en el mundo real.

Se sigue de lo anterior que estas dos magnitudes deben potenciarse por dos factores: en cuanto a costos, la posibilidad de obtenerlos y en cuanto a los daños, la plausibilidad de ocurrencia de los mismos, que a mi juicio es un ejercicio de razonabilidad y no un frío cálculo matemático. Para quienes sostienen esto último, los cálculos de probabilidades técnicamente oscilan siempre entre dos valores: cero (0), es ninguna posibilidad de ocurrencia del evento y uno (1) es la probabilidad absoluta. La culpa de los administradores de sociedades comerciales, estaría entonces expresada en la siguiente fórmula: hay culpa de los administradores si $C(P) < D(p)$; esto es, si el costo de las diligencias debidas por el administrador para evitar los daños multiplicado por la posibilidad que tenía éste de obtener esos fondos del patrimonio social y aplicarlos, era menor a los daños generados multiplicados por la probabilidad de que estos ocurran. La fórmula citada no es novedosa, sino que es aplicación al caso de los administradores de la clásica fórmula del Juez norteamericano Billing Learned Hand que definió la culpa contractual en 1947 en el caso *United States et al. v. Carroll Towing Co., Inc., et al.* Nos. 96, 97, Dockets 20371, 20372, United States Circuit Court Of Appeals, Second Circuit, 159 F.2d 169, el 9 de enero de 1947.

Los jueces argentinos son usualmente refractarios a los cálculos de probabilidades en sus sentencias ya que las mismas debe contener un juicio de razonable certeza y no de probabilidades, por lo cual la estimación se debe

realizar con base en *lo plausible*, lo que resulta ser razonable en una situación determinada.

La medida de plausibilidad de algo no se mide simplemente como un cálculo de probabilidades, sino que de ese cálculo sólo se toman en cuenta los valores que surgen de lo que se denomina como un *intervalo de confianza*. El *intervalo de confianza* describe un rango de valores, cuya distribución es normal y en el cual se encuentra, con alta probabilidad, el valor real de una determinada variable. Esta «alta probabilidad» se ha establecido por consenso en la ciencias duras en 95%. Por eso es que en las fórmulas, como la de Hand, deben descartarse los valores que están fuera de lo que acostumbra a suceder, que no es otra cosa más que el criterio de causalidad adecuada del art. 1727 del CCC en términos de consecuencias.

En general, casi nunca se hacen esos cálculos, tanto sea porque no se mensuran los costos y los daños con precisión; o porque no se tiene en cuenta claramente que la relación de causalidad adecuada –que es la mayoritariamente admitida- impone una estimación de este tipo⁸. De allí que de hechos muy graves, las indemnizaciones parezcan poco significativas, pues se realiza un reproche “moral”, pero no económico del caso y se carecen de pautas de cuantificación y de comparación adecuados, que en nuestra legislación son enteramente tolerables por la impronta de nuestro Código Civil y Comercial.

Por ejemplo: si la actora demuestra que era extremadamente barato y posible costear por la sociedad un seguro contra incendios, parece evidente que su no contratación por el administrador frente a la pérdida de un bien social por incendio en una zona boscosa en que suelen suceder ese tipo de desgracias, lo hará responsable frente al juez; o a la inversa, se liberará de responsabilidad si el demandado administrador demuestra que era económicamente imposible para la sociedad contratar vigilancia privada para evitar robos en una zona donde esos hechos suceden muy infrecuentemente. También es preciso decir que la comparación de magnitudes, permite evaluar la gravedad económica del reproche, en los términos del Art. 274 LS, alejando el criterio romanista de culpa grave como equivalente a “no entender lo que todos entienden”⁹, contrario al régimen del art. 1725 del CCC.

Se sigue de todo ello que en materia mercantil y societaria, donde todo se encuentra económicamente mensurado en estados contables, la cuestión no es la de reemplazar cartabones abstractos por eslóganes supuestamente concretos, sino que la atribución de responsabilidad jurídica con el fin de obtener una indemnización económica consiste en una operación compleja que precisa de definiciones, cálculos y ponderación de magnitudes, aun cuando se apliquen normas estrictamente civiles (arts. 1724/5 CCC) y se pretenda salir del esquema de los Arts. 59, 274 y ccdtes. de la LGS.

⁸ Conf. BUSTAMANTE ALSINA, JORGE “*Teoría general de la Responsabilidad Civil*”, Edit. Abeledo Perrot, Bs. As., 1972, pág. 189, pág. 590, con cita de VON KRIES, DEMOGUE y SANTOS BRIZ.

⁹ Que es la definición de culpa grave del Digesto, que se asimilaba al dolo: *magna culpa, dolus est*, con citas de CELSO, NERVA, CASCIUS, GAYO, PROCULO, ULPIANO y PAULO.

LA INEFICACIA DE LOS ACUERDOS PREVENTIVOS LESIVOS.

Comisión: Concursos

Autor: José David Botteri, Hipólito Yrigoyen 2537, Mar del Plata (CP 7600),
email: jose@botteri.com.ar

Ponencia: *Los acuerdos preventivos pueden ser declarados nulos si son celebrados con propuesta abusiva o en fraude a la ley. En esos casos son acuerdos viciados de lesión y no deben ser homologados, pudiendo ser reajustados en el procedimiento de tercera vía, en cuyo caso deben cargar con las costas el concursado y los acreedores que prestaron conformidad.*

Fundamentos:

1. La ineficacia como un género de sanciones.

En 1981 nuestro querido Horacio Pablo Garaguso publicó en la editorial Depalma su libro "*Ineficacia Concurso*", una obra de avanzada para un autor que tenía apenas treinta y un años de edad y diez de abogado.¹ Era un texto de algo más de trescientas páginas, presentado en tapa dura símil cuero marrón claro y encuadernado –como ya no se hacen los libros- con bisagras y capiteles, escrito con un tipo de letra moderno pero a la vez, elegante. Desde que se publicó todos los concursualistas tuvieron un ejemplar en sus bibliotecas y fue muy citado en sentencias por todos los tribunales de nuestro país. Fue tan mencionado y prestigioso que algunos que no lo leyeron llegaron a decir que el Profesor Garaguso era un jurista italiano.

En su prólogo personal Horacio decía que la obra era fruto de su amor por el derecho que provenía de su sentido comunitario de justicia. Luis María Games, quien lo inició en la cátedra, anticipaba que el abordaje del libro conformaba toda una teoría general de la ineficacia. Y era verdad.

Garaguso decía que el modo en que derecho positivo protegía la vigencia de sus instituciones es a través de sanciones y que en el ámbito del derecho privado respecto de actos jurídicos el sistema general de sanciones era la *ineficacia como género*, reconociendo especies: la *nulidad* (absoluta y relativa), la *inoponibilidad* (de pleno derecho o a instancia de parte), la *irregularidad* y la *inaplicabilidad de normas o de pactos lícitos*. En su idea de la ineficacia como género se acercaba mucho al pensamiento de Salvat², quien a su vez había seguido la tesis de doctorado del jurista francés Japiot³.

En esa época Guillermo Borda venía sosteniendo que las sanciones a los actos prohibidos por las leyes eran de dos tipos: i) las que procuraban restablecer el estado de cosas alterado, que a su entender era nulidad y la acción de daños y perjuicios; y ii) las que imponen un castigo: el padre que abandona a su hijo pierde el ejercicio de la patria potestad, el donatario ingrato puede ser privado de los bienes donados, etc. O sanciones más represivas de

¹ **GARAGUSO**, Horacio P. "*Ineficacia Concurso*", edit. Depalma, Buenos Aires, 1981.

² **SALVAT**, Raymundo M. "*Tratado de derecho civil argentino- Parte General II*", actualizado por Romero del Prado, Edit. TEA, Bs. As., 1951, p. 637 y ssgtes. Cuando López Olaciregui actualiza la obra de Salvat profundiza más la idea de ineficacia.

³ **JAPIOT**, René. "*Des nullités en matière d'actes juridiques. Essai d'une théorie nouvelle*", thèse de doctorat, Droit, Dijon; Paris, A. Rousseau, 1909.

carácter penal: prisión, multa o inhabilitación. Para Borda, nulidad e inoponibilidad eran grados de invalidez de un acto.⁴

Jorge J. Llambías tenía dicho que las sanciones civiles se clasificaban en tres tipos: i) **resarcitorias** (donde primaba la idea de igualdad: el resarcimiento debía restablecer la situación anterior al hecho dañoso, por ejemplo); ii) **represivas** (se impone al infractor la realización de un hecho diferente al objeto del deber infringido, como la multa); o iii) **cancelatorias**, con consisten en la caducidad de derechos o de potestades. Para Llambías las nulidades eran un tipo de sanción resarcitoria y se diferenciaba de la inoponibilidad por grados de invalidez.⁵

La idea de la ineficacia como un género de sanciones que instaló Horacio P. Garaguso junto a otros autores⁶ desde el derecho concursal se diferenciaba del pensamiento de la destacada doctrina civil argentina que acabamos de citar en un aspecto medular: la lógica de las sanciones que imperaba en las obras de Salvat, Borda y Llambías era material y sustancial, mientras que en el pensamiento de Garaguso era procedimental; y en eso se adelantó mucho a su época: recién en 2014 con la sanción del Código Civil y Comercial Argentino – CCC- vemos consagrada la idea de la ineficacia como género, con categorías tales como la nulidad y la inoponibilidad (arts. 382 a 400 CCC)⁷.

La matriz de pensamiento de Horacio Garaguso era procedimental porque aquellos que sostenían la idea de la invalidez de actos como género apuntaban a aspectos esenciales, al “ser” de los actos jurídicos; mientras que Garaguso veía el “valer” de los efectos de los actos, esto es, su eficacia operativa.⁸ En esto se revela la influencia de juristas como Carlos Cossio, Julio C. Cueto Rúa, o Genaro Carrió, y de otros tantos otros notables juristas argentinos que fueron más allá del positivismo jurídico y que se preocuparon por resolver los problemas reales de la existencia humana en comunidad.

2. El acuerdo concursal no homologado por propuesta abusiva o en fraude a la ley

Yendo a nuestro tema central, la reforma de la ley 25.589 (art. 17) del año 2002 al art. 52 de la ley de concursos 24.522 –LCQ- restableció el poder imperativo al juez concursal de no homologar en ningún caso los acuerdos que contengan (inc. 4to.) propuestas abusivas o en fraude a la ley.

Recordemos que ese poder estaba contenido en el art. 61 de la anterior ley concursal 19.551 que obligaba al juez a valorar diez directivas en seis incisos que contenían aspectos tan sutiles y deletéreos como la congruencia del acuerdo con las finalidades de los concursos y su adecuación al interés general (inc. 1°), la conveniencia económica del acuerdo respecto de la conservación de la empresa y la protección del crédito (inc. 2°), las

⁴ **BORDA**, Guillermo “*Tratado de Derecho Civil, Parte general II*”, edit. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 20ma. edic., 2004, Tomo II, p. 373 y ssgtes.

⁵ **LLAMBIAS**, Jorge J. “*Tratado de Derecho Civil – Parte General II*”, edit. Perrot, Buenos Aires 14ta. ed. Actualizada por Raffo Benegas, p. 561 y ssgtes.

⁶ Concurralistas como **CÁMARA**, Héctor “*El concurso preventivo y la quiebra*”, edit. Depalma, Buenos Aires, 1978, vol. 1, p. 187/9; o procesalistas como **COUTURE**, Eduardo J. “*Fundamentos de derecho procesal civil*”, edit. Depalma, Bs. As., 1958, pág. 374 y Hugo Alsina “*Tratado teórico-Práctico de derecho procesal civil y comercial*”, edit. Ediar Bs. As., 1956, tomo I, p. 629; entre otros.

⁷ Uno de los trabajos basilares en la doctrina sobre estos temas fue el **NIETO BLANC**, Ernesto “*Ineficacia y Nulidad*” (ED 116-725) pero aparece recién en 1986.

⁸ **ALTERINI**, Jorge H “*Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético*”, Tomo II, 2da. ed. La Ley.

posibilidades de cumplimiento y garantías (inc. 3°), la posible existencia de causales de impugnación no invocadas (inc. 4°), si el deudor había hecho los merecimientos necesarios (inc. 5°), y la suficiencia de la contabilidad para informar con claridad los actos de gestión y la situación del concursado (inc. 6°). Si el acuerdo no superaba este examen, la consecuencia era la quiebra (art. 61, ley 19.551).

Héctor Cámara decía que hasta tanto el acuerdo no se homologara carecía de eficacia, porque no es sólo el acuerdo entre el deudor y la mayoría adherente de los acreedores lo que cuenta, sino éste y la sentencia homologatoria.⁹ Y es así porque el acuerdo surte efectos sobre los créditos de los acreedores que lo aceptaron, pero también lo hace respecto de quienes lo reprobaron. Recordaba a Garrigues: el juez en este caso despliega una doble función: velar por el cumplimiento de la ley y por la tutela del interés de los acreedores.¹⁰ Pese a que se sostenía la ineficacia del acuerdo, no se indicaba de qué clase era ésta. Horacio Garaguso decía que la sanción en este caso era la nulidad, en el libro que comentábamos al inicio.¹¹

Cuando se reimplantó en 2002 el poder al juez de no homologar propuestas abusivas o en fraude a la ley se omitió legislar sobre las consecuencias de la no homologación, porque ya no estaba entre nosotros el art. 61 de la ley 19.551 que imponía la quiebra en este supuesto. De allí surgió la idea de la denominada “tercera vía” (una creación pretoriana contenida en la escueta disidencia del juez Monti en el fallo “Línea Vanguard”¹²), que consiste en otorgar un nuevo periodo de exclusividad abreviado para que el concursado reformule su propuesta y logre un acuerdo que pueda ser homologado. Y ya nadie dice –porque se da por sobrentendido–, que el acuerdo con ese tipo de propuestas es ineficaz.

Si el acuerdo no homologado por propuesta abusiva o en fraude a la ley resulta ser ineficaz, resulta de interés descubrir cuál es el tipo de sanción que debe considerarse: nulidad o inoponibilidad. Si el acuerdo es nulo, carece totalmente de efectos, si es inoponible el acuerdo es válido entre quienes lo celebraron, pero no tiene efectos respecto de los acreedores que no lo aprobaron.

Nuestra ley concursal no dice nada y parecería evidente que en el caso la sanción es la nulidad, pues al acuerdo no homologado se lo priva completamente de efectos y se llama a una reformulación en plan “tercera vía”. ¿Está bien que la sanción sea la nulidad cuando el acuerdo vaya a ser reformulado en protección de los acreedores ausentes y disidentes? ¿Es justo que los acreedores que hicieron ese acuerdo abusivo con el deudor merezcan una mejora? Veamos esta cuestión con algún detenimiento.

3. Los acuerdos concursales y el Código Civil y Comercial.

En el tema del subtítulo se mezclan algunas consideraciones de doctrina, normas legales de orden público y el cambio profundo que ha recibido el derecho privado argentino. Su sola postulación puede resultar provocativa para

⁹ CÁMARA, Héctor “*El concurso preventivo y la quiebra*”, edit. Depalma, Buenos Aires, 1978, vol.II, p. 1090.

¹⁰ GARRIGUES, “*Curso de derecho mercantil*”, edit. S. Aguirre, Madrid, 1958, tomo II, p. 530.

¹¹ GARAGUSO, Horacio P. “*Ineficacia Concursal*”, edit. Depalma, Buenos Aires, 1981, p. 200/1.

¹² CNCom, sala C, “*Línea Vanguard SA s/ concurso preventivo*”, 04/09/2001, LA LEY, 2002-A, 394.

los concursalistas afines al procesalismo, que están habituados a considerar las formas y los métodos como su sustancia¹³.

Debe recordarse que la tradicional doctrina italiana, que tanto inspiró a los maestros del derecho concursal argentino, incluía al acuerdo concursal preventivo dentro del género de los contratos¹⁴, a excepción de Ragusa Maggiore y de sus seguidores, quienes sostenían su esencia procesal aunque nunca negaron cierta naturaleza bilateral o plurilateral de este tipo de actos.

Había en nuestro ámbito un abordaje del tema basado en la nota al art. 1137 del Código Civil de Vélez, de tradicional raíz romana, que permitía hacer una distinción entre contrato y convención considerando que ciertos actos jurídicos convencionales podían no ser contractuales.¹⁵

Esta interpretación era la que permitía quitar el duro rigor contractual obligatorio a las convenciones en el Código de Vélez. Era una época donde la transacción no era considerada un contrato, sino un modo de extinguir obligaciones y procesos judiciales. Y lo mismo sucedía, por ejemplo, con el compromiso en árbitros u otras tantas manifestaciones consideradas típicamente convencionales. Era una época, también, donde la sociedad conyugal se regulaba a renglón seguido de la parte general de contratos.

Todo movimiento codificador supone integración de normas sobre la base de ciertos principios. Hay algunos cambios que son expresos y otros, mucho más sutiles. Por ejemplo ciertas modificaciones estructurales en el régimen de los actos jurídicos, en el de obligaciones o en el de los contratos, impactan decisivamente en todo el sistema jurídico aun cuando no se trate de normas típicas del derecho público. Es que el derecho civil es el prestamista de última instancia del significado de todos los conceptos que el resto de la legislación emplea para referirse a relaciones jurídicas entre particulares.

Puede hallarse que en el CCC uno de esos cambios trascendentes es la redacción amplia de su art. 957 a la definición de contrato. Ese artículo dice literalmente que los contratos *son actos jurídicos mediante el cual dos o más partes manifiestan su consentimiento para crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales*.

La extensión de esta definición permite concluir que los acuerdos concursales son incorporados a la matriz contractual aún con todas sus particularidades, en la medida en que esta inclusión no modifique normas indisponibles de la ley concursal (argto. art. 963 del CCC). Nadie puede ignorar que los acuerdos que se alcanzan en los concursos son actos jurídicos que tienen por objeto crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales, por más concursal que sea el acto.

¹³ Sin embargo parece sensato seguir considerando que el proceso judicial es sólo un método para resolver disputas, frente a la abundancia actual de otros (conciliación, mediación, arbitraje, etc.). En materia concursal puede considerarse que en nuestra maltrecha economía nacional de crisis constantes muchos que ingresaron en estado patrimonial de cesación de pagos lo han superado –bien o mal- una o varias veces sin llegar a procedimientos judiciales, sino a través de métodos de reflotamiento de empresas propios de la técnica de su administración.

¹⁴ CÁMARA, Héctor “*El concurso preventivo y la quiebra*”, edit. Depalma, Buenos Aires, 1978, vol. I p. 792 se refiere a ello mencionando a la doctrina tradicional italiana (Ferrara, Provinciali, Rocco, Pajardi, etc.).

¹⁵ Ej: CÁMARA, Héctor “*El concurso preventivo y la quiebra*”, edit. Depalma, Buenos Aires, 1978 en nota 5, p.792.

No se advierte cómo pueda escaparse a esa extensiva definición legal respecto de la celebración de estos acuerdos (aun cuando su existencia penda del acto judicial de homologación), cuando –por ejemplo- la transacción se regula como un contrato (art. 1641 CCC, y produce efectos de cosa juzgada aún sin homologación judicial, conf. art. 1642 CCC) y los contratos plurilaterales están previstos con remisión supletoria al régimen de los contratos bilaterales (art. 966 CCC). Ya parece haber necesidad de modificar viejos pensamientos sobre la cuestión que estaban anidados en el régimen del derogado Código de Vélez.

Resulta saludable la modificación y la amplitud de miras de la nueva definición de contrato. Es hora que los acuerdos en los concursos preventivos, aun teniendo un cúmulo de características singulares y normas específicas, posean los atributos que se pretenden de los contratos a la hora de su interpretación y que se simplifiquen cuestiones dogmáticas que han llevado arduos debates en la doctrina y a soluciones –algunas injustas- de nuestros tribunales. En cierto modo, resulta necesario señalar que el derecho de contratos se ha nutrido de normas indisponibles, que estaban ausentes en el régimen anterior y ello era una tendencia que en su momento advirtieron los comercialistas clásicos¹⁶.

Esta posición supone aceptar que puedan aplicarse normas de interpretación e integración típicamente contractuales (predisposición de cláusulas, arts. 984 y ssgtes. CCC), criterios de prelación normativa y de integración (arts. 963 y 964 CCC) y las normas y doctrina general en materia de vicios de actos jurídicos contractuales plurilaterales. También supone, en su medida correspondiente, que el derecho concursal deja de estar gobernado exclusivamente por criterios instrumentales propios de la doctrina procesalista que –por ser derecho público- tenía por finalidad asegurar una aplicación imperativa¹⁷.

4. Caracteres y efectos del acuerdo homologado: novación legal, plurilateralidad e invariabilidad.

Uno de los efectos de los acuerdos homologados consiste en su extensión a todos los acreedores por causa y título anterior a la presentación en concurso preventivo (art. 56 LCQ); otro es que provoquen novación legal de las obligaciones que comprenden (art. 55, LCQ).

Como dijimos, la nueva definición de contrato del art. 957 CCC abraza a los acuerdos preventivos. En cuanto a sus efectos, se prevé la posibilidad de superar el efecto relativo clásico *inter partes* de los contratos estableciéndose en el nuevo art. 1021 del CCC que puedan tener efectos más amplios cuando la ley lo autoriza, siendo éste el caso.

Esto significa que existe en estos supuestos una reexpresión homogénea de todas las obligaciones, sobre la base uniforme del acuerdo homologado.

¹⁶ Por ejemplo, **FONTANARROSA**, Rodolfo O. "Derecho Comercial Argentino, Tomo 2: Doctrina General de los Contratos Comerciales", Edit. Zavallá, Buenos Aires, 1era. reimp. 1987, ya alertaba sobre ese fenómeno. Ídem **FARINA**, Juan M. "Contratos comerciales modernos", 3ra Edición, Astrea, Buenos Aires, 2005.

¹⁷ Que las leyes tengan *imperium*, se relaciona habitualmente con el poder del Estado de asegurar su aplicación, como si fuera una voluntad imperial sobre la base de la obediencia y el castigo. Pero etimológicamente proviene de *in* (penetrar) *parare* (organizar, preparar) y remite a otro concepto ("organizar dentro de") lo cual se puede vincular con el sentido moderno y actual de esa propiedad legal y con la función misma del Derecho en el ámbito social.

La ley actual no prevé que esa reexpresión se haga efectiva en la etapa homologatoria con la precisión de un recálculo particular instrumental de los créditos verificados, que comprenda los plazos y montos en cada caso, pero sería deseable que se realice para que pueda advertirse *de manera clara e inmediata y sin cálculos ulteriores*, los efectos concretos de la resolución que homologa el acuerdo.¹⁸ Esto es: una buena sentencia homologatoria debería ordenar que la sindicatura recalculé todos los créditos que participaron en el concurso con sus nuevos montos y fechas de pago.

La novación está ahora contenida en los arts. 933 y ssgtes. del CCC. La norma del art. 941 CCC contempla la novación legal, a la que se le aplican supletoriamente las reglas de la novación convencional que lleva inserto el *ánimus novandi*; esto es, la voluntad de novar prevista en el art. 934 del CCC. Pero siempre estamos hablando que el acuerdo preventivo resulta ser un contrato particular que modificó las obligaciones a las que alcanza extinguiendo las anteriores y fijando de manera homogénea, nuevos contenidos creditorios que incluyen nuevos plazos de prescripción a las obligaciones comprendidas no verificadas tempestivamente, dentro del apretado plazo de dos años desde la presentación en concurso (art. 56 LCQ).

A este último respecto debe decirse que la presentación en concurso preventivo e incluso la celebración de un acuerdo de este tipo, no genera la caducidad de los plazos en las obligaciones originarias (art. 353 CCC); sin perjuicio de la carga del acreedor de verificar su crédito para que luego no resulte extinguido por la prescripción concursal, mencionada en el párrafo anterior. La norma es acertada porque acelerar los plazos de vencimiento de obligaciones porque el deudor se concursó puede resultar perjudicial para el resto de los acreedores y para el propio concursado, en caso en que no se logre el acuerdo. Para verificar créditos, el art. 32 LCQ exige que sean de causa o título anterior a la presentación en concurso, pero no requiere que exista mora o que sean créditos exigibles.

Como contrato extensible incluso a quienes no prestaron expresa conformidad, resulta ser **invariable** y **plurilateral**. Es **invariable** porque el concursado no puede bajo pena de nulidad conceder individualmente a ciertos acreedores comprendidos mejores beneficios que los acordados a su categoría (art. 56 LCQ) y porque el devenir posterior al acuerdo no lo afecta, ya que el incumplimiento del acuerdo produce la quiebra (art. 63 LCQ) y no abre una posibilidad de renegociación.

Pese a ser *contrato* no le son aplicables las normas en materia de imprevisibilidad (art. 1091 CCC), frustración del contrato (art. 1090 CCC), ni la extinción por imposibilidad de cumplimiento por caso fortuito o fuerza mayor (art. 955/6, 1031/2 CCC), precisamente por la invariabilidad de condiciones ya relatada, que es reforzada por su plurilateralidad.¹⁹

¹⁸ Recordemos que Honoré de Balzac era abogado y llamó a la novación como un enredo, en su clásico humorístico manual de derecho comercial titulado "El arte de pagar deudas, sin gastar un centavo en diez lecciones", escrito junto a Emile Marco de Saint-Hilaire.

¹⁹ "Quien obtuvo la homologación del acuerdo en el concurso preventivo no puede pretender la aplicación de la teoría de la imprevisión para obtener una quita que no fue solicitada oportunamente, destruyendo de tal modo el principio rector de la *pars conditio creditorum*" Autos: "Kestner SA s/ Concurso s/ inc. por la concursada s/ Cred. Internacional Petroleum Serv. inc. y James A. Lewis Engineering." CNCom Sala A - Mag.: Jarazo Veiras - Barrancos y Vedia - Viale, Fecha: 19/04/1983; "Quien obtuvo la homologación del acuerdo preventivo no puede pretender la aplicación de la teoría de la imprevisión para obtener transformación de la deuda en moneda extranjera a moneda argentina." Autos:

El acuerdo es negocio **plurilateral** porque existen varias partes que adscriben a una finalidad común. El contrato plurilateral está nominado en los arts. 966 y 977 del CCC, pero no está definido en nuestro derecho, como si lo está en el Código Civil Italiano que dice en su art. 1420: "...en los contratos con más de dos partes, en los cuales las prestaciones de cada una están dirigidas a la consecución de un fin común...". Brunetti resaltaba que en los contratos plurilaterales varias partes adquieren derechos y obligaciones de la misma idéntica naturaleza jurídica pero sin contraposición de intereses.²⁰

En el caso del acuerdo preventivo existe como finalidad común de todas las partes que el deudor pueda superar sus dificultades evitando la quiebra.²¹

5. Los vicios de los acuerdos concursales.

Como lo dice el art. 52 inc. 4to. LCQ el juez no puede homologar acuerdos abusivos o en fraude a la ley. Tampoco puede homologar si deducida una impugnación por nulidad se comprobare la existencia de alguna de las causales que contiene el art. 50 LCQ.

Hay que destacar que en el CCC la idea de abuso de derechos es un principio general (art. 10) y un límite interno al ejercicio de todos los derechos, excluyendo a las libertades genéricas²²; y que las empresas y las personas acuden al concurso preventivo a efectos de obtener un alivio a su situación financiera que les permita superar el estado de cesación de pagos y lograr la finalidad de conservación o maximización del valor de venta de sus bienes, siendo la empresa el objetivo de principal atención por parte de la LCQ.²³

Como es doctrina unánime en nuestro país el concursado sufre una crisis de crédito y no puede remediarla más que a través de un acuerdo financiero con sus acreedores, que es el único camino alternativo que le señala la ley encontrándose en cesación de pagos. Ubicados en ese punto, debemos considerar cuándo un acuerdo resulta ser abusivo o fraudulento, en los términos del art. 52 inc. 4to. de la LCQ.

En primer término, la idea general de abuso y de fraude a la ley engloba una serie de características que exceden el mero ejercicio del abuso de derechos del art. 10 del CCC. En efecto, más que tratarse de un ejercicio abusivo del derecho de acordar con sus acreedores (recordemos que el acuerdo ya obtuvo las mayorías legales conforme una resolución judicial y no debería seguir hablándose de una propuesta) *se trata más bien del ejercicio de celebrar acuerdos lesivos*, ya que en todos los casos donde ha existido

"Noel y Cia. SA s/ Concurso s/ Inc. de verificación por I.B.M. Argentina SA." – CNCom Sala A - Mag.: Jarazo Veiras - Barrancos y Vedia - Viale - Fecha: 19/10/1983; "No puede pretenderse la reducción cuantitativa de las cuotas concordatarias invocando la llamada teoría de la imprevisión, por cuanto ello constituye argüción extraña al trámite concursal." Autos: "Morfrut SCA s/ Quiebra" CNCom Sala D - Mag.: Alberti - Rivera - Fecha: 05/06/1984

²⁰ **BRUNETTI**, Antonio "Tratado del derecho de las sociedades", edit. Librería El foro Tomo I, p. 123 y ssgtes.

²¹ **HEREDIA**, Pablo D. "Tratado exegético de derecho concursal", edit. Abaco, Bs. As., 2000, Tomo 2, p. 45.

²² **LORENZETTI**, Ricardo Luis (Director) "Código Civil y Comercial de la Nación Comentado" Tª I, p. 56 y ssgtes., Edit. Rubinzal Culzoni, Buenos Aires –Santa Fe, 2014.

²³ Por nuestra parte postulamos que en la economía actual, la conservación de la empresa como ideal, resulta completamente insuficiente pues debe asegurarse un *reflotamiento de la empresa*, que es algo más complejo que su mera conservación. Ver nuestra ponencia al respecto "La multicausalidad en la insolvencia contemporánea y la heurística concursal", presentada en el IX Congreso Argentino de Derecho Concursal, publ. en Tomo I "Crisis y derecho" por Fespresa, Cordoba, 2015, pág. 13 y ssgtes.

aplicación de la norma del art. 52 inc. 4to. LCQ existe un cierto grado de desproporción en la que el concursado adquiere una ventaja patrimonial injustificada, similar al que requiere para su configuración en su faz objetiva el vicio de lesión del art. 332 y ssgtes. del CCC; y – a su vez- existe un perjuicio de los derechos de los acreedores, que va más allá de límites tolerables.²⁴

El elemento subjetivo de la lesión en este caso de negocio plurilateral se centra en: i) la situación de inferioridad de la víctima (que no son otros más que los acreedores disidentes, revisionistas o tardíos que no prestaron conformidad al acuerdo), quienes reciben los efectos del acuerdo aún en contra de su voluntad y, ii) en el comportamiento explotador del lesionante que se presume en caso de notoria desproporción en las prestaciones, como lo dice el art. 332 del CCC. En la doctrina civil esta conformación del elemento subjetivo de la lesión es la posición mayoritaria.²⁵

Respecto de la idea del fraude a la ley, la cuestión está vinculada con la obtención de esa ventaja lesiva a través del remedio preventivo, su régimen de mayorías y la disposición legal cuyo efecto es la aplicación de las consecuencias del acuerdo a todos los acreedores (art. 56 LCQ); por lo cual todo acuerdo lesivo en el sentido que mencionamos, se celebra en fraude a la ley.

En consecuencia un acuerdo es lesivo, en el sentido indicado en el párrafo anterior, cuando la financiación que se pretende a través de los acreedores en su conjunto excede un doble límite: i) las necesidades del patrimonio concursado, incluyendo los sacrificios económicos que realizará el concursado para emerger de la situación y ii) un cierto grado de afectación de los créditos, que estaba ubicado en la regla legal de la LCQ en su redacción original en el 40% y que ha quedado como una especie de regla general²⁶, que sólo sería superable si se acreditara -con cierto rigor- que existen necesidades financieras objetivas de la empresa que justifican superar dicho límite y que al mismo tiempo, ello beneficia a los acreedores –que la aprobaron por una mayoría considerable- pues en caso de quiebra percibirían una cifra muy inferior (ej.: fallo “*Editorial Perfil SA*” de la Cámara Nacional de Comercio, sala D, del 19/9/2007).

Para poder llegar al ideal de racionalidad y justicia, se requiere un análisis elemental de cantidades y el Juez debe ingresar en el conocimiento e información de algunas cuestiones. Por ejemplo, cuáles son las necesidades financieras de la empresa o sujeto que puedan satisfacer los acreedores comprendidos en el acuerdo y qué sacrificios económicos realizará el concursado para satisfacer el interés de ellos, al mismo tiempo que una evaluación financiera completa del grado de afectación de los créditos involucrados.

²⁴ En el mismo sentido **GASPARINI**, Juan Andrés “*Acuerdo abusivo o en fraude a la ley*” publ. en: DJ 27/11/2013, 9

²⁵ **BUSTAMANTE ALSINA**, “*La presunción legal en la lesión subjetiva*”, nota a fallo publ. en ED 103-277; **CIFUENTES**, santos “*Negocio Jurídico*”, 2da. Ed. Astrea, Bs. As., 2004, p. 595; **RIVERA**, Julio C “*Instituciones de derecho civil. Parte general*”, 5ta. ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., tomo II, p. 605; **ALTERINI**, Jorge H “*Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético*”, Tomo II, 2da. ed. La Ley, p. 711, entre otros.

²⁶ La CSJN tiene establecido para situaciones no concursales, que una afectación a los derechos mayor a un tercio, constituye ya una confiscación (véase CSJN, 14/09/04, *Vizzoti, Carlos Alberto c. AMSA S.A. s/despido*, publ en DJ, 2004-3, 323, entre muchos otros).

El juez debe realizar, de hecho, un verdadero *juicio de lesividad* en la instancia homologatoria y debe contar para ello, con el máximo de información para tal fin. Resulta necesario decir que los jueces y abogados han sido habitualmente refractarios a los análisis cuantitativos -que en la mayoría de los casos son diferidos a auxiliares (peritos) o funcionarios (síndicos)- pero en este caso debe haber un juez (no el clarividente que exigía la ley 19.551) que se sumerja en ese tipo de cuestiones.

6. La nulidad y renegociación de los acuerdos lesivos. Las costas.

Cuando los jueces no homologan un acuerdo lesivo en uso del art. 52 inc. 4to. de la LCQ y en aplicación de la doctrina del fallo "Línea Vanguard" habilitan su reformulación abriendo un nuevo periodo de exclusividad, no hacen otra cosa que lo que ordena el art. 332 del CCC en materia de vicio de lesión. En efecto, el juez declara que el acuerdo es lesivo, no lo homologa y ordena su modificación.²⁷ La sanción de todo acuerdo lesivo es la nulidad, que es una categoría de ineficacia: el acuerdo lesivo nunca subsiste porque se lo priva de efectos si no es modificado.

Mosset de Espanés decía sobre este tema que la ineficacia que generaba la lesión habilitaba a una rescisión del negocio jurídico, pero no fue esa la posición del legislador de la ley 17.711 cuando incorporó el art. 954 del Código Civil, ni fue la posición del CCC que claramente consagraron la nulidad como sanción al acto, que es relativa pues se admite confirmación por subsanación del acto.²⁸

En ciertas circunstancias especiales podría el juez reajustar el acuerdo de oficio y homologar. Se ha hecho ejemplo, en el caso que el vicio se encuentre en propuestas residuales para quienes no prestaron conformidad con la propuesta principal²⁹; pero no sería admisible que lo hiciera avanzando sobre la voluntad de quienes adhirieron a la propuesta, a menos que prestasen expresa conformidad.³⁰

En esa cuestión estrechamente vinculada al poder del juez concursal que tanto se ha debatido, se debe tener presente que cuando los jueces civiles fallan un caso de lesión la condena es a la modificación de las prestaciones desproporcionadas o a la nulidad del acuerdo según sea el tipo de acción instaurada (agto. art. 332 del CCC), por lo cual no se trata del ejercicio de un superpoder, sino de la natural facultad que el ordenamiento civil le acuerda a los jueces para modificar actos jurídicos lesivos.

Por último es necesario agregar que la más justa sanción que deberían merecer los acuerdos lesivos es la inoponibilidad del acuerdo respecto de acreedores disidentes, revisionistas y tardíos, que dejaría subsistente el acuerdo lesivo entre quienes lo celebraron. Pero resultaría necesario para lograr esa justicia que se modifique la ley concursal en tal sentido, porque esa sanción no puede desprenderse de la regulación civil del vicio de lesión.

²⁷ Claramente puede verse ello en autos "Impresora Internacional de Valores S.A.I.C. s/ Concurso" del Juzg. Nacional de Comercio Nro. 4 a cargo del juez Ottolenghi, de fecha 17/02/2003, Cita: TR LALEY AR/JUR/27/2003

²⁸ **MOSSET de ESPANÉS**, Luis "La lesión y el nuevo art. 954", Víctor P. de Zavalía editor, Córdoba, 1976, p. 181.

²⁹ **FAVIER DUBOIS**, Eduardo M. como juez de primera instancia del Juzg. Nacional de Comercio N° 9, Sec. 17, el 3/4/2002 en autos "Curi Hermanos S.A. s/ concurso preventivo".

³⁰ Voto de la Dra. **KEMELMAJER DE CARLUCCI**, Aída en autos "Argenfruit S.A. en "Pedro López e Hijos S.A.C.I.F.I.A. s/concurso preventivo", sala I, Corte Suprema Mendoza, 24/06/2003.

Sin embargo, en última instancia, puede responsabilizarse de la nulidad del acuerdo lesivo a quienes lo celebraron en perjuicio de quienes no prestaron su conformidad a ese tipo de cláusulas y la condena debe estar centrada en las costas de esa etapa del juicio en función del monto total del acuerdo. En efecto, si bien en el caso que analizamos no hay impugnación al acuerdo ejercida por un legitimado del art. 50 LCQ y el juez obra por la no homologación *ex officio*, hay vencidos y actuaciones judiciales nulificadas (argto. art. 74 CPCCN) por las que se debe resarcir aunque haya vencedores indeterminados.

Ya hace tiempo que las costas judiciales no tienen exclusivamente un valor indemnizatorio: desde Chiovenda se sabe que la condena en costas está condicionada solamente al vencimiento puro y simple de una pretensión, que en este caso, es la homologatoria de un acuerdo ineficaz celebrado.³¹ Las costas deben distribuirse en proporción al interés que tuvo cada acreedor que prestó conformidad por el monto de su crédito (argto. art. 75 CPCCN) y el beneficiario de las costas es el Estado en este caso, pues se configura una excepción a la regla que indica al litigante vencedor como beneficiario.³²

En síntesis: el reajuste de acuerdos lesivos no resulta incompatible con su ineficacia en grado de nulidad, si se atiende a la naturaleza de los acuerdos y al tipo de vicio que provoca la intervención del juez concursal; aunque la sanción saludable en estos casos es la inoponibilidad del acuerdo, que requeriría una reforma a la ley concursal.

7. Epílogo: El futuro de los acuerdos preventivos.

El ideal moderno de la legislación concursal acorde al nuevo régimen patrimonial civil y comercial debe posibilitar el *reflotamiento* de la empresa o del individuo y la *maximización* de los activos de la persona u organización para una eventual liquidación, como principios a perseguir. Pretender en la economía moderna, la mera *conservación de la empresa*, sobre la base exclusiva de la financiación de los acreedores con base en acuerdos de quitas y esperas, resulta incompatible con el tipo de economía de red en la que vivimos y de la que pueden ya advertirse cambios significativos en la velocidad de las transacciones y en la información disponible de cada sujeto que opera.

Se sabe estadísticamente que se puede lograr un *reflotamiento* de la empresa, si se adoptan algunas de las siguientes medidas: 1) Cambios en el liderazgo de alta dirección y de la gerencia; 2) Cambios en el sistema de compensación de los trabajadores (transformando salarios por comisiones de éxito); 3) Venta maximizada de activos ociosos; 4) Claridad en el sistema contable; 5) Mayor control financiero; 6) Reducción de costos; 7) Reestructuración financiera; 8) Lograr un negocio básico viable y 9) Mejoramiento en los márgenes.³³ Los acuerdos preventivos clásicos apuntan a satisfacer sólo algunos de estos puntos y en especial se centran en la reestructuración financiera del sujeto, que es naturalmente insuficiente para superar su crisis.

³¹ **CHIOVENDA**, Giuseppe "La condena en costas", edit. Valleta, Bs. As., 2004, p. 102.

³² **CHIOVENDA**, Giuseppe "La condena en costas", edit. Valleta, Bs. As., 2004, p. 207.

³³ Hay muchísimos trabajos estadísticos sobre el tema. Los clásicos son de **SCHENDEL D, PATTON G.R y RIGGS J.** "Corporate turnaround strategies study of profit decline and recovery" Journal of General Management, 1976, Vol 3, págs. 3-12; el del inglés **SLATTER**, Stuart (1984) "Corporate recovery: successful turnaround strategies and their implementation" Harwordsworth, Middlesex, Penguin; el de **BIBEAULT**, Donald "Corporate turnaround: How Managers turn losers inot winners" New York, Mc. Graw-Hill, 1982; entre muchos otros.

La celebración de este tipo de acuerdos de *reflotamiento* debería evitar el estigma del concursamiento, el cambio de rol de los funcionarios en la búsqueda de obtener una mayor claridad en el inicio del proceso de la situación económica y financiera del concursado, una auditoría independiente -si cabe- de los estados contables, mediación concursal si corresponde, soluciones particulares con mayorías diferenciadas conforme la propuesta que se trata, utilización de *cramdown power* si corresponde y un funcionario experto más enfocado en la promoción de acuerdos, que en ser barrera de acreedores o del deudor.³⁴ Respecto de personas físicas y en especial consumidores, parece inevitable considerar que deben realizar cursos que los habiliten a tener una mejor educación financiera, como lo impone sabiamente la ley norteamericana hace ya muchos años (ver secc. 111 y ccodes. del Bankruptcy Code³⁵).

Siguiendo esa línea resulta evidente que sólo pueden valorarse con justicia los acuerdos concursales, si se conoce: i) Cuáles son las necesidades reales de financiamiento que pueden aportar los acreedores, a los fines del reflotamiento de la empresa, ii) Cuáles son los sacrificios que hará el concursado para lograr un negocio rentable, que permita ir cancelando sus compromisos iii) Cuáles son los sacrificios que se exigirán a los acreedores, para lograr ese objetivo.

Si se ignoran los puntos i) y ii), resulta muy difícil que pueda valorarse con realismo un acuerdo concursal o juzgar la lesividad de éste. Una quita importante puede ser necesaria para que los acreedores puedan cobrar *algo*; pero ello sólo sería justo si el concursado hace también un sacrificio mayor o igual al que exige a sus acreedores.

En definitiva, más que la elaboración de doctrinas legales limitativas como la de "*Arcángel Maggio*", o de topes legales tarifados a las quitas, resulta preferible que la ley contenga mecanismos para lograr resultados acordes con la economía actual a partir de la información necesaria para que deudor, acreedores y jueces puedan tomar decisiones. Una quita o espera injustificadas, siempre serán sospechosas. La oportunidad del cambio profundo del régimen patrimonial civil y comercial que impuso la ley 26.994, debe permitir una reforma meditada del derecho concursal para colocarlo a la altura del tiempo en que vivimos.

³⁴ Las leyes colombianas han sido pioneras en desestigmatizar la insolvencia (leyes 222 de 1995, 550 de 1999, 1116 de 2006 y 1429 de 2010), utilizan la figura del "Promotor" del acuerdo, dejando de lado el clásico rol de la sindicatura argentina.

³⁵ **DASSO**, Ariel G. "*Código de Quiebras de los Estados Unidos de América*" 1era. ed. Erreius, Buenos Aires 2014, p. 77 y ssgtes.

EL MUNDO DEL EMPRENDIMIENTO Y LA GESTIÓN DE LAS EMOCIONES.

Dra. Gabriela Natalia Camicha

Colegio de Abogados de San Martín

PONENCIA

Al momento de recomendar cualquier alternativa para el inicio de un emprendimiento, y asesorar en el desarrollo del mismo, no podemos dejar de considerar los aspectos propios de las personas intervinientes, de manera de acompañar en la gestión de los sentimientos, que puedan darse a partir de las emociones producidas naturalmente ante las vicisitudes inherentes al riesgo negocial; ello con mira puesta en lograr resultados en nuestra labor que permita al emprendedor mantener en el tiempo su actividad.

INTRODUCCIÓN

Cuando nos referimos a la empresa y/o emprendimiento enseguida nos viene a la mente la palabra negocio y ello nos lleva a pensar en ganancias y por derivación lógica también en pérdidas. En este último sentido, muchas de esas pérdidas pueden deberse a la mala gestión de las emociones.

Pensemos en el ámbito laboral, cuantos acuerdos no llegaron a cerrarse con un empleado por no poder gestionar la parte emocional. También en el propio giro comercial, cuantos convenios se han caído o incluso no llegaron a realizarse por temores, desconfianza, etc.

El “cuantos” es casi imposible de medir si no nos enfocamos en considerar al emprendedor como un ser humano que tiene emociones y sentimientos.

Como dice el Dr. López Rosetti en su libro Emoción y Sentimientos “no somos seres racionales, somos seres emocionales que razonan”.

La Emoción es ancestral y es automática, y en los términos del mencionado médico se la puede definir como una vivencia, experiencia que tiene rostro, que le es propio, ellos son miedo, ira, alegría, tristeza, asco y la sorpresa.

En cambio, el sentimiento es algo más complejo, algo así como una derivación de una emoción procesada; así se pueden considerar al amor, odio, culpa, vergüenza, orgullo, fe, esperanza, entusiasmo.

Para poder procesar estas cuestiones se hace necesario recurrir a la inteligencia emocional basada en tres pilares, la percepción emocional, la comprensión y la regulación emocional, cuestiones que debemos tener en cuenta al momento de analizar las alternativas viables para recomendar el inicio y desarrollo de cualquier actividad traída a consideración, atento a que detrás de todo emprendimiento hay personas y el objetivo final buscado debiera ser lograr resultados que se mantengan en el tiempo.

DESARROLLO

El término empresario tiene su origen en la época medieval francesa. En ese lapso a la persona al frente de utilizar los factores de producción -el trabajo de los siervos, los materiales y los recursos del señor feudal o del rey- y asumir el riesgo para la construcción de edificios o armamentos se lo denominaba “entrepeneur”.¹ Término que sirve para referirse tanto al emprendedor como al empresario.

Con el paso del tiempo, los procesos de transformación económica que se han ido desarrollando dieron lugar a otra concepción de empresario.

El Empresario, en términos técnicos, es aquella persona que se encarga de la dirección y gestión de una compañía, negocio o industria, que tiene como finalidad la obtención de beneficios económicos.

En este orden, el empresario, en los inicios de la era industrial, era el fundador y propietario de su propia firma, asumiendo los riesgos inherentes de todo negocio. Luego aparecieron las organizaciones sociales y ya no se trataba solo de un individuo al frente de un negocio.

En cambio el emprendedor, por definición como lo conocemos en la actualidad, es el que dispone de capacidades personales y organizativas que lo distinguen del resto.²

¹<https://economipedia.com/definiciones/empresario.html#Origen%20del%20concepto%20de%20empresario> Pág. Web consultada el 10/10/2023.

² Uribe Toril, J. - de Pablo Valenciano, J. “Revisando el emprendedurismo” Boletín Económico de ICE nº 3021 del 1 al 31 de diciembre de 2011. Consultado el 14/10/2023 en https://www.researchgate.net/profile/Juan-Urbe-Toril/publication/334987913_REVISANDO_EL_EMPRENDEDURISMO/links/5d492130299bf1995b695564/REVISANDO-EL-EMPRENDEDURISMO.pdf

A estos se los denominan nuevos empresarios, pero no necesariamente el empresario es un emprendedor.

A su vez, el que genera un emprendimiento puede llevarlo adelante en forma personal o puede utilizar las figuras societarias previstas en la ley, como por ejemplo las denominada Sociedad por Acciones Simplificada (SAS) establecida por la ley 27.349, que cabe aclarar no es tema de análisis de esta ponencia.

Sin perjuicio de lo expuesto, cualquiera fuera el tipo de organización de la empresa, en todos los casos existió y existe un denominador común: están compuestas por personas.

Desde el punto de vista de la psicología una persona es una sumatoria de características comunicables: una personalidad, un ánimo, una forma de actuar y de sentir.³

Entre esas características encontramos a las emociones que naturalmente tenemos como personas y con ello los sentimientos que se derivan, que sabiendo gestionarlas las podemos usar a nuestro favor.

Como dice el Dr. López Rosetti en su libro Emoción y Sentimientos “no somos seres racionales, somos seres emocionales que razonan”.⁴

La Emoción es ancestral y es automática, y en los términos del mencionado médico se la puede definir como una vivencia, experiencia que tiene rostro, que le es propio, ellos son miedo, ira, alegría, tristeza, asco y la sorpresa. Se caracterizan por ser intensas, tienen repercusión física y en general duran poco tiempo.

En este orden de ideas, cabe considerar que “la emoción no es acción *per se*, sino que es la energía interna que nos impulsa a un acto, lo que da cierto “carácter” o “colorido” a un acto. La emoción, entonces, puede definirse como el aspecto “cargado

³ "Persona". Autor: Equipo editorial, Etecé. De: Argentina. Para: Concepto.de. Disponible en: <https://concepto.de/persona-2/>. Última edición: 5 de agosto de 2021. Consultado: 10 de octubre de 2023 Fuente: <https://concepto.de/persona-2/#ixzz8FkqNIQsw>

⁴ López Rosetti, D. (2017) “Emoción y Sentimientos” No somos seres racionales, somos seres emocionales que razonan. Consultado en <https://www.libronube.com/descargar-emocion-y-sentimientos-daniel-lopez-rosetti/46362/> el 10/10/2023.

de energía” de la acción, en el que se entiende implica al mismo tiempo cognición, afecto, evaluación, motivación y el cuerpo.”⁵

En cambio, el sentimiento es algo más complejo, algo así como una derivación de una emoción procesada; así se pueden considerar al amor, odio, culpa, vergüenza, orgullo, fe, esperanza, entusiasmo. Puede durar mucho tiempo o toda la vida, no tiene un rostro que lo identifica. Son privados, la persona es la que puede hacerlo manifiesto.

El saber gestionar los sentimientos derivados de la emoción, en la actualidad se denomina inteligencia emocional, pero durante décadas se lo ha referido con una diversidad de términos, tales como carácter, personalidad, competencias o habilidades blandas.⁶ Dicha inteligencia se basa en tres pilares, la percepción emocional, la comprensión y la regulación emocional.

Como profesionales del derecho, considerando que nos nutrimos de diversas disciplinas, no deben escapar a nuestro conocimiento estos temas que permiten humanizar el derecho comercial y con ello lograr mejores resultados.

¿Cuántos emprendimientos fracasaron antes de empezar por falta de acuerdo entre los involucrados? ¿Cuántos acuerdos no llegaron a cerrarse por lo que se denomina “bloqueo emocional”? ¿Cuántas empresas familiares terminaron en quiebra por no adaptarse a los cambios y quedarse en discusiones estériles? ¿Cuántas sentencias laborales desfavorables podrían haberse evitado si el empleador hubiera dejado de lado cuestiones personales con el empleado y llegado a un arreglo?

El “cuantos” es casi imposible de medir si no nos enfocamos en considerar al empresario/emprendedor como un ser humano que tiene emociones y sentimientos.

⁵ Illouz, E. “Intimidades congeladas. Las emociones en el capitalismo” Primera edición 2007. Katz editores. Pág. 14

⁶ Goleman, D. “La práctica de la inteligencia emocional” Primera edición digital 2010. Editorial Kairós. Consultado el 12/10/2023 en https://books.google.com.ar/books?hl=es&lr=&id=s-ybDwAAQBAJ&oi=fnd&pg=PT4&dq=el+empresario+y+las+emociones&ots=4fn3KE4ndR&sig=xmpUsW_WY7g8aDcQVBvrksUAXAo#v=onepage&q=el%20empresario%20y%20las%20emociones&f=false

Así, desde la psicología social, actualmente se rescata el valor y la importancia de las emociones y se buscan que sean percibidas por el sujeto y luego reencauzadas hacia un pensamiento o acción positivos.⁷

Es por ello que propiciamos, desde la labor del profesional de derecho que en cada caso se realice un doble diagnóstico, por un lado la situación objetiva según la cuestión traída a estudio - léase el emprendimiento a desarrollarse, la empresa a asesorar, el contrato a celebrarse - y por el otro la indagación de la situación subjetiva de las partes intervinientes.⁸

Tomar conciencia de lo expuesto redundará en una eficiente toma de decisiones, evitando de esa manera el azar en los resultados, en tanto que las emociones y sus respectivos sentimientos, si bien pueden ser catalizadores de una buena gestión, también pueden convertirse en una barrera de distorsión que sesgue la dirección de los negocios.⁹

CONCLUSIÓN

Atento a que como profesionales de derecho trabajamos con personas, al momento de recomendar cualquier alterativa para el inicio de un emprendimiento, y asesorar en el desarrollo del mismo, no podemos dejar de considerar los aspectos propios de quienes intervienen.

Esto nos permitirá acompañar en la gestión de los sentimientos que puedan darse a partir de las emociones - producidas naturalmente ante las vicisitudes inherentes al riesgo negocial -, si queremos lograr resultados en nuestra labor que permita al emprendedor mantener en el tiempo su actividad.

⁷ Favier Dubois, E. M. (h) y Spagnolo, L. “La protección del empresario frente a la insolvencia. Emociones y decisiones” 2017 Ed. Ad-Hoc. Pág. 29

⁸ Favier Dubois, E. M. (h) y Spagnolo, L. Ob. Cit. Pág.37.

⁹ Inteligencia emocional en la gestión empresarial consultado el 29/9/2023 en https://es.linkedin.com/learning/inteligencia-emocional-en-la-gestion-empresarial/presentacion-del-curso-inteligencia-emocional-en-la-gestion-empresarial?autoplay=true&trk=course_preview&upsellOrderOrigin=default_guest_learning

La quimera del “respaldo estatal” de la moneda.

Sobre la naturaleza jurídica del bitcoin

Se afirma, dogmáticamente, que el bitcoin, no es “técnicamente” moneda porque no tiene “respaldo del Estado”. Pero, ¿Qué es el respaldo estatal de la moneda? ¿Cómo se relaciona con su naturaleza jurídica? Sostengo que: 1).- El “respaldo estatal” no hace a la naturaleza jurídica de una moneda para ser considerada dinero. 2) En Argentina, ese respaldo estatal no existe.

-El Estado

Para saber que es el “respaldo estatal”, deberíamos saber primero, por cuestiones de orden metodológico, qué es un Estado. Weber define al Estado Moderno como “una asociación de dominación con carácter institucional que ha tratado, con éxito de monopolizar dentro de un territorio la violencia física legítima como medio de dominación”¹. En su definición están todos los elementos del Estado (territorio, poder, nación).²

- 1) Es una forma de organización social. Lo primero que debemos señalar es que el Estado no es otra cosa que una forma de organización social. Dalla Via³, con cita de Heller afirma: “El Estado no es otra cosa que una forma de vida humano-social, vida en forma y forma que nace de la vida, y por eso la totalidad de la que hay que partir para poder comprender el sentido del Estado, según el método de la ciencia de la realidad es la convivencia humana”
- 2) Es una forma de ejercicio del poder.- Ortiz, distingue: “Recordemos nuevamente que por ‘Estado’ se puede entender a la comunidad toda, jurídicamente organizada, o bien el aparato de poder asentado sobre un territorio, con pretensiones de ejercer monopólicamente la violencia”⁴

Esta forma de organización social consta básicamente de tres elementos: **Poder** (entendido como la posibilidad de imponer la voluntad propia, en forma legítima sobre la de los demás. Para que se sostenga en el tiempo en su forma de dominación debe encontrar consenso de parte de los sometidos), **Territorio** (los límites geográficos donde se ejerce ese poder en forma legítima) y **Nación** (entendida como aquella parte de la población con conciencia de pertenecer al conjunto, vinculada por “poseer glorias comunes

¹ Weber, Max; “El político y el científico”; Alianza Editorial, 5ta edición, Madrid, 1979, p.92

² Dejemos de lado, por ahora, debido a cuestiones de espacio, el tratamiento de las definiciones dadas por otros autores y escuelas (Platón, San Agustín, Hegel y los contractualistas, entre otros). Su desarrollo es agradablemente tratado por Ortiz Tulio, en “Política y Estado” a donde remitimos al lector curioso. La obra de Mario Justo López, “Introducción a los estudios políticos” y la de Bidart Campos (“Lecciones Elementales de Política”), no pueden dejarse sin mención.

³ Cfr. Dalla Via, Alberto, Manual de Teoría del Estado y del Gobierno, Ed. Belgrano, Bs As, 1997, p. 41. En igual sentido, Vanossi, Bidart Campos, Justo López, Ortiz, entre otros.

⁴ Política y Estado, Ed. Estudio, Buenos Aires, 2011, p. 190

(Renan) y una voluntad común en el presente”)⁵. Bidart campos agrega un cuarto elemento, el **Gobierno** (“los hombres que asumen la jefatura, que mandan y que ejercer el poder”⁶)

El origen del Estado

Para afirmar que el respaldo estatal de la moneda es un elemento que hace a su naturaleza jurídica deberíamos corroborar si es o fue posible la existencia de algún tipo de signo monetario sin respaldo Estatal.

Porque, o bien el respaldo estatal de la moneda existió en cada ocasión en que hubo moneda, dada su necesaria existencia para que un signo monetario tenga naturaleza de tal, o bien existieron monedas sin respaldo estatal, en cuyo caso, este requisito no es necesario para que un signo monetario sea considerado dinero.

Jellinek (cuya obra congrega el reconocimiento unánime de quienes han tratado el tema), afirma: “quien pretenda comparar la horda o la familia primitiva, la polis griega, las comunidades de razas africanas o polinésicas, con la Edad Media germana y con los Estados civilizados actuales, no obtendría de estas comparaciones sino un concepto social de comunidad desprovisto de color y vacío de contenido, pero jamás una concepción jurídica concreta. La soberanía, por ejemplo o la personalidad internacional, son conceptos que corresponden puramente a la época moderna, pero no pueden servir para construir el mundo de los estados antiguos ni de la Edad Media”⁷

Es que esta forma de organización social es relativamente reciente. **El Estado moderno, comienza a formarse a partir de los siglos XV y XVI**, en Europa.

- 1) **Primera cuestión:** Evidentemente, si el Estado no existió siempre, debemos suponer que las monedas que existieron antes de su creación no tuvieron “respaldo estatal”.

Primera conclusión: Entonces, debemos concluir que si el dinero existió antes de la formación del Estado, la existencia del Estado que respalda la moneda no es requisito para que un signo monetario sea considerado dinero. La dracma griega antigua lo demuestra.

⁵ Citado por Justo López, op. cit. p. 326. El autor cita la afirmación de Heller: “la población se convierte en Nación cuando la conciencia de pertenecer al conjunto se transforma en una conexión de voluntad política”

⁶ Bidat Campos, Introducción a la política, Ediar, 5ta edición. Buenos Aires, 1999, p. 16

⁷ Jellinek.. citado por Dalla via...p. 42

- 2) **Segunda cuestión:** Para considerar que hay respaldo estatal debemos poder definir quién respalda. *¿Qué elemento del Estado sale a respaldar cuando se presenta una crisis monetaria?*⁸

Descartemos de entrada al territorio. No hay voluntad ahí. ¿Respalda el poder? ¿El gobierno? ¿Respalda la Nación?

Distinción fundamental: la **población no es** la **Nación**. La **población** es “la *totalidad de los seres humanos que conviven entre ellos, sin que importen las diferencias sociales y jurídicas*”⁹ solo es el conjunto de habitantes de un Estado. En cambio hay **Nación** cuando *una parte de esa población tiene conciencia de pertenecer al conjunto con una voluntad común*.

El caso argentino.

*“Las penas son de nosotros,
las vaquitas son ajenas...”*

Veamos cómo funciona este supuesto “respaldo estatal de la moneda” en la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Tomemos como punto de partida la **crisis económica del 2001**. Recordemos que esa crisis tuvo su origen en la voluntad de sostener la paridad 1=1 entre el peso argentino y el dólar estadounidense¹⁰ Recordemos que las personas que tenían sus ahorros en dólares, vieron “*pesificados*” sus ahorros a una razón distinta a la del 1=1 en que habían efectuado sus depósitos.

En “*Smith*” (febrero de 2002), la Corte sostuvo la inconstitucionalidad de las normas de indisponibilidad de los depósitos bancarios. Consideró entonces que la restricción a la libre disponibilidad de los depósitos era irrazonable por afectación a los art. 14 y 17 de la Constitución Nacional. También en “*San Luis*” (marzo de 2003), declaró la inconstitucionalidad de la pesificación de los depósitos. Sin embargo, en “*Bustos*” (octubre de 2004), el criterio cambió. **La Corte Suprema convalidó las restricciones financieras. Entendió que eran razonables teniendo en cuenta la situación de emergencia económica.** Mismo criterio siguió en los casos “*Massa*” (diciembre de 2006), “*Rinaldi*” (marzo 2007) y “*Bessi*”. En este último se justifica con base **en el principio del “esfuerzo compartido”**. Sostiene que *las partes no pueden pretender la recomposición absoluta del equilibrio inicial, sino sólo*

⁸ Desde ya que puede afirmarse con Heller que el Estado es más que la suma de sus elementos individuales, pero lo cierto es que en la práctica, hay una decisión voluntaria que es tomada solo por uno de esos elementos como veremos.

⁹ Justo Lopez, op. cit. p. 323

¹⁰ Originalmente, el austral y el dólar. Cfr. Ley de convertibilidad.

readecuarlo según el nuevo contexto imperante, por lo que **ambas partes deben aportar su cuota de sacrificio.**

Lo primero que se observa es que ningún respaldo hubo el Estado. **¿Dónde está ese respaldo? ¿Qué elemento del Estado respaldó?**

Las decisiones en materia económica y especialmente monetaria fueron tomadas por un elemento del Estado (poder-gobierno, no siempre cumpliendo con las promesas de la campaña electoral), mientras que la solución del problema recayó sobre la población **que no es siquiera un elemento del Estado.**¹¹

Segunda conclusión: En Argentina el Estado no respalda la moneda. Es la población quien lo hace soportando con mansedumbre las consecuencias. **En la doctrina del “esfuerzo compartido”, el único que no respaldó la moneda fue el Estado.** El “esfuerzo” se “compartió” entre acreedores y deudores. Sin emitir juicio de valor sobre la doctrina y sus virtudes (que las tiene), lo cierto es que si analizamos la situación resulta evidente que ante un problema del valor de la moneda (solo atribuible a las decisiones tomadas por el poder político de turno), las consecuencias fueron enteramente absorbidas por los tenedores de dicha moneda sin ningún tipo de “respaldo estatal”.

Gabriel Cauterucci.-

¹¹ Distinto es el caso de la Reserva Federal norteamericana, por ejemplo en el caso de Silicon Valley Bank donde aseguró los depósitos de los ahorristas y realizó salvatajes de bancos. El tema excede este trabajo.

LA FIRMA DIGITAL Y LA FIRMA ELECTRÓNICA ENFRENTADAS, LA HISTORIA CONTINÚA A LA ESPERA DE UNA REFORMA LEGISLATIVA

LXXVIII ENCUENTRO DE INSTITUTOS DE DERECHO COMERCIAL DE COLEGIOS DE ABOGADOS DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES.

Mar de Ajó, noviembre de 2023

AUTOR: Dra. Marcela Fabiana Civallero

COLEGIO: Lomas de Zamora

PONENCIA: Desde la modificación introducida por Ley 27444 al Decreto-ley 5.965/63 de letra de cambio y pagaré, se permite generar ese título por medios electrónicos. Así fue que la industria fintech se hizo presente en el ecosistema digital ofreciendo créditos mediante sus plataformas virtuales, en forma ágil y fácil para el público usuario. Sin embargo, como he tratado en ponencias anteriores, la dificultad se presentó al momento de promover el juicio ejecutivo. En efecto, la cuestión de la firma electrónica inserta en el título valor electrónico despertó diversas posturas sin que hasta el momento haya sido posible unificar criterios.

INTRODUCCION: La cuestión central en materia de un pagaré electrónico radica en la firma del mismo. Va de suyo que nos encontraremos ante una firma digital o una firma electrónica. Si la firma es digital no existe problema ya que se reconoce a la misma una equivalencia funcional con la firma ológrafa en virtud de lo dispuesto por el art. 288 del Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante CCC). La realidad es que en la práctica no se utiliza masivamente la firma digital, ya que casi todos esos títulos valores son suscriptos en forma electrónica, mediante un click aceptando términos y condiciones, o suscribiendo con la grafía de la firma ológrafa de quien se obliga al pago en un panel, entre otras variantes.

La realidad es dinámica. En pocos años se han multiplicado los contratos electrónicos de todo tipo y entre ellos, los de mutuo dinerario y el Derecho debe acompañar esa realidad con el objetivo de brindar seguridad jurídica.

La Ley 25.506 de Firma Digital data del año 2001, vale decir que ha sido de avanzada para la época, pero irrumpió con fuerza en la última década cuando crecieron los contratos electrónicos. Sin embargo, un porcentaje muy reducido de la población es titular de una firma digital, con arreglo a la norma vigente. Por su parte, la gran mayoría recurre a la firma electrónica aún sin saberlo, al suscribir un correo electrónico, un mensaje de Whatsapp o simplemente al aceptar términos y condiciones por Internet.

EL PROBLEMA DE LA FIRMA ELECTRÓNICA

En este escenario coexisten la firma ológrafa, la firma digital y la firma electrónica. En muy apretada síntesis debo señalar que la firma ológrafa es aquella grafía de puño y letra de quien desea exteriorizar su voluntad. En el medio informático, nos encontramos con la firma digital y la electrónica, quedando enfrentadas como una consecuencia de la legislación vigente.

Si pudiéramos visualizar en un escenario imaginario a ambas firmas nos encontraremos que en un lado está la firma digital, que es aquella a la cual se aplica un procedimiento matemático que requiere información de exclusivo conocimiento del firmante (clave privada) y que es susceptible de verificación por terceras partes (Art. 2 Ley 25.506 LFD). Asimismo, conforme el art. 3 de la Ley 25506 (LFD) el requisito de la firma ológrafa queda satisfecho con una firma digital. La ley agrega además dos presunciones de gran importancia en sus Arts. 7 y 8, la presunción de autoría respecto del emisor de la misma y la de integridad del instrumento, vale decir presume que el mismo no fue alterado desde su creación. Se completa este lado de la escena con el Código Civil y Comercial de la Nación que en el año 2015 en su art. 286 ha dado equivalencia funcional a los documentos en soporte papel con los documentos electrónicos. En relación a la firma, resultaría claro el art. 288 del CCC respecto a la equiparación entre la firma ológrafa y la firma digital. Así el art. 288 del CCC expresamente dice que el requisito de la firma quedará satisfecho si se utiliza una firma digital que asegure indubitadamente la autoría e integridad del instrumento. Queda claro que se encuentra

en total concordancia con la Ley 25.506 ya que alude a firma digital e integra las dos presunciones contenidas en sus arts. 7 y 8. Así queda configurado el bando de la firma digital, con todo el sustento legal que la respalda.

Frente a ello, encontramos a la firma electrónica, la cual es regulada por el art. 5 de la Ley 25506 que la define en forma residual como aquella a la que le falta un requisito para ser firma digital, y la misma será válida si no es desconocida por aquella persona a la quien se le atribuye. Nada más...ni nada menos. Sola, del otro lado del escenario, la firma electrónica únicamente cuenta con esta regulación y con una realidad que la impone por la fuerza de los hechos. Parecería que en ese escenario imaginario que planteo, la firma electrónica se presente desprovista de regulación y de seguridad alguna. Sin embargo, en especial en épocas de pandemia crecieron exponencialmente múltiples contratos celebrados por Internet firmados con firma electrónica, entre ellos los préstamos de sumas de dinero.

Ante ello, varios interrogantes se presentan. ¿Es lógico tener a esos contratos por instrumentos particulares no firmados conforme los arts. 287 y 288 del CCC, cuando agilizan las diversas operaciones? ¿No será necesario realizar una interpretación más amplia de las normas vigentes, resguardando siempre las garantías constitucionales que hacen al derecho de defensa en juicio? Mientras el Derecho sigue corriendo detrás de los hechos, hoy más que nunca por el dinamismo que los avances tecnológicos nos imponen, seguimos esperando una necesaria reforma legal en este tema. Pero, los conflictos llegan a los Tribunales y los jueces deben resolverlos.

EVOLUCION DE LA JURISPRUDENCIA.

Como siempre, en todos los temas nos encontramos con una postura sumamente restrictiva, que es aquella que se aplicó en forma casi unánime en especial desde comienzos del año 2020 entre los jueces de Primera Instancia de la Justicia Nacional en lo Comercial en especial y algunos de la Pcia. de Buenos Aires, quienes han resuelto en forma casi unánime el rechazo “in limine” de los juicios ejecutivos en los cuales el título en el cual se basaban eran pagarés suscriptos con una firma electrónica.

En estos tres años, los fallos han ido evolucionando en el sentido de salir de la letra rígida de la ley y prestar atención a lo que ocurre en la realidad. En tal inteligencia, se

inclinaron por aplicar una preparación de vía ejecutiva para los pagarés con firma electrónica. Si bien el Código Procesal Civil y Comercial tanto en lo nacional como en la Provincia de Buenos Aires no lo imponen como un requisito en los pagarés en formato papel con su correspondiente firma ológrafa, en el caso de pagarés electrónicos, esta es la vía que han encontrado los Magistrados para transitar un camino intermedio. El recurso entonces es citar al presunto deudor a reconocer la firma electrónica que se le atribuye, en una suerte de preparación de la vía ejecutiva prevista por el art. 525 del CPCC (art. 523 CPCC Pcia. Bs. As.) que se lleva a cabo para la integración de un título a fin de que cumpla con los requisitos del art. 523 del CPCC (art. 521 CPCC Pcia. de Bs. As.) y traiga aparejada una ejecución.

POSTURA RESTRICTIVA

Esta fue la primera interpretación que realizó la Justicia Nacional en lo Comercial y los de la Pcia. de Buenos Aires, en los primeros fallos en el año 2020. La cuestión parecía no admitir posturas en contrario, ya que aplicaba los arts. 287 y 288 del CCC junto con la LFD y ante ello, se tenía por no firmado el instrumento. Es por ello que si no está firmado el pagaré, conforme la equivalencia funcional entre la firma ológrafa y la digital, ¿qué firma vamos a citar a que el presunto deudor reconozca, si justamente la legislación lo tiene como instrumento no firmado?

En tal sentido se ha resuelto: “...Consecuentemente, dado que la firma electrónica no es equivalente a la firma ológrafa, cabe concluir que el contrato de mutuo cuya ejecución se pretende carece del requisito esencial de la firma para su cobro por la vía ejecutiva conforme el cpr. 523:2 y 525:1, y como tal no procede su preparación de la vía ejecutiva pues constituye un documento privado no firmado...”(Wenance S.A. c/ Diaz, Luis Alberto s/Ejecutivo. Expte. N° 34921/2019, Juzg. Comercial N°16 Sec N° 160, 18/02/2020, Dr. Hernán Diego Papa. Juez)

En la misma inteligencia, se resolvió en autos “Wenance S.A c/Melgarejo, Sandra Isabel s/Ejecutivo” (Juzg. Nac. en lo Comercial N° 24, 13/02/2020) y “Wenance S.A. c/Gamboa Sonia Alejandra s/Ejecutivo” (Juzg, Nac. en lo Comercial N° 23, 14/02/2020)

Por su parte, en la Pcia. de Buenos Aires, la Cámara en lo Civil y Comercial de San Isidro, Sala II, en autos “Afluenta S.A. c/Celiz María Marta s/Ejecutivo” el 14/12/2021 se pronunció en el mismo sentido: “...pretende prepararse la vía ejecutiva respecto de un mutuo suscripto...con firma electrónica, es claro que no puede considerarse que el instrumento ejecutado haya satisfecho el requisito de firma previsto en el Código sustancial aludido, y que, por ende, sea un instrumento privado. Para que ello ocurriera, nos vemos forzados a concluir que debió contar, en rigor, con firma manuscrita o digital del deudor (cfr. Arts. 288 del CCyCN y 3° de la Ley de Firma Digital mencionada...”

Con estos argumentos es que la postura restrictiva, rechaza “in limine” los juicios ejecutivos promovidos por las fintech con motivo de pagarés y/o contratos de mutuo suscriptos con firma electrónica, ordinarizándose el proceso. Vale decir, que la ejecutante perdía los beneficios de rapidez de un juicio ejecutivo, saliendo del marco acotado de conocimiento.

No debemos perder de vista que esta postura fue prácticamente uniforme durante el año 2020, respecto a relaciones jurídicas nacidas en años previos a la pandemia. Eso influyen en el sentido que a la luz del aislamiento, debieron flexibilizarse muchas normas en los largos meses que los ciudadanos debíamos permanecer en los hogares. En mi opinión, ello empujó a que los Tribunales contemplaran diversas situaciones, dando nacimiento a decisiones jurisprudenciales más amplias.

POSTURA AMPLIA

Nos encontramos ante muchos fallos que contemplan una solución más flexible, en concordancia con la realidad de los hechos, que se traduce en que no es masiva la utilización de la firma digital. La gente no gestiona un certificado de firma digital salvo que sea absolutamente necesario para realizar algún trámite.

Ello fue receptado, por fallos de Cámara, dando lugar a esta postura amplia. Así la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Lomas de Zamora, Sala III in re “Afluenta S.A. c/Oliva, Josefina Belén s/Cobro ejecutivo” Causa: LZ-43787-2021, el 13/04/2022 ha resuelto: “...ponderamos que del sistema de la ley 25506 surge que puede emitirse un documento que contenga un título ejecutivo por vía de la firma

digital, agregando que en atención a la diferencia entre firma digital y electrónica en nuestra ley, estima que esta última es hábil para preparar la vía ejecutiva, ya que se trata de un documento que requiere confirmación por el firmante (Falcón, Enrique M, «Juicio ejecutivo, ejecuciones especiales...», 3ª ed. ampl. y actuali, Ed. Rubinzal – Culzoni, Tº I; Santa Fé, págs. 338, 357 y 404).... la firma electrónica al igual que la firma digital o la ológrafa, permite identificar a su emisor... en definitiva, concluyen que la eficacia identificadora de la firma electrónica, no puede ser desmerecida como una forma válida para la celebración de cualquier acto jurídico (salvo aquellos en que exista otra solemnidad fijada por el orden jurídico) y, en consecuencia, goza de eficacia legal para ser utilizada en la celebración de contratos electrónicos, permitiendo calificar al documento como «firmado» ...” (www.scba.gov.ar).

Idéntica solución tuvieron los autos “Afluenta S.A. c/Celentano Acevedo Santiago Egidio s/ Cobro Ejecutivo” (LM-2645-2022, Cám. Apelac. Civil y Com. La Matanza, Sala I, Mag. Vitale, Perez Catella y Dongo, 08/06/2022), señalándose en este fallo que el derecho debe adecuarse a la realidad, acompañando los cambios. Ello exige mayor versatilidad e imponen a los jueces la adopción de posturas más proactivas, que estén en consonancia con la innovación y el desarrollo tecnológico, adecuando y armonizando la aplicación de las normas a dichos avances, en pos de agilizar los procesos, hacerlos más expeditos, efectivos y sencillos, sin dejar por ello de resguardar los derechos y garantías de cada una de las partes involucradas y agrega que “...una interpretación más amplia del texto del artículo 288 del CCyCo., la cual comparto, ha afirmado que «la terminología utilizada en la norma deberá interpretarse inclusiva de cualquier procedimiento que se desarrolle en el futuro que asegure autoría e integridad del documento aun cuando sus características técnicas sean diferentes a la firma digital conocida en la actualidad».(D’Alessio, Carlos M.: «Código Civil y Comercial de la Nación, comentado» – Lorenzetti, Ricardo L. (Dir.) – T. II – Ed. Rubinzal-Culzoni – Bs. As. – 2015 – pág. 121). ...” Entre los argumentos de esta sentencia y frente a la presunción de autoría con que cuenta la firma digital, señala el magistrado que si una firma ológrafa puede ser falsificada y ante el desconocimiento de la misma por aquel a quien se le atribuye, debiéndose recurrir a una pericia para dilucidar ello, por qué no puede aplicarse lo mismo a una firma electrónica que pueda ser desconocida por el sujeto, ordenándose en caso de desconocimiento la pericia informática pertinente. Se resolvió pues ordenándose la preparación de la vía ejecutiva.

En el mismo sentido, se resolvió en autos “Sift S.A. c/Mendoza Carolina Daniela s/Cobro Ejecutivo” Exp N°: LZ-1632-2022, Cam. Apelac. Civ y Com de Lomas de Zamora, Sala I, Mag. Rodiño y Moreda, 16/09/2022), con argumentos similares a los arriba citados, tomando como elemento de convicción el hecho que el dinero objeto del mutuo había sido transferido por la parte actora a la cuenta de titularidad del ejecutado. Sin embargo, ejemplifica una situación que todos hemos vivido en tiempos de pandemia. En efecto, hace hincapié en la utilización de la firma electrónica por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que a través de las acordadas 11 y 12 del año 2020 autorizó el uso de la firma electrónica para la suscripción de resoluciones en el ámbito de dicho Tribunal y de los inferiores, prescindiendo en tal caso del soporte papel. Si bien la Corte no desconoce lo que dispone el art. 288 del Código Civil y Comercial de la Nación, la propia acordada explica que se sigue el sendero de la firma electrónica, dada la imposibilidad de proceder a dotar a los magistrados de firma digital en ese momento de aislamiento debido a las medidas dictadas en el contexto de la Pandemia de Covid-19. Sin embargo, actualmente, ya finalizadas las medidas de aislamiento permanece vigente y en pleno uso en el ámbito de la Justicia Nacional ese tipo de firma. Así pues, esta postura amplia se refuerza con lo dispuesto por el art. 1 del CCC en cuanto determina que los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho.

Por último, recientemente en autos “Banco de la Provincia de Buenos Aires c/Juarez, Leandro Sebastián s/cobro ejecutivo” (Expte MP-34859-2022), Cám. Apelac. Civil y Com. de Mar del Plata, la Sala I, en fecha 15/08/2023 se ha pronunciado por la postura amplia, expidiéndose en diversos conceptos tales como la libertad de formas y el principio de libertad para probar los contratos (arts. 284, 28, 105 y 1019 del CCC), expidiéndose en el sentido de que un documento digital suscripto mediante firma electrónica acredita la manifestación de voluntad y perfecciona el acto jurídico en los casos en que las normas no exijan formalidad alguna y resultará válida si no fuere desconocida por su autor. (Voto del Dr. Alfredo Mendez)

CONCLUSION

El debate sigue instalado y lejos estamos de tener una postura uniforme. Ambas posiciones tienen su grado de razón. Por un lado, la letra del art. 288 del CCC y la Ley 25.506 son claros y tajantes en cuanto a la equivalencia funcional entre las firmas ológrafa y digital. Por otro lado, aplicar la letra rígida de la ley en una realidad por demás dinámica y cambiante producto de los avances tecnológicos que nos atraviesan, puede entenderse como dar la espalda a los hechos cotidianos.

Como decía al comienzo, estamos ante dos escenarios claramente diferenciados. A un costado, está la firma digital con las fortalezas que le otorgan las normas ya citadas, pero frente a ella, se encuentra la firma electrónica, sin presunción alguna a su favor, pero con la fuerza que le da la utilización masiva, imponiéndose por la prepotencia de los hechos.

En un primer momento, hace ya tres años, mi postura era tajante, y me inclinaba por pensar que un documento suscripto con firma electrónica, por aplicación del art. 288 del CCC era un instrumento particular no firmado (art. 287 del CCC). Sin embargo, los argumentos recogidos por los fallos que podemos enrolar en la postura amplia, demuestran que la rigidez está lejos del dinamismo de la era digital.

Es imprescindible una reforma legal que le otorgue eficacia a la firma electrónica, delimitando cuáles tipos de firma electrónica serán hábiles para obligar al sujeto que exterioriza su voluntad en un acto jurídico. No es lo mismo un mensaje de Whatsapp que una firma digitalizada que se realiza en un panel, como tampoco lo es aquella en la cual una persona se identifica en una plataforma con datos biométricos y luego exterioriza su voluntad.

Mientras esperamos esa reforma legislativa, mientras aguardamos que el Derecho alcance a los hechos que le llevan ventaja, debemos ser cuidadosos para resguardar los derechos de las partes en el proceso, persiguiendo siempre la garantía constitucional de defensa en juicio y la seguridad jurídica.

LA FIRMA ELECTRONICA, LA AUTOSUFICIENCIA DEL TITULO VALOR ELECTRONICO Y LA INCORPORACION DE LA PRUEBA... ESTO, RECIEN EMPIEZA...

LXXVIII ENCUENTRO DE INSTITUTOS DE DERECHO COMERCIAL DE COLEGIOS DE ABOGADOS DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES.

Mar de Ajó, noviembre de 2023

AUTOR: Dra. Marcela Fabiana Civallo

COLEGIO: Lomas de Zamora

PONENCIA: Estamos frente a desafíos constantes, producto de la aplicación de las nuevas tecnologías a la vida cotidiana. El mundo del Derecho no escapa a ello, sino que por el contrario, se ve atravesado por conceptos como documento electrónico, firma digital versus firma electrónica y un nuevo proceso judicial: el proceso electrónico.

La salvedad está en el Código de Procedimientos en lo Civil y Comercial que nos rige, el cual ha quedado desactualizado frente a las nuevas formas de contratación, las cuales serán protagonistas en esos nuevos procesos judiciales y por consiguiente, se constituirán en materia probatoria.

Los jueces, como sujetos que deberán dictar sentencia en casos de contratos electrónicos son interpelados por las nuevas realidades y en virtud del art. 3 del Código Civil y Comercial (CCC) deberán resolver. Así, llegan a sentencias que terminan siendo “creativas” aunque muchas veces se camine peligrosamente por una cornisa que pueda significar dejar de lado la seguridad jurídica.

DESARROLLO: Para esta ponencia, he tomado como base un fallo recientemente dictado por la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, el 15 de agosto de 2023, en los autos caratulados “Banco de la Provincia de Buenos Aires c/Juarez, Leandro Sebastián s/Cobro Ejecutivo” (Expte. N° 176660)¹

Se trata de un contrato de mutuo, celebrado y ejecutado por medios electrónicos que ante el incumplimiento por el obligado al pago, al verse obligado el acreedor de recurrir a la vía judicial, sufre en Primera Instancia el rechazo “in limine” de su pretensión. Así,

se rechaza la ejecución y se ordena a la actora adecuarse a la vía de un juicio de conocimiento.

Así llega a la Alzada, resultando un fallo interesante, aunque la suscripta no coincide plenamente con todos los conceptos allí expuestos.

Para ser gráficos y dinámicos, debo destacar que el primer voto del Dr. Alfredo Mendez, a cual adhiere del Dr. Cataldo, transita por tres andariveles que desarrollaré a continuación.

I) Contratos electrónicos y la cuestión de la eficacia de la firma electrónica en contraposición con la firma digital.

II) La autosuficiencia del título valor electrónico.

III) La incorporación de la prueba electrónica a un proceso judicial

I) CONTRATOS ELECTRÓNICOS Y LA CUESTIÓN DE LA EFICACIA DE LA FIRMA ELECTRÓNICA EN CONTRAPOSICION CON LA FIRMA DIGITAL.

El primer lugar la sentencia hace referencia a un concepto novedoso, tal es el de “pretensión informática” pues los hechos que motivan la pretensión “...ocurrieron íntegramente en un ámbito informático; la pretensión informática constituye una pretensión procesal cuyo objeto está referido exclusivamente a hechos o actos jurídicos ocurridos en o realizados a través de medios informáticos (Conf. Veltani, Juan Darío, “Estrategia probatoria electrónica prejudicial”, en “Derecho Procesal Electrónico Práctico”, Ed. Albremática, El Dial.com contenidos jurídicos, Director: Carlos Camps, versión digital, Bs. As., 2021, capítulo 3, pág. 116; Camps, Carlos, “El Derecho Procesal electrónico, la pretensión informática y la eficacia del proceso”, en “Tratado de Derecho Procesal Electrónico”, Ed. La Ley, Bs. As., T. I, 2015, versión proview, Capítulo I)... Debo decir que la masividad en la utilización de dispositivos electrónicos es hoy una realidad y ello logró que cualquier interesado acceda a un mutuo dinerario con celeridad superlativa; sin embargo, la celeridad propia de los desarrollos tecnológicos no se observa acompañada de la seguridad que demanda el ordenamiento legal para brindar tutela efectiva al acto jurídico efectuado en un ecosistema digital; es necesario el diseño de estructuras procesales que contemplen las nuevas tecnologías para la reclamación judicial (Conf. Pastore, José Ignacio, “Vías procesales para el recupero del título electrónico”, L.L., 2022-D, pág. 466, La Ley online cita TR LALEY AR/DOC/2315/2022; Altmark, Daniel R.-Guini, Leonor G., “Firma electrónica. Valor jurídico y probatorio. Título ejecutivo”, RCCyC 2022 (diciembre), pág. 61, La Ley online cita TR LALEY AR/DOC/3106/2022). ...” (Punto I del fallo en análisis).

De esta manera propone el Magistrado que esta realidad impone a los operadores jurídicos hallar soluciones innovadoras y citando a Morello cuando señalaba que el Juez no puede ser un “fugitivo de la realidad” pues está inmerso en ella. ²

Así llega pues a la cuestión ya debatida cientos de veces de la validez o no de la firma electrónica frente a la firma digital, con el marco jurídico de nuestro ordenamiento, conforme art. 288 del CCC, Ley 25.506 y concordantes.

Va de suyo que en el contrato electrónico de mutuo que motiva esta litis, el obligado al pago exteriorizó su voluntad mediante una firma electrónica y esta es la cuestión medular por las razones de que la misma parece haber sido dejada de lado ex profeso por el art. 288 del CCC.

En la discusión doctrinaria respecto al género y especie de ambas firmas, la sentencia señala “...*Se debe aclarar que los conceptos de firma digital y firma electrónica no constituyen una relación de "género y especie" pues ni la "firma digital" es una especie de "firma electrónica" ni la "firma electrónica" es una especie de "firma digital"; debería decirse que ambas firmas son especies de un género más amplio que no se encuentra legislado en nuestro derecho y podría denominarse como "firmas informáticas" (Conf. Mora, Santiago J., "Sobre firmas electrónicas, digitales y el cobro judicial de los créditos celebrados a distancia", La Ley online cita TR LALEY AR/DOC/1081/2023)...*” (Punto I de la sentencia en análisis)

En mi opinión ese concepto aportado por Santiago Mora y que toma el fallo resulta interesante y abarca la multiplicidad de maneras que en el medio digital contamos para exteriorizar nuestra voluntad contractual, ya sea el “click wrap” con el mouse de la computadora, ya sea el “touch” de la pantalla del Smartphone, ya sea mediante la grafía de nuestra firma ológrafa realizada con el dedo en un panel de una aplicación, entre otras. Luego, dependerá de la legislación aplicable, el mayor o menor valor que se le otorgará a cada una de ellas.

Para zanjar la cuestión, el magistrado se expide “...*a partir del principio de libertad de formas y del principio de libertad para probar los contratos establecidos por el CCyC que se desprenden de los arts. 284, 285, 1015 y 1019 del CCyC, un documento digital que se encuentra suscripto mediante firma electrónica acredita la manifestación de voluntad y perfecciona el acto jurídico en todos aquellos casos en que las normas no exijan formalidad alguna; tal firma resulta válida en tanto no resulte desconocida por su autor ya que en dicho caso quien la invoca deberá acreditar su validez, según lo expuesto supra; pueden utilizarse múltiples vías para la acreditación de la voluntad con amplitud probatoria para su interpretación y ello debe ser apreciado por el juez quien debe ponderar, entre otras pautas, la congruencia entre lo sucedido y narrado, la precisión y claridad técnica del texto, los usos y prácticas del tráfico, las relaciones precedentes y la confiabilidad de los soportes utilizados y de los procedimientos técnicos que se apliquen (art. 319 del CCyC)...*” (Punto I de la sentencia en análisis)

En mi opinión, el problema radica aquí en que el Juez hace referencia a la “amplitud probatoria” para poder tener por firmado un contrato electrónico mediante la firma electrónica, la cual puede ser desconocida por aquél a quien se le atribuye, quedando la prueba de la autoría de la misma en cabeza de quien la invoca.

“Amplitud probatoria” es un concepto propio de un juicio de conocimiento, de un proceso ordinario. Tal es el camino seguido por la que da en llamarse tendencia restrictiva respecto a la valoración de los documentos que cuentan con firma electrónica. Así una profusa jurisprudencia ha rechazado “in limine” juicios ejecutivos que se sustentan en documentos con firma electrónica, justamente por el acotado margen de conocimiento de los procesos ejecutivos, en los cuales en honor a la celeridad de los mismos, son limitadas las defensas y el marco probatorio que las partes podrán desplegar. Cuando es necesario ir a un marco de amplitud probatoria, la parte actora deberá llevar a cabo un juicio de conocimiento, con las desventajas en cuanto a celeridad que el mismo conlleva.

Por ello, disiento con el pronunciamiento ya que en pos de una creatividad y de hallar soluciones innovadoras se habla de amplitud probatoria en un proceso ejecutivo desnaturalizando el mismo. El magistrado finalmente ordena la preparación de la vía ejecutiva, citándose al presunto deudor a que reconozca o desconozca la firma electrónica que se le atribuye, en concordancia con múltiples fallos que se enrojan en la postura amplia. A mi entender fue “poco feliz” la argumentación respecto a ampliar el marco de conocimiento del juicio ejecutivo. Sin embargo, resultaría adecuado citar al presunto deudor a reconocer o desconocer la firma y en este último caso, la prueba debería circunscribirse a la prueba pericial informática.

Finalmente y tratándose la parte actora de una entidad financiera, el sentenciante basa su decisorio en las Comunicaciones A 6059, 6068 y 6072 del BCRA en cuanto admiten la instrumentación de documentos en soportes electrónicos en la medida que sean inalterables y que se puedan realizar sobre los mismos las verificaciones periciales necesarias para probar la autoría y autenticidad de los datos consignados. Ejemplifica acerca del uso del “homebanking” por la población, calificando a la exteriorización de la voluntad que se efectúa por esos medios, como una firma electrónica “robusta o calificada” por cuanto los estándares de seguridad hoy vigentes combinan por los menos dos factores de validación: contraseña (“algo que sé”), datos biométricos (“algo que soy”) o un token (“algo que tengo”). Concluye en una solución pragmática teniendo en cuenta que la firma electrónica es la más utilizada por la población en cuanto a la facilidad de su implementación, destacando que la firma digital solamente llegó a ser adoptada en gran parte del sector público y entes estatales, pero no logró imponerse en el sector privado.

Por ello, tiene por cumplido el requisito de la firma como manifestación de voluntad a los fines de perfeccionar el acto jurídico, en este caso el contrato de mutuo que se pretende ejecutar.

II) AUTOSUFICIENCIA DEL TITULO VALOR ELECTRONICO

Todos sabemos que uno de los requisitos esenciales del título ejecutivo es que debe bastarse a sí mismo. Sin embargo, en la sentencia que bajo análisis, el Juez señala que debe empezar a distinguirse qué debe entenderse por autosuficiencia cuando se trata de instrumentos creados y alojados en entornos digitales, lo cual no sería lo mismo que los títulos en papel.

Señala el decisorio que la tendencia actual en la mayoría de las plataformas o aplicaciones de contratación es obtener el consentimiento del usuario a través de un enlace o link con la expresión "aceptar"; para ello es necesario que exista una previa registración en el sitio y una validación de la identidad del sujeto, cuyas exigencias pueden ser de mayor o menor rigurosidad dependiendo de las políticas de seguridad allí empleadas. De esta manera, el usuario acepta términos y condiciones que ya fueron predeterminados por el oferente, sin posibilidad de discutirlos y que normalmente están distribuidas en varias pestañas o ventanas. Esa modalidad se traduce en un instrumento privado conformado por diferentes archivos electrónicos que hacen al registro de la información necesaria para el perfeccionamiento de la voluntad obligacional.

Sostiene la sentencia que *“...la circunstancia que se trate de un título ejecutivo compuesto o integrado (en la medida que requiere de la conformación de distintos instrumentos para construir los términos del negocio causal: los sujetos intervinientes, monto del préstamo, entrega, modo, plazo, lugar y fecha de devolución, tasa de interés a aplicar, etc.) no atenta con el carácter de autosuficiente que debe poseer todo título ejecutivo, siempre que de esos documentos se extraiga toda la información necesaria que configuren los requisitos de validez para darle fuerza ejecutiva al título (Conf. Cám. Apel. Civ. y Com., La Matanza, Sala II, "Afluenta S.A c/ Celentano Acevedo, Santiago Egidio s/ Cobro ejecutivo", 8/6/22, La Ley online cita TR LALEY AR/JUR/83872/2022). ...- En base a lo expuesto precedentemente, y al entender que el documento electrónico firmado con firma electrónica tiene, desde el punto de vista probatorio y con los alcances fijados supra, plena eficacia jurídica pues es la expresión de un instrumento privado firmado donde se consigna una suma exigible y líquida o fácilmente liquidable, no cabe duda entonces que dicho documento es susceptible de tramitar mediante el proceso ejecutivo y debe ser reconocido judicialmente como instrumento hábil para la preparación de la vía ejecutiva. ...Es que si se insiste con el criterio restrictivo para privarlo de la posibilidad de preparación de la vía ejecutiva, ello implicaría pedirle al documento electrónico algo que no se le pide al documento en papel como condición para ser tenido como título ejecutivo, que es que tuviera exclusivamente firma certificada, porque ese es el efecto práctico de la firma digital en un documento electrónico...”*

En consecuencia, la sentencia concluye en que la preparación de la vía ejecutiva es el modo más idóneo para dotar al mutuo suscripto con firma electrónica de los efectos de un título ejecutivo.

La cuestión es mantener el marco acotado de conocimiento de un proceso ejecutivo, una vez preparada la vía, ya que el concepto de amplitud de la prueba detallado por el magistrado, justamente no es el que se aplica en este tipo de procesos. Será pues otro de los desafíos.

III) LA INCORPORACION DE LA PRUEBA ELECTRÓNICA A UN PROCESO JUDICIAL

El tercer eje que podemos tomar del fallo en análisis es la manera en que los abogados incorporamos los documentos electrónicos al proceso judicial, en calidad de prueba documental.

El problema es complejo, partiendo de la base que los actores y protagonistas del expediente, somos los abogados y jueces y en la generalidad contamos con conocimientos informáticos muy básicos. No es fácil incorporar los documentos con los cuales pretendemos acreditar nuestra pretensión, cuando los mismos nacieron y se ejecutaron en el medio virtual.

Hay quienes creyeron que haciendo una impresión del contrato de mutuo que se veía en una pantalla, era suficiente para acreditar el contrato electrónico en cuanto a su celebración, cláusulas y su firma.

Resulta ilustrativo en tal sentido el fallo dictado el 16/03/2023 en los autos caratulados “Banco de la Provincia de Buenos Aires c/ Cassano Johana s/ cobro sumario sumas de dinero” por la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata (Fuente: scba.gov.ar). En estas actuaciones el Banco promueve demanda por cobro de pesos contra la accionada, quien ha obtenido un préstamo de dinero por medios electrónicos. Además de la cuestión de la firma electrónica, los Magistrados se expiden en cuanto a la incorporación de los documentos electrónicos que revestirán el carácter de prueba documental en el proceso.

Así sostuvo que “...Se advierte una confusión entre las formas de la contratación invocada en la demanda, donde se hace referencia a un negocio celebrado por un carril enteramente electrónico, y la prueba ofrecida que pareciera versar sobre una forma instrumental.”

“En el marco de la contratación electrónica, es menester asumir una conducta sumamente prudente y criteriosa a la hora de evaluar los requisitos cautelares, considerando los riesgos propios de la modalidad ofrecida por el banco y la incertidumbre que se tiene -al inicio de un proceso aun no bilateralizado- sobre la autoría de la firma electrónica”.

Volviendo al fallo que nos ocupa, en este punto la sentencia reza: “...En casos como el presente, donde se requiere la constitución de pruebas de origen electrónico, las partes -en este caso, el ejecutante- deben incorporarlas como fundamento de sus pretensiones pues solo de esa manera pueden dictarse sentencias que sean resultado de una adecuada y razonable valoración de la realidad que los sujetos procesales utilizan como antecedentes de sus pretensiones y que permiten la correcta determinación del derecho aplicable (Conf. Bielli, Gastón-Ordoñez, Carlos, "La prueba electrónica", Ed. La Ley. Bs. As., 2019, pág. 241). El documento electrónico se debe ofrecer como prueba documental con algún medio o adminículo adecuado que lo contenga y bajo la estricta observancia de la normativa procesal establecida para este medio de prueba en todas sus facetas (arts. 332, 333, 334, 395 y ccdtes. del CPCC; Quadri, Gabriel, "Prueba electrónica: parte general", en "Derecho Procesal Electrónico Práctico", obra citada, capítulo 9, págs. 405/406). Y si bien no hay firma de las partes ni escritura en el sentido de grafía, ninguna duda cabe de que estas transacciones han quedado registradas y documentadas aun cuando cueste precisar cómo deben acreditarse. No debe olvidarse que todo documento requiere para su representación de un soporte; la representación de un hecho mediante un objeto debe expresarse por un medio permanente que permita su reproducción, para que tenga valor documental, que es la forma por excelencia de su representación; podemos incluir en este género a los soportes electrónicos y digitales, que son elementos que permiten almacenar la información para su tratamiento y recuperación (discos rígidos, discos compactos (CD/DVD), cintas magnéticas, memorias portátiles, etc.), considerados como equivalentes al soporte papel, en tanto medios capaces de contener o almacenar información para su posterior reproducción con fines representativos (Conf. Altmark, Daniel-Molina Quiroga, Eduardo, "Tratado de Derecho Informático", Ed. La Ley, Bs. As., 2012, T. I, versión proview, capítulo 3, puntos n° 2.2 y n° 3.1). En el mismo sentido, se ha indicado que si un contrato ha sido perfeccionado en forma electrónica no es óbice para adjuntarlo a la demanda; para ello se debe acompañar un pendrive, un CD o cualquier otro tipo de soporte magnético con todos los documentos por los cuales se pretende hacer valer un derecho; para darle mayor fuerza probatoria se debe poder acreditar no solo el carácter de emisor de dicho documento sino que este no ha sufrido alteración alguna desde su emisión y ninguno de estos dos puntos puede ser satisfecho si el documento se encuentra impreso, como aquí pretende el ejecutante a partir de la prueba ofrecida (Conf. Malumián, Nicolás-Scrofina, Mariana, artículo citado). Por ello, deberá el apelante, en el término de 10 días hábiles contados a partir de quedar consentida la presente sentencia, acompañar el soporte físico correspondiente al título ejecutivo electrónico base de las presentes actuaciones, a los fines de dar curso a la preparación de la vía ejecutiva ordenada en el día de la fecha, bajo apercibimiento de tener por reconducido el presente proceso por la vía de conocimiento correspondiente, según se expusiera en la sentencia apelada el a quo (arts. 34, 36, 152, 155 y cctes. del CPCC). ...”

No basta con imprimir el documento electrónico que tenemos en pantalla para presentarlo en juicio como prueba documental, tal como lo entienden los fallos arriba mencionados. Debe incorporarse en forma electrónica para que se asegure también la inalterabilidad del documento desde que fue suscripto por las partes y en ese punto es donde nos queda mucho por aprender.

Sin duda, un arduo camino tenemos por delante quienes pretendemos accionar ante los Tribunales, reclamando el cumplimiento de contratos enteramente electrónicos, tal es la realidad que se nos impone.

CONCLUSION: Son diversos los temas que nos plantea este fallo, pero todos me conducen a una única conclusión. Nos encontramos ante una orfandad en los códigos procesales, los cuales no tienen en cuenta las nuevas formas de contratación enteramente electrónicas en el medio virtual.

Los jueces con las herramientas actuales, tratan de encontrar soluciones diversas a los conflictos que se les presentan. Mientras aguardamos una urgente y necesaria reforma de los códigos de procedimiento que dispongan los modos de incorporación de la prueba electrónica al expediente también electrónico que hoy nos rige, no debemos de perder de vista la garantía constitucional de defensa en juicio de los presuntos deudores, toda vez que a amparo de estas nuevas tecnologías, se despliegan formas delictivas por las cuales, mediante sofisticadas estafas, se obtienen tarjetas de crédito utilizando la identidad de quien no la pidió o se obtienen préstamos de dinero, a través de “fishing” u otras modalidades. Así, nos enfrentamos a otro desafío: actuar en el medio judicial electrónico pero siempre resguardando las garantías constitucionales, concretamente en cuanto a la verificación de la autoría de aquel a quien se le atribuye una firma, realizada tras una pantalla que permite burlar la acreditación de la identidad.

BIBLIOGRAFIA

¹⁾ www.scba.gob.ar

²⁾ Morello, Augusto “El Derecho Procesal Civil. Movidas” Revista Iberoamericana de Derecho Procesal, Año I, N° 2, 2002, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, p. 13 (citado en el Punto I del fallo en análisis)

LA CONVENIENCIA DE LA REPRESENTACION LETRADA DEL ADMINISTRADOR – VEEDOR JUDICIAL EN EL PROCESO DE INTERVENCION JUDICIAL:

I.- INTRODUCCION – EL CONFLICTO SOCIETARIO:

La ley de sociedades comerciales pone en cabeza de los socios de una determinada compañía una serie de derechos y obligaciones, las cuales podemos ver en la doctrina de los Arts. 24 , 25 siguientes y concordantes de la ley 19.550.

Todos estos deben lucir en el estatuto constitutivo de la persona jurídica¹ realizado por instrumento público – o privado según el caso-

Quando esto no sucede, contamos con un proceso judicial destinado exclusivamente a tales fines, “El proceso de intervención judicial”

Resulta moneda frecuente cuando una sociedad comercial se encuentra integrado por trabajadores, -que pueden contar con know how de un negocio-, pero careciendo de expertis en temas de control y gestión, configurándose la conflictividad al carecer del contralor experto.

El problema es que los socios, -en la mayoría de los casos- no tienen la idoneidad técnica para llevar adelante el contralor de la marcha de los negocios de la sociedad, su evolución patrimonial - patrimonial y además carecen de criterio para la examinación e interpretación de la documentación societaria,

¹ ARTICULO 11. — ley 19.550 El instrumento de constitución debe contener, sin perjuicio de lo establecido para ciertos tipos de sociedad:

- 1) El nombre, edad, estado civil, nacionalidad, profesión, domicilio y número de documento de identidad de los socios;
- 2) La razón social o la denominación, y el domicilio de la sociedad. Si en el contrato constare solamente el domicilio, la dirección de su sede deberá inscribirse mediante petición por separado suscripta por el órgano de administración. Se tendrán por válidas y vinculantes para la sociedad todas las notificaciones efectuadas en la sede inscripta;
- 3) La designación de su objeto, que debe ser preciso y determinado;
- 4) El capital social, que deberá ser expresado en moneda argentina, y la mención del aporte de cada socio. En el caso de las sociedades unipersonales, el capital deberá ser integrado totalmente en el acto constitutivo;
- 5) El plazo de duración, que debe ser determinado;
- 6) La organización de la administración, de su fiscalización y de las reuniones de socios;
- 7) Las reglas para distribuir las utilidades y soportar las pérdidas. En caso de silencio, será en proporción de los aportes. Si se prevé sólo la forma de distribución de utilidades, se aplicará para soportar las pérdidas y viceversa;
- 8) Las cláusulas necesarias para que puedan establecerse con precisión los derechos y obligaciones de los socios entre sí y respecto de terceros;
- 9) Las cláusulas atinentes al funcionamiento, disolución y liquidación de la sociedad.

administrativa, contable, laboral, registral e impositiva de la empresa suele estar indisponible e inaccesible para los socios que NO ejercen una gestión concreta en el seno de la administración o producción de una sociedad comercial.

De tal forma que sin formación profesional ni idoneidad técnica sumado a la falta de acceso a LA INFORMACIÓN y a la documentación societaria y en el contexto de conflictividad intra societaria, **termina sucediendo que por una u otra mala decisión se desbarate toda posibilidad de control de la gestión de la empresa**, lo cual desencadena un deterioro en la relación interpersonal entre los socios y una actual situación de conflictividad.

Situación esta que se presenta cuando una idea no puede superar a la otra o no es posible ponerse de acuerdo en distintas cuestiones.

II.- DICTADO DE MEDIDA CAUTELAR EN EL PROCESO DE INTERVENCION JUDICIAL:

Esta acción judicial, tiene por finalidad principal el urgente dictado de una medida cautelar específica, prevista en el art. 227 del Código Ritual, es decir la designación de un Veedor para que practique un reconocimiento del estado de los bienes que componen el activo patrimonial, vigile las operaciones y la actividades que se ejerzan en la empresa e informe al juez. el actual estado patrimonial de la compañía.

La medida se pide en beneficio de la propia persona jurídica, a los fines que cuente con un órgano de contralor, por lo cual, la examinación del estado patrimonial de ejercicios anteriores y actuales por parte de un experto, sin duda redundara en beneficio de la compañía, en pos de una gestión de transparencia, el cuidado y protección del patrimonio social e intereses sociales, como bien jurídico protegido.

También es necesario que el juez interventor considere muy especialmente que la urgente Intervención solicitada de Veeduría judicial, de ninguna forma afecta la gestión de la actual órgano de administración, el cual continúa gestionando, no hay un desplazamiento, ni desapoderamiento, por tanto si el Responsable de la Administración gestionó y gestiona la marcha de los negocios sociales priorizando el afectio societatis, no puede configurarse ningún perjuicio o dificultad para la persona jurídica. La veeduría implica: cero perjuicios para la persona jurídica y una máxima ganancia en transparencia de la gestión societaria.

Sin perjuicio de lo expuesto, nada impide que la compañía continúe trabajando y produciendo actividad comercial y lucrativa , tampoco implica el total y completo desplazamiento –en principio- de los socios de la compañía, sino que implicaría que un perito veedor (que suele ser un licenciado en CS. Económicas – Contador publico – economista o Licenciado en administración- designado único, de oficio del listado de peritos oficial del juzgado interventor, tome conocimiento del estado patrimonial , cuente con facultades de allanamiento

(para lo cual deberá obtener un mandamiento judicial) , pueda tener acceso al contralor de todos los libros contables, laborales, de comercio, etc.

Esto así con la finalidad de salvaguardar los intereses de la empresa y el propio espíritu de legislador y por sobre todo que el accionista perjudicado, pueda tener acceso a la información necesaria.

III.- CUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS NORMATIVOS PARA EL DICTADO DE LA MEDIDA CAUTELAR SOLICITADA DE DESIGNACION DE VEEDOR JUDICIAL.

A) REQUISITOS NORMATIVOS PARA LA PROCEDENCIA DE MEDIDAS CAUTELARES.

A los fines de dar cumplimiento con lo dispuesto por el art. 195 del CPCC, que establece “ ... El escrito deberá expresar el derecho que se pretende asegurar, la medida que se pide, la disposición de la ley en que se funde y el cumplimiento de los requisitos que corresponde, en particular, a la medida requerida.”

Cumplo entonces en detallar los requisitos de procedencia que establece el mencionado artículo, a saber:

1) El derecho que se pretende asegurar:

Las acciones de una sociedad anónima constituyen un activo patrimonial para el titular y propietario de la acción. Su valor económico real estará determinado por el valor económico de la empresa, que a su vez estará determinado por el desempeño de la actividad económica y el resultado de su patrimonio neto. El derecho de propiedad tutelado por la Constitución Nacional en su art. 14 es un derecho patrimonial, por lo cual se pretende asegurar el derecho patrimonial que como accionista detento respecto esta sociedad comercial, a los fines de participar de los beneficios, y en su caso, de soportar las perdidas, art. 1 LGS, atento que se trata de un vínculo de derechos y obligaciones entre el socio accionista y la persona jurídica de derecho mercantil. En definitiva, se pretende asegurar es un derecho patrimonial, de propiedad sobre el capital invertido al momento de la suscripción e integración del capital y de los dividendos devengados, rentabilidad resultante de la inversión de capital.

También se pretende asegurar un derecho de principal contenido político: el Derecho a la Información, íntimamente ligado a otros derechos particulares del socio como por ejemplo al voto, percepción de dividendos, impugnación de decisiones de los órganos sociales, de receso, etc; el derecho a la información cumple una función preventiva del conflicto y de control de la gestión social²

Ejercer este derecho le permite al socio tomar conocimiento suficiente de la situación patrimonial, así como de la gestión social en sus aspectos dinámicos

² (Aguinis, El derecho de información de los accionistas, RDCO, 1978-287).

y estáticos, a fin de poder adoptar conscientemente decisiones de control sobre las cuestiones sociales³

Finalmente se pretende asegurar el derecho a la integridad patrimonial de la propia persona jurídica como sujeto de derecho con personalidad jurídica propia, con patrimonio propio, cuyos órganos deben velar por su integridad.

2) La finalidad de la medida cautelar:

Se define a las medidas cautelares como :

El tema de los requisitos de las medidas cautelares se encuentra presente en muchos pronunciamientos del Tribunal en el marco de su competencia originaria y también en algunos en que, como excepción, ha ingresado por vía de su competencia apelada, aspectos que trataremos por separado teniendo en cuenta que cuando se pronuncia en ejercicio de aquella la interpretación que allí se consagra no excluye necesariamente otras exégesis posibles respecto de la cuestión por parte de los jueces de la causa.⁴

Las mismas deben tener una finalidad :

La Corte ha recordado siempre que todo sujeto que pretenda la tutela anticipada proveniente de una medida precautoria debe acreditar prima facie la existencia de verosimilitud en el derecho invocado y el peligro irreparable en la demora, ya que resulta exigible que se evidencien fehacientemente las razones que justifiquen resoluciones de esa naturaleza_(**Fallos: 344:355; 344:759; 344:1033; 344:1051; 345:291; 345:783; 345:1349**)

En cumplimiento con el segundo requisito dispuesto por el art. 195 del CPCC, la designación de un Veedor judicial para que practique un reconocimiento del estado de los bienes objeto del juicio, vigile las operaciones y actividades que se ejerzan respecto de ellos e informe al juzgado sobre los puntos que el juez establezca.

El Veedor, como funcionario designado por manda judicial va a ejercer una observación personal y directa de la actividad del órgano administrador natural de la sociedad, órgano administrador que no será desplazado ni necesitará contar con la participación necesaria del veedor para llevar a cabo su cometido societario. El veedor se limitará así a comprobar, ver e informar al órgano jurisdiccional sobre las operaciones que se le instruyan, transformándose en los ojos y oídos del juez, debiendo dar cuenta inmediata de todo aquello que pueda constituir una gestión negativa de los intereses sociales, únicos tutelado por esta medida cautelar. Esta vigilancia de la operatoria social, que autoriza al

³ (FARGOSI, Anteproyecto General de Ley de Sociedades Comerciales, RDCO, 1968-598).

⁴ (Fallos: 329:646, voto de la jueza Highton de Nolasco).

veedor a revisar comprobantes y solicitar explicaciones, en modo alguno puede llegar a conformar una injerencia en la administración⁵.

3) La verosimilitud del Derecho:

La verosimilitud del Derecho se justifica y explica mediante la acreditación de la calidad de socio de la sociedad comercial y de los hechos que motivaron que alguno de los accionistas se considere perjudicado en su derecho o sin acceso a información que los estatutos le aseguran o que es de su propiedad.

Consideremos también, que en estos casos se estaría cometiendo una flagrancia al derecho de propiedad del socio afectado.

Los conceptos expuestos se apoyan en la doctrina de los Arts.. 113 a 117 de la Ley General de Sociedades y en el art. 227 del CPPC; doctrina y jurisprudencia aplicables citadas en el presente escrito.

B) REQUISITOS ESPECIFICOS DE LA MEDIDA REQUERIDA DE INTERVENCION JUDICIAL DE SOCIEDADES COMERCIALES.DESIGNACION DE MERO VEEDOR.

Los requisitos específicos de la medida requerida, se encuentran establecidos en el art. 114 de la LGS, por cuanto establece: “El peticionante acreditará su condición de socio, la existencia del peligro y su gravedad, que agotó los recursos acordados por el contrato social y se promovió acción de remoción.”

En la práctica, el control previsto por el art. 55 LGS, cuando una sociedad anónima prospera y despega en términos de gestión y de acumulación de capital, el simple socio trabajador carece de idoneidad, capacidad técnica y expertis para controlar la marcha de los negocios sociales, la evolución patrimonial, la incidencia fiscal, la gestión de costos, etc, etc.

Agotamiento de los recursos acordados por el contrato social:

Esto, siempre y cuando en los estatutos no se pactaran estipulaciones nulas o de cumplimiento imposible⁶

⁵ (Régimen Jurídico del Socio. Roberto A. Muguillo, Fernando H.Mascheroni, pag. 275, Ed. Astrea).

⁶ **Estipulaciones nulas.** ARTICULO 13. 19550 — Son nulas las estipulaciones siguientes:1) Que alguno o algunos de los socios reciban todos los beneficios o se les excluya de ellos, o que sean liberados de contribuir a las pérdidas;2) Que al socio o socios capitalistas se les restituyan los aportes con un premio designado o con sus frutos, o con una cantidad adicional, haya o no ganancias;3) Que aseguren al socio su capital o las ganancias eventuales;4) Que la totalidad de las ganancias y aun en las prestaciones a la

El tercer requisito previsto por la norma es el agotamiento de los recursos acordados por el contrato social. Aunque puede pasar que el Estatuto fundacional no prevea ningún mecanismo de planteo y canalización de inquietudes, requerimientos de información o documentación, puesto que multiples empresas que terminan en estos conflictos suelen ser constituidas por trabajadores emprendedores, (Restaurantes, panaderías, mercados, almacenes, talleres) que simplemente quisieron subir un peldaño mas en su vida como Pymes constituyendo una persona jurídica destinada a la explotación de su actividad , pero aquellos sujetos que la integran son hábiles en sus labores y no son estudiosos del Derecho Societario, por lo cual carecen de la idoneidad técnica para detectar en el acto fundacional estos extremos.⁷

Sin perjuicio de ello la doctrina sostiene que: “ ... **no es necesario ni adecuado a la defensa de sus derechos, exigirle al socio el efectivo agotamiento de los recursos societarios contractualmente previstos**” (CN Com, Sala B, 11/5/51, LL, 64-90; id., Sala D, 30/11/76, Res ED, X-178). **Atento que en muchos casos la petición a la Asamblea para que esta resuelva la acción de remoción y de responsabilidad contra algún director, podrá verse rechazada por una mayoría que ratifique lo actuado por dicho administrador y consecuentemente tornaría ilusoria o infructuosa la defensa de los intereses del socio y de la sociedad dentro de ese esquema. Por ello, “ ... se valida la petición de esta medida, sin necesidad de agotar los recursos societarios, cuando aun dentro de este mismo marco sería imposible ejercer su derecho ...”** (CNCom, Sala A, 22/12/77, LL, 1978-C-267.)

En general, el agotamiento de las vías intrasocietarias no es un recaudo de estricta formalidad, sino que debe interpretarse de acuerdo a las circunstancias fácticas y jurídicas de cada caso en particular. (Muguillo, ya citado). Así, podrá tenerse como suficientemente acreditado el agotamiento de las instancias societarias en el supuesto de no brindar explicaciones al Sindico o ante conductas que impidieran el control o fiscalización de la administración, sea en protección des socios o de sus herederos. (PERROTA, Intervención Judicial, pág. 29 a 32).

Atento todo lo expuesto y ante la inexistencia de vías intrasocietarias que agotar, ergo resulta una obligación de cumplimiento imposible, en caso que el estatuto no las prevea, en caso contrario, lo ideal seria agotarlas en caso de resultar posible como paso previo a la instancia judicial, ello sin perjuicio del criterio jurisprudencial que estudiamos “supra” , cuya tesisura deja su aplicación a la digna interpretación de los magistrados intervinientes.

sociedad, pertenezcan al socio o socios sobrevivientes;5) Que permitan la determinación de un precio para la adquisición de la parte de un socio por otro, que se aparte notablemente de su valor real al tiempo de hacerla efectiva.

⁷ (Mascheroni Fernando, Régimen Jurídico del Socio, pag. 290),

IV.- LAS FUNCIONES DEL PERITO VEEDOR:

La designación de un Veedor Judicial, a los fines de que informe respecto de la gestión del único Director titular, informe el actual estado patrimonial de la sociedad, realice un inventario detallado y valorado del activo y del pasivo de la sociedad e informe todo lo relevante respecto de la sociedad en todos sus aspectos: económico, financiero, contable, administrativo, laboral, impositivo y previsional.

En virtud del oportuno informe del veedor –y su resultado- se designarán las medidas cautelares correspondientes que las partes o el juez disponga, hasta la resolución de la causa principal.

Culmino manifestando que la veeduría, de ninguna forma causa perjuicio a la sociedad ni obstaculiza la gestión de la empresa atento que el Director Titular Presidente continúa con su desempeño, pero ahora bajo la mirada atenta del experto –ojos y oídos del juez- tal como sostiene la doctrina.

Por el contrario, la observación de un experto y sus informes redundará en un beneficio social en seguridad jurídica, tutela patrimonial y gestión de transparencia (un Compliance societario).

Conforme los extremos vertidos, la teoría resulta muy sencilla, pero hacer encuadrar las teorías a los hechos en la realidad procesal de un expediente judicial se torna compleja.

Ello así puesto que , el designado veedor, cuenta con facultades y atribuciones que sobrepasan las del mero perito o la mera visión del experto.

Aquí, se diferencian las funciones del perito veedor, con el clásico perito contador o perito licenciado en administración que suele ser petitionado por las partes al solo efectos de compulsar legajos o realizar cálculos en específico.

Las funciones de veeduría van mas allá, puesto que tomara un rol de “voz del juez” en cada uno de procesos que los socios realicen, en efecto tomara conocimiento del día a día de la compañía, los flujos de activos , pasivos, tomara nota de los libros de compra, libros de comercio, tomara conocimiento de los procesos judiciales, los despidos, las indemnizaciones, los pagos a proveedores, etc.

Esta labor, no resulta de fácil aplicación , puesto que independientemente que exista manda judicial o no, los integrantes de las sociedades, no suelen recibir con los brazos abiertos a estos expertos, causando que muchas veces las medidas o mandas judiciales se demoren en el tiempo por la falta de colaboración de los empresarios participantes del conflicto.

Esto motiva que el perito, debe utilizar los distintos medios procesales destinados a dar cumplimiento con la manda judicial expedida por el juzgado o tribunal interventor.

Así las cosas: Si al experto no le permiten el ingreso al establecimiento, deberá permanentemente solicitar al juez comercial un mandamiento con facultades de allanamiento, presentarse en la sede de la empresa con un oficial de justicia y en caso de necesario este último pedirá el auxilio de la fuerza pública.

Idéntico es el supuesto de la documentación laboral y contable, en caso que la misma no sea puesta a disposición del experto , se deberá proceder mediante los remedios procesales que el ordenamiento jurídico pone en cabeza de dicho auxiliar de la justicia.

Otro factor importante es la necesidad de obtener y recabar información , puesto que es posible requerir consultar determinados asuntos ante los propios organismos de fiscalización como AFIP , ARBA o en sede municipal, a dichos fines los organismos, solicitaran que acredite personería.

Con la finalidad de obtener acceso a por ejemplo (la aplicación “Mis comprobantes” de AFIP) muchas veces se requiere una orden judicial expresa que debe ir acompañada de un oficio electrónico al organismo.

Tomar intervención en procesos penales, -en caso de corresponder, es posible que se coloque en cabeza de un veedor o Administrador judicial un determinado bien a su custodia, en definitiva, es un sujeto que debe responder al accionar el poder judicial en ejercicio e sus funcione y en todos y cada uno de los casos debe “saber que hacer” , tomar la medidas necesarias o en su defecto, presentar los escritos y recursos que correspondan ante los organismos respectivos.

Entre muchas otras conjeturas de carácter procesal, los abogados bien sabemos que un expediente litigioso de por si conlleva una carga de trabajo titánica a lo cual deberemos adicionar la labor procesal.

Es decir que el perito veedor debe contar con todos los conocimientos técnicos de su disciplina (Contador , Lic. En Administración o economista) y la expertos procesal y los conocimientos para solicitar al juzgado las medidas necesarias en cada uno de los casos. Un poco complejo ¿no?.

Pues bien, quiero postular **la importancia de la distribución de la carga de trabajo.**

Según Adam Smith

“...En An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations (1776), Adam Smith previó la esencia del industrialismo al determinar que la división del trabajo representa un aumento cuantitativo de la productividad. En sus estudios, Smith analizó la manera en que las naciones aumentaban su riqueza, siendo una de las principales causas la “división de trabajo”...”⁸

⁸ Smith, Adam (1776). *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*.

Según Karl Marx

Por su parte, Marx argumentó que el aumento de la especialización puede generar trabajadores con peores habilidades y falta de entusiasmo por su trabajo. Describió el proceso como una alienación: los trabajadores se vuelven cada vez más especializados y el trabajo se vuelve repetitivo, llevando finalmente a una completa alienación del proceso de producción. El trabajador entonces se "deprime espiritualmente y físicamente a la condición de una máquina".⁹

Entre las ventajas de la división del trabajo se encuentran que el obrero adquiere mayor habilidad en operaciones sencillas y repetidas con frecuencia, además de que no pierde tiempo en pasar de una operación a otra, ya sea por cambiar de sitio, postura o herramienta. De igual forma, gracias a la repetición de las mismas actividades, se consigue facilidad para descubrir técnicas y procedimientos más rápidos y sencillos.¹⁰

Por otra parte, Fröbel, Heinrichs y Kyeye (1980), sostienen que la división internacional de trabajo en donde el mundo en vías de desarrollo quedaba relegado a la producción de materias primas, ha cambiado notablemente. Gracias a los nuevos avances tecnológicos sobre todo en las comunicaciones y transportes puede conectar los subprocesos de fabricación ya que con los transportes disminuye el tiempo de traslado. Se tomaron algunas medidas que son los mercados abiertos, una administración pública eficiente, tasas fiscales bajas, mercados laborales flexibles, un sistema político estable y eficaz.¹¹

Siguiendo este andamiaje de ideas, los conceptos económicos resultan de aplicación, como lo fue por ejemplo el fordismo¹² destinado a la optimización de fabricación de autos ¿Por qué no implementarlos para la prosecución de un expediente judicial?, en especial, donde se deben combinar dos o mas disciplinas en una y gestionar de dicha forma los aspectos jurídico-contables.

Los conceptos económicos, como la distribución de la carga de trabajo, existen, pero forma parte del día a día de cada uno y del desarrollo que cada quien realice poder hacer encuadrar los hechos en las teorías.

⁹ Economic and Philosophical Manuscripts, 1844, First Manuscript.» En T. B. Bottomore, *Karl Marx Early Writings*, C.A. Watts and Co. Ltd., London, 1963, p. 72.

¹⁰ Helguera y García, Álvaro de la (2006) *Manual práctico de la producción de la riqueza*, Barcelona, edición electrónica gratuita. Texto completo en: <http://www.eumed.net/libros-gratis/2006a/ah-prod/2o.htm>, [fecha de consulta: 27 de octubre]

¹¹ Mittelman, James (2002). *El síndrome de la globalización. Transformación y resistencia*. Siglo Veintiuno Editores, México. ISBN 968-23-2384-3

¹² El fordismo apareció en el siglo xx y lo llevó a la práctica [Henry Ford](#) para la producción de automóviles. Quiroz Trejo, J. O. (2010). TAYLORISMO, FORDISMO Y ADMINISTRACIÓN CIENTÍFICA EN LA INDUSTRIA AUTOMOTRIZ. *Gestión Y Estrategia*, (38), 75-87.

Es a razón de ello, que propongo, la conveniencia – no obligatoriedad- que cada veedor o administrador judicial cuente con una representación letrada en el ejercicio de sus funciones.

A los fines de graficar estos conceptos , propongo por via de ejemplo invertir la ecuación: poner a un abogado a realizar números o balances , resulta tedioso e ineficiente en comparación con la labor que un contador o licenciado en Cs. Economicas pueda gestionar.

En idéntico sentido, que un Economista realice una demanda judicial o realice un mandamiento, un oficio , una intimación o cualquier otro impulso procesal, seguramente podrá realizarlo, pero quizás no con la velocidad, destreza y conocimiento puntual y específico de gestión que un letrado para quien dichos movimientos forman parte de su día a día.

Esto motiva este trabajo, respecto de la importancia y conveniencia que un perito veedor , administrador o incluso sindico, cuente con patrocinio letrado durante su gestión.

Ello asi, puesto que la gestión que se encomienda a estos auxiliares de la justicia, la catalogo como de carácter “jurídico-Contable”

El análisis de documentación especifica (de carácter contable) y plexo jurídico (contratos, demandas judiciales, causas penales, etc) , es por las razones expuestas que un perito veedor, no debe dominar todas las disciplinas , debe saber de contabilidad, administración y gestión y en sinergia, un abogado debe saber de derecho.

La combinación de ambos profesionales facilitan en gran medida la gestión , promoviendo un avance fluido del proceso judicial, dado que el letrado, podrá analizar exhaustivamente las constancias de la causa, asesorar al veedor / administrador judicial en cada uno de los movimiento de carácter legal que este deba realizar, sabrá como enfrentar un problema que involucre al expediente judicial.

Dominara el pedido de informes en todos los casos, como también las gestiones destinadas a obtener un resultado específico.

De esta forma el perito no se encontrara desbordado de trabajo que no domina y cada quien abocado a su profesión lograremos acercarnos al concepto de bien común, al buen trabajo de un expediente, como a su pronta culminación.

V.- EL ADMINISTRADOR JUDICIAL:

Los conceptos “supra” vertidos se configuran cuando la intervención del auxiliar de la justicia recae en la forma del Veedor, pero cuando el litigio avanza un peldaño mas arriba y se requiera la intervención de un Administrador judicial, la cosa se torna distinta, veamos:

La administración judicial no sólo está relacionada con la ejecución de créditos sino que es un instrumento de auxilio judicial en todas las jurisdicciones (civil, penal, social, administrativa, etc.) y resulta de suma utilidad cuando la ejecución (embargo, subasta judicial, etc.) no resulta el cauce más indicado para garantizar el cobro o resulta antieconómica. En algunos casos, es el propio deudor el que puede escoger como mejor alternativa, a la enajenación de sus bienes, el embargo integro de su empresa, lo que realicen, al administrador judicial. Sin embargo, puede haber casos en que sea necesario asumir funciones gerenciales, de las cuales habrá que dar completa cuenta al juzgado.

El administrador judicial:

La figura del administrador judicial es de gran eficacia en el aseguramiento del resultado de los procesos judiciales. El administrador actúa bajo mandato judicial y su función es la de administrar determinados bienes ajenos o ejercer la función de asistencia o vigilancia en la gestión de tales bienes. Suele ser un profesional titulado superior y con habilidad reconocida para la gestión de patrimonios. Así pues, la intervención de un administrador judicial, por ejemplo, en un embargo de bienes y rentas, conllevará siempre y cuando sea posible, la materialización del cobro. El administrador judicial es un auxiliar del juez, pues aunque la designación corresponde al acreedor, el nombramiento lo efectúa el juez, de modo que no es un representante del acreedor sino un mandatario del juez que lo ha nombrado, y por tanto está sujeto a sus órdenes e instrucciones. Sin embargo, parece que el administrador judicial se sitúa en una posición más próxima al acreedor que lo ha designado, porque su trabajo va encaminado al cobro de la deuda a través de la ejecución de los bienes del deudor.

Deberes y obligaciones:

El administrador debe ser independiente e imparcial en el desempeño de sus funciones frente a las partes, pues es el juez quien ostenta la facultad de dirigir su gestión. Será a él a quien rinda cuentas puntualmente sobre su forma de actuar. Debe realizar su trabajo preservando el patrimonio a su cargo y si es posible haciéndolo producir, a través de su esmerada gestión. Las partes tienen derecho a recibir información de todas las actividades del administrador, de manera que sus actos serán públicos y se admitirán cuantas reclamaciones sean oportunas, siempre y cuando estén debidamente fundamentadas. De esta manera las partes tienen la posibilidad de vigilar y controlar el trabajo realizado. En algunos casos, como en el embargo de empresas, se mantiene al personal encargado de la administración de la misma, y estos deberán informar de todo lo que realicen, al administrador judicial. Sin embargo, puede haber casos en que sea necesario asumir funciones gerenciales, de las cuales habrá que dar completa cuenta al juzgado.

Responsabilidades:

- Formación del inventario y administrar una herencia sujeta a litigio.
- *Intervenir* los actos del deudor en el ejercicio de sus facultades patrimoniales o *sustituirlo* en el caso de que haya sido suspendido en el ejercicio de estas.
- Redactar informes sobre la evolución de la tarea encomendada.
- *Rendir cuentas* con la frecuencia contenida en el mandato encomendado y, siempre, al final de su encargo.
- En caso de administración concursal: a) redactar el informe que se unirá al inventario de bienes y de obligaciones pendientes (acreedores); b) Asistir en cuanto a las propuestas de convenio de pago o aplazamiento solicitadas.

VI.- CONCLUSIONES:

- 1) En los procesos de intervención judicial existen conflictos de carácter humano, que perjudican el desempeño de la persona jurídica.
- 2) Cuando alguno de los socios “se revela” ante el otro, en lo que respecta a sus derecho y obligaciones, el socio perjudicado puede solicitar una medida cautelar de intervención judicial a los fines que un perito veedor informe el estado de la compañía.
- 3) Ante problemas de administración existe la posibilidad de que la empresa sea administrada por un administrador judicial quien deberá rendir cuentas al juez.
- 4) El perito desigando deberá realizar gestiones de carácter procesal, además de rendir cuentas documentadas al expediente conforme lo que fuera petitionado por las partes y autorizado por el juez .
- 5) Ante la imperante necesidad de los peritos de esta especialidad de realizar actos procesales, se propone la conveniencia de la división de trabajo a los fines que el perito se encuentre patrocinado por un profesional abogado quien gestionara el orden procesal del expediente designado .
- 6) **Esto permite que cada quien “se concentre en lo suyo” el letrado maneje el expediente judicial, evacue los traslados, presente los recursos, los oficios, los mandamientos, las cédulas y se ocupe de que el perito cumpla con todas y cada una de las mandas judiciales en todas y cada una de las jurisdicciones o fueros donde por su nombramiento deba intervenir.**
- 7) **Por su parte el perito se concentrara en cumplir con su cometido y el cumplimiento de su mandato.**

Por Jonathan A. De Britos.

Colegio de Abogados de Quilmes.

LXXVIII ENCUNTROS DE INSTITUTOS DE DERECHO COMERCIAL DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES

Mar de Ajó, 30 de noviembre y 1 de diciembre de 2023.

Tema: Títulos Valores cartulares y no cartulares.

Título: **La acción ejecutiva del conocimiento de embarque electrónico (eB/L) para el cobro de fletes.**

A sabiendas que el conocimiento de embarque (Bill of Lading) instrumenta el contrato de transporte marítimo, determina la titularidad de la mercadería transportada y es un título valor (con todas las características propias que dichos títulos poseen) representativo de la mercadería conf. art 1828 del CCyCN, vamos a precisar, en esta ponencia, algunas cuestiones atinentes a la acción ejecutiva del conocimiento de embarque electrónico (eB/L) para el cobro de fletes.

Ello teniendo en cuenta el actual contexto global, en donde la emisión conocimientos de embarque electrónicos (electronic bill of lading (eB/L)- vienen adquiriendo mayor protagonismo y relevancia en el ámbito del transporte marítimo a nivel global.

En tal sentido las transacciones realizadas a través del eB/L ya existen y funcionan a través de varios proveedores que ya hemos referido en la ponencia que hemos presentado en el LXXVI ENCUNTROS DE INSTITUTOS DE DERECHO COMERCIAL DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES que se realizó en Mar del Plata a fines del año 2022, como así también en un artículo que hemos publicado en la Revista del CASI el pasado mes de septiembre del corriente año, en donde hemos indicado que varias navieras como MSC, Hapag- Lloyd, Maersk, entre otras y algunos Forwarders ya utilizan plataformas para operar e intercambiar eB/L, algunas mediante la ya conocida blockchain. Es decir que mediante la

cadena de bloques, que es una tecnología de contabilidad electrónica distribuida y compartida que puede registrar transacciones a medida que ocurren entre las partes en forma segura y a prueba de fraudes, las transacciones, que suelen ser confirmadas por todos los participantes a través de un “protocolo de consenso”, eliminando la dependencia de un ente central o terceros para validar las transacciones, garantizan la versión única de la verdad para todos, permitiendo rastrearlas y creando asimismo transparencia. Ninguna parte puede eliminar o cambiar una transacción unilateralmente. En efecto, Blockchain está blindado a cambios no autorizados o manipulaciones maliciosas de quienes integran la red. Ello permite poder firmar y transferir digitalmente documentos originales, como así también nominar y endosar los eB/L para poder hacerse de la posesión de la carga.

Asimismo atento a los cambios tecnológicos actuales que permiten hablar de documentos digitales, que son ni más ni menos un cúmulo de información almacenada en un soporte adecuado representando en forma informática o electrónica: actos, hechos o datos jurídicamente relevantes. Dicho de otra manera, un documento digital es la representación de la información sobre la base de dígitos que implica, en el ámbito informático, una secuencia informática de bits (unos y ceros) que puede representar cualquier tipo de información (actos, hechos o datos), con independencia del soporte utilizado para almacenar o archivar dicha información. Y en ese sentido, el artículo 6 de la Ley de firma digital (LFD) expresa que: *“Se entiende por documento digital a la representación digital de actos o hechos, con independencia del soporte utilizado para su fijación, almacenamiento o archivo. Un documento digital también satisface el requerimiento de escritura.”* Vale decir entonces que un documento digital (que puede consistir en texto (vgr., un archivo *.txt), imágenes fijas (vgr., un archivo *.jpg), imágenes en movimiento (vgr. un archivo *.mp4), o audio (vgr. un archivo *.wav), también satisface el requerimiento de escritura pero ello no significa que esté firmado.

Recordemos que el Código Civil y Comercial de la Nación, recepto por primera vez en

forma general los títulos valores desmaterializados:

El artículo 1850 expresa que: *“Régimen. Cuando por disposición legal o cuando en el instrumento de creación se inserta una declaración expresa de voluntad de obligarse de manera incondicional e irrevocable, aunque la prestación no se incorpore a un documento, puede establecerse la circulación autónoma del derecho, con sujeción a lo dispuesto en el artículo 1820.*

La transmisión o constitución de derechos reales sobre el título valor, los gravámenes, secuestros, medidas precautorias y cualquier otra afectación de los derechos conferidos por el título valor deben efectuarse mediante asientos en registros especiales que debe llevar el emisor o, en nombre de éste, una caja de valores, una entidad financiera autorizada o un escribano de registro, momento a partir del cual la afectación produce efectos frente a terceros.

A los efectos de determinar el alcance de los derechos emergentes del título valor así creado debe estarse al instrumento de creación, que debe tener fecha cierta. Si el título valor es admitido a la oferta pública es suficiente su inscripción ante la autoridad de contralor y en las bolsas o mercados en los que se negocia.

Se aplica respecto del tercero que adquiera el título valor lo dispuesto por los artículos 1816 y 1819.”

Por su parte la Ley de la Navegación 20.094, en sus artículos 295 a 307 refiere a dicho conocimiento de embarque (B/L), los cuales, como generalidad, tradicionalmente fueron emitidos en formato papel y precisamente es el art. 298 de la LN el que establece que debe contener un conocimiento de embarque, en consonancia con lo indicado por la convención internacional para la unificación de ciertas reglas en materia de conocimientos contenida en la Convención de Bruselas de 1924.

Dicho art. 298 establece que el conocimiento de embarque debe contener, entre otras, las menciones de *“Lugar, fecha y firma del transportador, agente marítimo o capitán”*. Y respecto a la firma, el Código Civil y Comercial de la Nación, en el art. 288, establece que:

“La firma prueba la autoría de la declaración de voluntad expresada en el texto al cual corresponde. Debe consistir en el nombre del firmante o en un signo. En los instrumentos generados por medios electrónicos, el requisito de la firma de una persona queda satisfecho si se utiliza una firma digital, que asegure indubitablemente la autoría e integridad del instrumento”.

En consecuencia, teniendo en cuenta que la Ley de la Navegación 20.094 refiere a la “firma” sin indicarse que la misma sea ológrafa o no y, que el Código Civil y Comercial de la Nación contempla la validez jurídica de la firma digital, creemos que el requisito de firma requerido por la Ley de la navegación 20094 se encuentra cumplimentado.

Ahora bien, frente al funcionamiento y operatividad de otros títulos desmaterializados como por ejemplo el cheque electrónico -e-cheq- fue la propia ley la que regulo la solución de como ejecutarlo al ordenarle al banco girado que en caso de ser rechazados debía emitir una copia -en soporte papel- certificada para su ejecución, a la cual usualmente denominamos "la copia del art. 61 Ley de cheques 24.452" .

En el caso del conocimiento de embarque (en papel) -en tanto reúna, las condiciones que prevé el art. 298 de la Ley de Navegación- constituye título ejecutivo de suyo, sin que sea necesario completarlo con documentación extraña a él (arts. 589 de la ley citada y 602 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación) (CNCiv. y Com. Fed., Sala II, 20/04/06, Hamburg Sud Sucursal Argentina c. PBB Poli Sur S.A.)

Vale decir que es unanime la jurisprudencia al determinar la autosuficiencia del título ejecutivo (eB/L).

Siguiendo ese mismo orden de ideas, a los fines de poder iniciar la acción ejecutiva del conocimiento de embarque electrónico (eB/L) por el cobro de fletes conforme lo establece los arts. 588, 589 y 590 de la LN y 602 del CPCCN (y suponiendo que el pago

debe realizarse en destino y no prepaid) tendremos entonces que ver la forma de “acompañar” al Juzgado donde se radique la ejecución, el eB/L que se encontrará digitalmente en una plataforma de mensajería digital (como por ej. puede ser el caso de Wave BL que utiliza la naviera Hapag Lloyd) o bien, otra plataforma utilizada por otra de las navieras que utiliza los eB/L para verificar los registros y que los mismos no fueron adulterados ni modificados.

Para ello creemos que, en este caso, y teniendo en cuenta la desactualizada normativa procesal que tenemos en nuestro país, se deberá bajar el archivo digital (eB/L) de dicha plataforma, explicando e indicando que el porque dicho registro es inmodificable, que no fue adulterado y que permite la trazabilidad de dicho documento, para luego subirlo al sistema judicial y se agregue a dicha ejecución. No se nos escapa que posiblemente otra opción, podría ser, por tratarse de tecnología blockchain, es que la parte ejecutante, individualice la dirección web de la plataforma para que sea el propio Tribunal quien ingrese al sistema y corrobore de dicha plataforma que dicho eB/L no fue modificado, ni adulterado obteniendo así la trazabilidad del mismo.

Conclusión:

A modo de una primera conclusión, teniendo en cuenta la normativa actual, que claramente en materia de derecho procesal nos esta adeudando una modificación con necesarias actualizaciones, a los fines de una ejecución de un conocimiento de embarque electrónico (eB/L) por el cobro de fletes en los términos de los arts. 588, 589 y 590 de la LN y art. 602 del CPCCN, entendemos que, tratándose de un documento firmado digitalmente, no se debe requerir el reconocimiento del firmante ya que sus características, en ese sentido, son similares a las de una firma puesta en un instrumento público o en un instrumento privado certificado por escribano.

En todo caso los carriles adecuados para que el ejecutado tenga la posibilidad de desconocer dicho documento digital, serán mediante la interposición de alguna de las

excepciones previstas en el art. 603 del CPCCN que remite en parte a las previstas por el 544 del CPCCN (Por ej. Falsedad del título).

Por otra parte dependerá de la plataforma que utilice la naviera emisora del eB/L los recaudos que deberá tomar a los fines de certificar que dicho documento no fue adulterado ni modificado, preservando la trazabilidad.

Ignacio Carlos De Paula.

Instituto de Derecho Comercial, Económico y Empresarial del Colegio de Abogados de San Isidro.

LXXVIII ENCUENTRO DE INSTITUTOS

DE DERECHO COMERCIAL

DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES

MAR DE AJÓ

30 de Noviembre y 1 de Diciembre de 2023

LIDIA ESTELA DI MASULLO

**INSTITUTO DE DERECHO COMERCIAL “ANGEL MAURICIO
MAZZETTI” DEL COLEGIO DE ABOGADOS
DE LOMAS DE ZAMORA**

**TEMA: DERECHOS DIGITALES: IMPLICANCIAS, CONFLICTOS
Y**

ESTRATEGIAS

**PONENCIA: LA TECNOLOGÍA EN QUE ESTÁ INMERSA LA
SOCIEDAD ACTUAL PLANTEA EL DESAFÍO DE HALLAR
SOLUCIONES A LOS CONFLICTOS SUSCITADOS POR UNA
NUEVA GENERACIÓN DE DERECHOS SURGIDOS EN EL
TERRENO DEL CIBERESPACIO, Y QUE SE CONOCEN COMO
“DERECHOS DIGITALES”. LA PRESENTE ES UNA BREVE
APROXIMACIÓN AL CONCEPTO Y A LAS IMPLICANCIAS QUE
GENERAN.**

I.- INTRODUCCIÓN

Sin lugar a dudas puede decirse que el mundo actual se halla inmerso en la tecnología y de ahí que uno de los rasgos característicos de la sociedad de la información¹, sea la “hiperconectividad”² que se encuentra favorecida por varias cuestiones, tales como la implementación del 5G³, el Big Data⁴, el data mining⁵, y el edge computing⁶, por mencionar algunas.

¹ La expresión la utilizó por primera vez el economista austríaco-estadounidense Fritz Machlup, quien trabajando en el Departamento de Economía de la Universidad de Princeton (Nueva Jersey, EE.UU), publicó el libro “*The Production & Distribution of Knowledge in the United States*”, (1962), donde la define como “...aquella en la que la información y el conocimiento tienen un lugar privilegiado en la sociedad y en la cultura.” Conf. Quirós, Fernando José, (2022): «La construcción de la Sociedad de la Información en el último tercio del siglo XX: visiones, realidades y políticas». En Castellet, A.; Pedro-Carañana, J. (editores), *Periodismo en red: acción y reflexión*. Salamanca: Comunicación Social Ediciones y Publicaciones. d.o.i.: <https://doi.org/10.52495/c11.emcs.13.p99>. Sin embargo, la noción recién cobró popularidad en la década del 80, debido al trabajo del sociólogo japonés Yoneji Masuda, cuando el instituto universitario en el cual se desempeñaba —Institute for the Information Society— editó su obra: “*Information Society: As Post-Industrial Society*”, Editorial Transaction Publishers; Copyright 1980, by Institute for the Information Society- Fujimura Bldg. Texto que fue traducido a varios idiomas, entre ellos al español, como “*La sociedad informatizada como sociedad post-industrial*”, Fundesco-Tecnos, Madrid, 1984.

² Con esta expresión se hace referencia a la permanente y constante conexión de las personas con diversos dispositivos tecnológicos para informarse y comunicarse. Como consecuencia de la mentada interacción entre personas y dispositivos, las limitaciones espaciales y temporales se reducen drásticamente para favorecer una comunicación (información) sin fronteras geográficas y casi sin dilaciones en la transmisión.

³ La tecnología de quinta generación (**5G**) permite conectar varios dispositivos inalámbricos a la vez para brindarles acceso a servicios de Internet y telefonía con características de velocidad y latencia muy superiores a las que utilizan las generaciones anteriores. Fuente; ENACOM: <https://www.enacom.gob.ar/>

⁴ Big Data, también conocido como datos masivos, o macrodatos. Implica la gestión de datos considerando tres dimensiones: volumen, velocidad y variedad.

⁵ El “data mining” o minería de datos, es una rama del Big Data que correlaciona gran cantidad de datos en busca de patrones para extraer información predictiva (tendencias)

⁶ El “edge computing” es el procesamiento de datos en tiempo real sin latencia; lo que implica que el análisis sea casi instantáneo mientras se crean los datos.

Ante a este panorama de múltiples conexiones que acontece en el campo de la información y las comunicaciones (TIC), es que surgen los "derechos digitales".

II.- SURGIMIENTO DE LOS DERECHOS DIGITALES COMO EXTENSIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

a)Aproximación al concepto

En términos generales puede decirse que los derechos digitales o "ciberderechos" son aquellos que permiten —mediante el uso de ordenadores, dispositivos electrónicos, electromagnéticos o telemáticos— el acceso, uso, creación y publicación en medios digitales⁷. En su esencia están muy conectados con dos derechos fundamentales como lo son: la libertad de expresión⁸ y la privacidad⁹. Cuestión ésta que permite afirmar que los "derechos digitales" implican la protección de derechos humanos tradicionales, pero en un ámbito diferente —que debido al auge de la tecnología— se conoce como "entorno digital."

Resulta oportuno destacar que la ONU abordó el tema y se pronunció al respecto en varios de sus documentos; ejemplo de ello son las resoluciones del Consejo de Derechos Humanos 26/13 del 26 de junio de 2014, sobre la "Promoción, la protección y el disfrute de los Derechos Humanos en Internet"¹⁰, y 28/16 del 26 de marzo de 2015, sobre el "Derecho a la privacidad en la era

⁷ Espacios de comunicación que utilizan "redes interconectadas" (Internet)

⁸ Reconocida en diversos convenios tales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos(art. 19), la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art IV), la Convención Europea de Derechos Humanos (art. 10), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 19 pto 2) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica (art.13)

⁹ El derecho humano a la privacidad está presente en el articulado de diversos instrumentos internacionales tales como: el art 12 de la Declaración Universal de DDHH, el art. V de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, el art. 8 del Convenio para la Protección de los DDHH y de las Libertades Fundamentales y el art 11 puntos 2 y 3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

¹⁰ Disponible en :

<https://www.civilisac.org/civilis/wp-content/uploads/Resolucion-internet.pdf>

digital.”¹¹ Por su parte la Asamblea General se expidió sobre los mismos tópicos en las resoluciones 68/167¹² y 69/166¹³ de los años 2013 y 2014 respectivamente. A su vez, es oportuno considerar que en el documento final de la Reunión Global de Múltiples Partes Interesadas sobre el Futuro de la Gobernanza de Internet (NetMuncial), que se realizó en Brasil (São Paulo) en el mes de abril de 2014, se reconoció la necesidad de que la gobernanza de Internet se base en los derechos humanos, y además que resulta imprescindible que los derechos de las personas también estén protegidos en Internet.¹⁴

Como es dable observar, todos los instrumentos mencionados se refieren al “ejercicio de los derechos humanos en Internet”, atento el interés y la importancia del tema en razón del vertiginoso desarrollo tecnológico que posibilita a personas de todo el orbe informarse y comunicarse.

Por ende y en coincidencia con lo declarado por la ONU en 2016, puede sostenerse que “...los mismos derechos que las personas tienen fuera de línea, también deben protegerse en línea, incluidos el derecho a la libertad de expresión, la libre asociación y el acceso a la información.”¹⁵, y que reciben el nombre de “derechos digitales” en virtud del medio en el cual son ejercidos.

b) Derechos fundamentales fuera y dentro de Internet

¹¹ Disponible en: <https://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=dtYoAzPhJ4NMy4Lu1TOebIM8c1X4GZjGEGHV9SBM9XSLrkyhn8X9OP5PErI472DFS0WGHKjiDqIMTqWwtmsbg%2B0%2FwzDfM6vITrrWIR7iAZENrJGXO%2FF29pnNujdWamMf>

¹² Disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N13/449/50/PDF/N1344950.pdf?OpenElement>

¹³ Disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N14/707/07/PDF/N1470707.pdf?OpenElement>

¹⁴ El documento final se encuentra disponible en: <https://netmundial.br/wp-content/uploads/2014/04/NETmundial-Multistakeholder-Document.pdf>

¹⁵ Media Defense News, 2023, “15 años de impacto”. Disponible en <https://www.mediadefence.org/news/15-years-of-impact-internet-shutdowns/>

Si se pretende hablar del inicio de los derechos digitales, es necesario remontarse algunas décadas atrás y observar el diferente tratamiento y consecuente protección jurídica que merecía la correspondencia epistolar respecto de las comunicaciones por e-mail. La primera se consideraba inviolable y tenía protección legal pero no así el correo electrónico.¹⁶ Es decir que la sociedad estaba frente a una evidente contradicción, dado que los mismos derechos que eran objeto de amparo de las normas jurídicas, si se ejercían en el terreno de internet carecían de toda protección. Esta dicotomía significaba dejar en estado de vulnerabilidad a los usuarios de las redes y en obvia colisión con el principio de igualdad ante la ley, por cuanto los internautas no gozaban de las mismas garantías constitucionales que los demás ciudadanos por el simple hecho de ejercerlos en un ámbito diferente.

Las voces de reclamo no tardaron en aparecer y figuras como John Perry Barlow, Mitch Kapor y John Gilmore comenzaron a trabajar por el reconocimiento de los derechos en el terreno del ciberespacio. De ese esfuerzo por resguardar los derechos de los ciudadanos en internet, surgieron entidades como la Electronic Frontier Foundation (EFF)¹⁷. La ardua labor de la fundación se ve hoy reflejada en temas como el software de código abierto, la encriptación, la investigación en seguridad y las herramientas para compartir archivos, por citar solo algunos de sus logros.

Lopez Daza (2021) se refiere a los derechos digitales como “...desarrollos normativos y pronunciamientos de cortes constitucionales que han protegido derechos tradicionales aplicados en el campo digital.”¹⁸, y hace alusión a las

¹⁶ Prueba de ello, era la legislación estadounidense en la década del 90, que protegía los derechos de los ciudadanos con respecto a la correspondencia por correo postal, pero dejaba fuera de esa protección a los ciudadanos que se comunicaban por internet.

¹⁷ La Electronic Frontier Foundation (EFF,) es una entidad sin fines de lucro, fundada el 10 de julio de 1990 por los activistas John Perry Barlow, Mitch Kapor y John Gilmore, que se dedica a la defensa de la privacidad de los usuarios, la libertad de expresión y la innovación tecnológica puesta al servicio de todos. Su sitio web enuncia como misión “...garantizar que la tecnología apoye la libertad, la justicia y la innovación para todos los pueblos del mundo.”

¹⁸ López Daza, Germán Alfonso, 2021, en “*Los derechos digitales en Europa: asimetrías y convergencias*” disponible en : <https://www.ambitojuridico.com/noticias/etcetera/los-derechos-digitales-en-europa-asimetrias-y-convergencias>

“dimensiones digitales de derechos fundamentales preexistentes...”¹⁹. Esta conceptualización del autor obedece al hecho de que todavía no existen países que hayan reformulado sus cartas constitucionales para incluir éstos derechos. Pero, a pesar de esta realidad, ello no significa que los derechos digitales estén exentos de resguardo dado que, en idéntico sentido a las resoluciones citadas en el punto a) del presente, éstos derechos han sido objeto de explícito reconocimiento en textos infraconstitucionales²⁰ y en fallos judiciales.

c) Directrices de los derechos digitales

En principio, los derechos digitales deben tener como norte remarcar la preeminencia del ser humano en el ámbito de internet, de modo tal que la tecnología represente un medio para beneficiarlo. Esto implica garantizar el acceso a internet y propiciar un adecuado uso de la red considerada como bien común de la humanidad. En esta tesitura, deben dirigirse los esfuerzos a cristalizar la “soberanía digital”, entendida como la capacidad de tener control sobre el propio destino digital (en franca alusión a los datos, el hardware y software). Es de vital importancia que se garantice no solo la conectividad sino que se aseguren la educación y formación en capacidades digitales en un entorno seguro y con tecnologías sustentables.

III.- LOS DERECHOS DIGITALES

En los párrafos del punto a), se señaló que los “ciberderechos” posibilitan acceder y utilizar las TIC (Tecnologías de la Información y la Comunicación) para que las personas estén comunicadas e informadas en los diferentes

¹⁹ Op. cit. en 18

²⁰ Así, en España la Ley Orgánica 3/2018, que desarrolla temas tales como la protección de datos personales y la garantía de derechos digitales. En Francia, la Decisión 2009-580 DC de 2009, que reconoce el derecho de acceso a internet como parte integrante del derecho a la libertad de expresión. En Italia, que a través de diversos textos infraconstitucionales reconoce la “*cittadinanza digitale*” o “*ciudadanía digital*”. Estonia y Finlandia que consideran que el acceso a internet es un derecho humano, y Holanda que proclama que el acceso inalámbrico a esta red es una necesidad básica. (conf . López Daza, Germán A, op cit en 18). Igualmente la Declaración Interinstitucional sobre los Derechos y Principios Digitales para La Década Digital consensuada en noviembre de 2022 por la CE.

ámbitos de la vida cotidiana (familiar, laboral, cultural, social, etc). También se aludió a su estrecha relación con el derecho a la libertad de expresión y a la privacidad, por eso resulta oportuno mencionarlos y realizar una sucinta descripción de sus implicancias.

1.- Derecho al Acceso Universal e Igualitario a la red: todas las personas, por su condición de tal, deben poder acceder a Internet , sin considerar su situación económica, ubicación geográfica, capacidades, u otros aspectos.

2.- Derecho a la Libertad de Expresión, Información y Comunicación en Internet: éstos encuentran su sustrato en los derechos fundamentales plasmados en los tratados de DDHH.

3.- Derecho a la Privacidad y Protección de Datos: El primero protegido ampliamente en varias Declaraciones y Pactos; y el segundo regulado en Argentina en la ley 25.326 (habeas data).

4.- Derecho al Anonimato y al Cifrado de Comunicaciones: fundamentales para llevar a cabo transacciones fiables y seguras, y asimismo proteger el Derecho a la intimidad.

5.- Derecho al Olvido en Internet: que en la CE se conoce como "derecho al borrado" y aquí, en Argentina, es regulado por la Ley 25.326 (inc 4to art 26) y reglamentado por el Decreto 1558/2001(art. 26 párr 3ro-)²¹ . Otros países como EE.UU, Corea del Sur e India también lo han receptado normativamente.

6.- Derecho de Protección del Menor en Internet: lo que supone el empleo de diferentes medidas para garantizar el acceso seguro de los menores a las redes y prevenir hechos que pongan peligro la integridad de los mismos (ciberbullying) o aquellos de índole delictiva como la pornografía infantil o el grooming.

7.- Derecho de Propiedad Intelectual en Internet: que presupone, no solo garantizar el reconocimiento de los autores sobre su obra, sino que también abarca el derecho a proteger su creación de posibles alteraciones/modificaciones sin su debida autorización. Y que comprende además el derecho a ser remunerado por su creación.

²¹ Con respecto a este derecho, es útil recordar que las discrepancias en torno a cómo debía interpretarse el párrafo 3º del art 26 del decreto reglamentario, motivaron los decisorios de la CSJN en autos “Napoli Carlos Alberto C/ Citibank N.A.” y “Catania, Américo Marcial c/BCRA y ots. S/Hábeas data” , ambos del 8/11/2011.

IV.- DERECHOS DIGITALES Y CONFLICTOS EN LA RED - DESAFIOS PARA AFRONTARLOS

Los derechos digitales no se hallan exentos de ser vulnerados, dado que el medio en el cual se ejercen es propicio para quienes tienen intenciones de hacer un mal uso de la tecnología.

El incorrecto o ilegítimo uso de los avances en materia de comunicaciones e información puede verse reflejado en las fake-news que se observan en las redes sociales; el phishing y sus consecuentes estafas a personas generalmente vulnerables; en el ciberbullying que padece una innumerable cantidad de personas, en gran porcentaje adolescentes; como también en los casos de piratería y plagio que afectan las obras de los autores en la red.

Para afrontar éstos y otros conflictos generados por un uso indebido de los avances en materia digital, han surgido diferentes estrategias, algunas de las cuales pueden verse reflejadas en el Reglamento General de Protección de Datos, (o RGPD) vigente en la Comunidad Europea desde mayo de 2018, y asimismo en el Reglamento UE 2022/2065²²; como también en la creación de organismos como el Comité Europeo de Protección de Datos (CEPD), o el Centro Europeo para la Transparencia Algorítmica (ECAT), puesto en funcionamiento en abril de este año. Los citados son solo algunos ejemplos de la compleja tarea de elaborar una batería de medidas en pos de proteger el libre y pleno ejercicio de los derechos digitales.

El tiempo dirá si han resultado efectivos o no.

²² El Reglamento de Servicios Digitales -DSA por sus siglas en inglés *Digital Service Act*-) fue adoptado por el Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea el 19 de Octubre de 2022, La normativa reemplaza a la Directiva 2000/31. Como ejes llamativos del reglamento se observan sus propuesta basadas en la trazabilidad y la transparencia algorítmica.

de figuras como el Supervisor Europeo de Protección de Datos (SEPD) que investigan y persiguen las infracciones, imponiendo sanciones q

INCIDENTE DE VERIFICACIÓN DE CRÉDITO LABORAL: ¿Insusceptible de perimit?

AUTORES: Sandra Marcela Di Mecola/ Eduardo A. Teplitzchi

PONENCIA: *La caducidad de instancia de un incidente de verificación de crédito de naturaleza laboral no puede decretarse sin intimación previa al domicilio real del trabajador.*

Algunas apostillas sobre la caducidad en los incidentes concursales

La caducidad de instancia encuentra su fundamento en la presunción de abandono del proceso. Tema éste muchas veces abordado, que, en materia concursal, impone algunos desafíos a superar. Uno de ellos es si se aplican las normas locales para su trámite o si la normativa concursal es completamente autosuficiente. Otro, es si la remisión a normativa procesal local es compatible con la celeridad y economía procesal que anima la ley falimentaria.

Podemos ir ordenando la cuestión, ya que, en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires, el Ritual no impone más que un traslado para que el incidentista pueda ejercer su derecho de defensa, con lo que puede decirse que el trámite es acorde a los principios de economía y rapidez que deben campea en el proceso concursal. Por tanto, aquí nadie se pregunta si basta la ley falimentaria para aplicar el instituto o si hay que remitirse a la norma local. En cualquier caso, sería contrario al derecho de defensa que tal conclusión anormal del proceso se aplique sin que el incidentista tenga ocasión de ser oído. Acudir al CPCC o bastarse con ley 24.522, da igual: Nadie se atrevería a no escuchar al incidentista antes de sentenciar. Distinto es el panorama que despliega la Provincia de Buenos Aires, en el actual art. 315 CPCCPBA que exige una intimación previa a que *manifiesten su intención de continuar con la acción y produzcan la actividad procesal útil para la prosecución del trámite, bajo apercibimiento en caso de incumplimiento, de decretarse la caducidad de instancia.* En este último caso, cabe dudar si este trámite local armoniza con lo dispuesto por el art. 278 LCQ en tanto éste dispone que, las leyes procesales locales se aplican con dos condiciones: 1) en lo que no está expresamente dispuesto por ley concursal y 2) si tales normas procesales del lugar del juicio son compatibles con la rapidez y economía del trámite concursal. Así, muchos vieron en la intimación previa, una innecesaria alongación del proceso incompatible con la rapidez procesal que indiscutiblemente persigue la ley concursal.

La Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires tuvo ocasión de pronunciarse respecto de la reforma procesal introducida por la Ley 12.357 que trajo el recaudo de la intimación a impulsar como previa a decretarse la caducidad de instancia. Sostuvo que tal intimación en nada altera los criterios de perentoriedad del régimen concursal y sólo establece el mecanismo procedimental para declarar la caducidad en un proceso. Pareciera entonces, que vio compatibilidad entre el 315 CPCCPBA y la exigencia del art. 278 LCQ. Despejó, de ese modo, la segunda condición. Respecto de si el tema está autosuficientemente normado en la ley concursal, sostuvo que ésta contempla el plazo que debe transcurrir para que pueda considerarse operada la perención, pero resulta insuficiente ya que no aborda el procedimiento para su declaración. Ello necesariamente impone recurrir al régimen procesal local. Entendió que el artículo 277 LCQ no dispensa el trámite procesal que debe recorrer quien pretende la caducidad y que la ausencia de mecanismo a seguir no puede ser interpretado como dispensa de los pasos regulados por el orden local, sino que, por el contrario, bien puede interpretarse como remisión al cuerpo normativo que sí prevé los actos que deben cumplirse para declarar la mentada perención. Agregó además, que el CPCCPBA ni modifica el plazo trimestral extendiéndolo, ni eliminándolo sino sólo establece la oportunidad y la necesidad de una intimación previa a la contraparte (C. 95.594, sent. del 27-2-2008; C. 102.997, sent. del 4-11-2009; C. 103.459, sent. del 16-9-2009; C. 100.621, sent. del 21-12-2011, citados en autos CACC, San Isidro, Sala I, “PILAR BICENTENARIO S.A. S/ CONCURSO PEQUEÑO S/ INCIDENTE DE REVISION - MARINSEK MARIO EDUARDO” (Expte. N°35254)
i

Hasta acá, los desafíos parecen estar zanjados. Pero siempre podemos seguir con otros retos que nos propone este instituto.

Crédito laboral y caducidad de instancia

Acá las cuestiones no nos aparecen tan despejadas. Y hay posiciones de las más mezquinas con el principio de favorabilidad que debe primar cuando la naturaleza del crédito es laboral hasta otras que son casi por demás generosas. Así, hay quienes sostienen que el incidente de verificación de un crédito laboral no es susceptible de caducarⁱⁱ hasta quienes afirman que la perención resulta de aplicación respecto de todos los acreedores concurrentes, ya que, tratándose de un proceso universal, impera el principio de la “*par conditio creditorum*”, sin que los insinuantes, cualquiera sea su

origen, gocen de otros privilegios más que los que la misma normativa concursal les acuerdaⁱⁱⁱ.

La postura más amplia se funda en que el art. 155, ley 18.345, al remitir a las normas del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación que son aplicables al procedimiento laboral expresamente excluye las disposiciones referentes a la caducidad de instancia. En el ámbito del derecho del trabajo rigen principios específicos —como el protectorio, de rango constitucional, conf. art. 14 bis, CN— y el principio dispositivo se encuentra acompañado expresamente por el impulso de la causa de oficio. Una norma procesal ajena al régimen laboral importaría la afectación de un derecho de fondo que goza de protección constitucional específica.

A poco de analizar la postura que iguala el crédito laboral con el resto de los créditos, no podemos más que disentir porque se mantiene indiferente a normas que son incluso superiores a la ley concursal.

Si bien resulta más afable la posición que predica la inaplicabilidad de la caducidad de instancia a los incidentes de verificación de créditos laborales, podrían quedar desatendidos otros intereses: el de los acreedores que obtuvieron su verificación, que les asiste el derecho sobre los fondos reservados que se desafecten y el del fallido, que tiene el justo derecho a ver su proceso concluido.

Por eso, nos resulta muy razonable la sentencia de primera instancia dictada en autos “LACABRIL S.A. s/QUIEBRA s/INCIDENTE DE VERIFICACION DE CREDITO P/ ALDERETE, AMELIA YOLANDA”^{iv}. Aquí el sentenciante, que reconoce que en precedentes similares ha tenido diferente temperamento, enfrenta cada uno de los inconvenientes que podría enfrentar una postura excesivamente flexible y se permite una mirada desde todos los puntos de vista: los coacreedores, el fallido y el acreedor laboral.

El incidente tiene que ser susceptible de caducar para contemplar los eventuales derechos de los coacreedores en las quiebras con activos

El legislador no ha distinguido los plazos de caducidad de acuerdo a la naturaleza del crédito y está justificado. Esto es lo que empieza reconociendo el juez: *“sin efectuar ningún distingo, el legislador concursal fijó un plazo de tres meses como límite máximo de inactividad del que se pueden amparar los incidentistas so riesgo de que le planteen la caducidad de la instancia o incluso la decrete el propio juzgado de oficio (art. 278 LCQ y art. 315 CPCCN)”*.

Tal falta de distinción para el plazo se justifica, al parecer del magistrado, en la relevancia del cumplimiento general de los plazos establecidos para las distintas etapas que componen el proceso concursal *“por razones sobre las que no es necesario abundar, a punto tal que su incumplimiento podría conducir a que se califique de mal desempeño el proceder del juez del concurso (art. 274 LCQ)”*

Sin embargo, sí ahonda y lo deja claro: En el caso de quiebras con activos, se requieren rápidos pronunciamientos judiciales que cristalicen el pasivo ya que en esos casos, habrá un proyecto de distribución y la indeterminación de los pasivos sujeto a que los incidentes no estén en condiciones de ser resueltos, *“provocará la necesaria constitución de reservas que impedirán que esos fondos reservados para dichos pretensos acreedores puedan ser distribuidos entre los que a ese momento sí tienen un derecho reconocido contra la quiebra”*.

Sin sentencia en el incidente, no hay certeza acerca de si tal reserva se transformará luego en una suma a abonarse al pretenso acreedor beneficiario de ella. Si no progresara la pretensión vericatoria y tal rechazo llegara muy lejos en el tiempo por falta de impulso procesal adecuado, la reserva que se desafecte se mostrará necesariamente devaluada y quizás hasta poco significativa.

En otras palabras, el Dr Malde advierte claramente el problema: Si no tenemos incidentes sentenciados y hay que proyectar la distribución, habrá que contemplar reservas. Si los incidentes se perpetúan sin resolverse, las reservas que eventualmente se desafecten y distribuyan luego a acreedores distintos del incidentista por rechazo de la pretensión, les llegaría tarde y depreciado. Por eso descarta que pueda ser inaplicable la caducidad de instancia en estos incidentes. Se contrapondría con los justos derechos de los coacreedores sobre los montos a desafectar.

Desde la mirada del fallido

El magistrado no se contenta con justificar la necesidad de que los incidentes caduquen desde la mirada de los coacreedores sino que, cambiando la perspectiva, encuentra también necesaria la caducidad por el justo derecho del fallido a poder concluir su proceso concursal. Ello así, ya que *quedarían inexorablemente sujetos a un impulso del trámite que muy difícil será de reemplazar en todos los aspectos que involucra el avance de un expediente*.

De nuestro lado, también advertimos que si no se concluye el proceso concursal de algún modo, se priva al fallido del *“fresh start”* en casos de clausuras por distribución

final, ya que no se advierte cómo pueda pedir los beneficios previstos en el art. 231 última parte. Ni qué hablar de cómo lucirá su foja crediticia.

La solución del citado art. 277 LCQ aparece en rescate, en cualquiera de las ópticas reseñadas.

Y el acreedor laboral, ¿cómo se protege?

Todo parece claro hasta que aparece este sujeto, de preferente tutela, que goza de los principios de progresividad, el principio pro homine y el principio de favorabilidad reconocidos en los arts. 6° del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (ley 23.313); 26, 29, 30 de la Convención Americana de Derechos Humanos (ley 23.054) y 30 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y afirmado por el Cíbero Tribunal en "Madorrán"(Fallos: 330:1989).

Su ineludible transcurrir por ante el juez del concurso para obtener el pronunciamiento verificadorio no puede privarlo de tales principios de jerarquía superior a la ley falimentaria ya que no puede ser despojado de los principios protectorios por una cuestión que es completamente ajena a su voluntad como la quiebra de su empleador. Injusto sería de que además de tener un empleador quebrado que no ha atendido su crédito, deba tener acudir a la justicia *privado del régimen protectorio*.

El carácter alimentario de tales créditos, prestamente reconocido por el sentenciante, lo disponen a buscar una alternativa que armonice los principios de rapidez exigidos por el concurso y la tutela del crédito del trabajador. Y así, encuentra alternativas.

Parte de que el carácter alimentario de tal crédito es objetivo, lo que, sostiene, no autoriza “-en justo ejercicio jurisdiccional- a realizar una automática equivalencia con otro tipo de acreedores” De hecho, va señalando cómo el propio legislador distinguió a estos acreedores, tanto en el **trámite** cuanto en el alcance de sus **derechos**. Así, entre las ventajas de trámite, cuentan con el dinamismo del pronto pago o el derecho a iniciar acciones por créditos concursales luego de la presentación. Entre los derechos sustanciales de los que carecen otros acreedores, los dotó de créditos que siguen acumulando intereses, que tienen doble privilegio, que extienden el privilegio a parte de los intereses. El legislador no los trata igual, es innegable.

La cuestión a la que se enfrenta a la hora de juzgar es que para la generalidad de los incidentes se acude al código procesal civil y comercial por imperio del art. 278 LCQ. Cada jurisdicción, acudirá a su propio código de procedimiento local. Esa misma

norma, que ningún distingo introduce, es la que frente al crédito laboral autoriza a que la remisión sea entendida respecto de la ley procesal aplicable por los juzgados del trabajo a condición de que sea acorde “con la rapidez y economía del trámite concursal”.

Y es allí donde se empeña en armonizar uno y otro régimen. Hecha mano del precedente “Clínica Marini” (C.534, XLIV, 1.8.13), sobre caducidad del dividendo concursal (art. 224 LCQ), materia en la cual tampoco el legislador distingue según la naturaleza del crédito, para dar por operada tal caducidad. Se identifica con dicha situación donde también el togado estaba desprovisto de norma expresa que le permitiera evitar pérdidas de derechos para los acreedores laborales por su inacción. Allí, el Címero Tribunal valoró: la brevedad del plazo, que no podía presumirse que los acreedores laborales hubieran renunciado a percibir sus créditos de naturaleza alimentaria, que muchas veces se les dificulta en este tipo de procesos mantener el contacto con sus letrados.

No puede menos que reconocerse que estamos frente a situaciones similares: plazos breves, créditos alimentarios y acreedores que muchas veces se pierden en tan largo derrotero.

Inspirado entonces en la solución alcanzada en el precedente citado que ordenó notificar previamente al acreedor en su domicilio real, este magistrado mandó que la caducidad se resuelva, habiendo dado previamente la oportunidad al acreedor laboral de expresar si mantiene su interés en la prosecución del incidente actuando en consecuencia, *“para sólo recién allí y frente a la actitud asumida por el acreedor laboral, resolver si debe o no declararse operada la caducidad de la instancia”*. Nada que no nos evoque el trámite de caducidad de instancia en Provincia de Buenos Aires, para todos los procesos civiles y comerciales.

Así, parece tomar un camino que no desconoce que no deben eternizarse los procesos ni desconocerse los derechos de los demás acreedores a las sumas reservadas, pero que en modo alguno se desentiende de los créditos de estos sujetos de preferente tutela. Así, “prudencialmente” entendió esta intimación *“debe ser al menos 10 días, de manera que su letrado, habitualmente patrocinante, articule las diligencias necesarias para contactarlo”*

Prudente criterio...y audaz. Todos los interesados, debidamente considerados.

ⁱ <https://www.casi.com.ar/sites/default/files/Caducidad%20de%20instancia.%20Incidente%20de%20revisi%C3%B3n.%20Intimaci%C3%B3n%20previa..pdf>

ⁱⁱ CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO COMERCIAL, SALA C

RT Construcciones SRL s/quiebra s/incidente de verificación (por Carabajal Amancio) • 14/03/2013

Cita: TR LALEY AR/JUR/13145/2013

ⁱⁱⁱ CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO COMERCIAL, SALA D

Cabañas Las Acacias S.A. s/ quiebra s/ Incidente de pronto pago promovido por Vallejos, Carolina Rosana • 08/05/2018

Cita: TR LALEY AR/JUR/15648/2018

^{iv} JUZGADO COMERCIAL 20 - SECRETARIA No 40

29974/2012/9 - LACABRIL S.A. s/QUIEBRA s/INCIDENTE DE

VERIFICACION DE CREDITO P/ ALDERETE, AMELIA

YOLANDA, 1/11/2022.

¿EL SÍNDICO PODRÍA SER COADMINISTRADOR?

AUTORA: Sandra Marcela Di Mecola

El síndico del concurso preventivo no puede ser designado coadministrador en el caso de que le quepa a la concursada la medida prevista en el art. 17 LCQ. El coadministrador debe ser elegido mediante los procesos reglamentarios previstos.

Nos impulsa a esta ponencia un fallo de la Sala F, autos DOMINIQUE VAL S.A. s/ CONCURSO PREVENTIVO s/INCIDENTE DE TRANSITORIO s/INCIDENTE ART 250. EXPEDIENTE COM N° 14325/2016/15/1,¹ en los que se confirmó una sentencia de primera instancia manteniendo la designación del síndico del concurso como coadministrador, medida adoptada por la violación del art. 16 y en aplicación del art. 17 LCQ. En esta designación se omitieron las reglas previstas por la Resolución CM 528/05 y 589/08 que, por un lado, crean un Registro y por el otro, establecen sorteo para este trámite.

Algunas apostillas sobre estas medidas....

El nombrado art. 17 LCQ prevé medidas diversas frente a ciertos actos que, o bien pueden poner en riesgo la integridad del patrimonio del deudor o, que importan violar el deber de cooperación del concursado. En el primer caso, las medidas tienen una finalidad cautelar, más allá de la sancionatoria. En el segundo, tienen un efecto sancionatorio y, entendemos, disuasorio de ulteriores reiteraciones de la conducta.

¹ Fallo del 3.8.2023

En su segundo párrafo indica cuáles son las causas merecedoras de medidas para cautelar o para sancionar. Por orden de enumeración:

- 1) la realización de actos prohibidos o de actos sujetos a autorización sin contar con ésta (art. 16 LCQ),
- 2) la violación de restricción de viaje al exterior (art. 25 LCQ),
- 3) la ocultación de bienes,
- 4) la violación del deber de información sea al juez o al síndico y/o falsedad en la información producida
- 5) realización de algún acto en evidente perjuicio para los acreedores.

La sanción prevista es la **intervención judicial de la administración**. Se trata de una figura genérica que comprende diversos subtipos que responden a diversos grados. El grado máximo es la separación de la administración, cuando la finalidad es derechamente **sustituir** mediante la designación de un administrador con desplazamiento del concursado. En grado inferior, la administración por el concursado se puede **limitar** mediante la designación de un coadministrador o simplemente se la puede **controlar** mediante la designación de un veedor o interventor controlador concursado.

No podemos dejar de recordar que los hechos que pueden motivar el apartamiento de la administración del patrimonio del concursado (o la designación de un coadministrador o veedor) deben ser observados con carácter sumamente restrictivo y las **sanciones deben ser proporcionales a la magnitud de la falta o a su recurrencia**.

Están legitimados para pedir estas medidas o denunciar los actos merecedores de éstas tanto el síndico como cualquier acreedor. Si hubiera comité de control, cualquiera de

sus miembros. El juez, de conformidad, con el art. 274, LCQ, podría adoptarlas de oficio.

En el fallo bajo análisis, han sido suficientes la reticencia e imprecisión en la información brindada por la concursada relativa a sus registraciones contables, fuente de ingresos y desarrollo de su actividad comercial para que se le ordenen las medidas. Así se le achacaron a la concursada las siguientes cuestiones:

1) Balance del Ejercicio cerrado a diciembre 2020, presentado fuera de término (20/04/2022) y, respecto del correspondiente al año 2021, primero se informó que estaba trabajando en ello y que sería presentado cuando se termine. Luego, se lo presentó al momento de fundar el memorial y el auditor informó allí que “...la información contable adjunta no presenta razonablemente, en todos sus aspectos significativos sobre la situación patrimonial de DOMINIQUE VAL S.A. al 31 de Diciembre de 2021, así como sus resultados, la evolución del patrimonio neto y el flujo de su efectivo correspondientes al ejercicio económico terminado en esa fecha, de conformidad con las normas contables profesionales argentinas”.

2) Falta de registro de ventas en los últimos meses sin que se hubieran adoptado acciones tendientes a obtener rentabilidad, sobretodo considerando el estado procesal en que se encontraban las actuaciones principales.

3) Relación existente entre la deudora -que habría dejado de operar sus negocios- y otra empresa *in bonis* que desarrolla por cuenta propia y en interés de la concursada servicios de gestión de cobranzas y pagos, la cual adquirió productos de la concursada para luego venderlos a aquellos clientes de aquélla que solicitan unificar los sujetos de las cuentas de pago.

La sanción que mereció fue la designación de un coadministrador.

Y fue apelada tanto la medida cuanto la persona en quien recayó la designación.

La medida de designación de coadministrador

Esta medida fue confirmada por el Superior a pesar de las quejas de la concursada que minimizó cada uno de los fundamentos con argumentos de escasa solidez, del estilo que resultaban “meramente dogmáticos” que “carece de sustento normativo suficiente que justifique la intervención de la sociedad”, o que “las observaciones realizadas por el Síndico resultan en su mayoría falsas y erróneas”.

¿Se justificaba tal medida?

Nosotros creemos que, por lejos, resultó impecablemente decidido. Quien se presenta en concurso preventivo, goza de algunas ventajas: negocia con la tranquilidad de que los intereses de los créditos están suspendidos, de que no se iniciarán nuevos juicios y suspenderán los que estén en trámite si fueran de contenido patrimonial y de causa o título anterior a la presentación, se suspenderán remates...y hasta quienes sin duda eran acreedores pasan a ser “pretensos acreedores” ya que si no logran superar el tamiz impuesto por el trámite verificadorio, carecerán de la invitación a participar del convite. O sea, que hasta negocia sabiendo que quizás sus “interlocutores” serán menos numerosos que en origen. Todas estas ventajas, deben tener una contrapartida: mostrar la real situación patrimonial, lo que debe cumplirse no solo en la ocasión del art. 11 LCQ sino a lo largo de todo el proceso. Por tal motivo, la administración por el concursado es “vigilada” por la sindicatura y está obligado a dar la información que se le solicite. Mostrar los balances, parece básico como forma de informar y precisamente esto se estaba omitiendo. No se puede perder de vista que el objetivo del concursado ha de ser superar su estado de cesación de pagos mediante un acuerdo que alcance con la mayoría de ley de acreedores. Éstos deben decidir si acompañan la propuesta. No debería ser una “apuesta” la conformidad que presten sino una decisión tomada sobre la información aportada. Es que, como se señalara ² “La

² ASIMETRÍA DE LA INFORMACIÓN. EL ROL DE LA INFORMACIÓN CONTABLE EN LAS EMPRESAS IN BONIS Y EN PROCESOS CONCURSALES

realidad es que el mercado se maneja, en términos generales, en un contexto de incertidumbre, donde muchas decisiones se adoptan intuitivamente y donde hay personas que disponen de información y otros que no disponen de ella". Esta asimetría de la información trae consecuencias no deseadas. La transparencia y la información son herramientas necesarias, aunque no suficientes, para el desarrollo de un mercado, sigue indicando el mismo autor. No resultando exigible al deudor un "plan de empresa" al formular la propuesta de acuerdo a sus acreedores, deviene necesario que, cuanto menos, éstos cuenten con la información necesaria para prestar o no su conformidad. Si el deudor concursado resulta ser el único depositario de la información puede abusar de esa asimetría de información para lograr que los acreedores presten su conformidad con propuestas que no resultan atractivas...ni siquiera dignas, en muchos casos, "socializando" más porción de pérdida con la comunidad de acreedores, para su solo beneficio...y para el perjuicio del resto de la sociedad.

Esto ya era suficiente para justificar la medida, pero a la informalidad grave en el manejo de sus registraciones contables³, se le suma el cese de la actividad comercial al no registrar ventas en los últimos meses, sin adoptar acciones tendientes a obtener rentabilidad y la reducción de la planta de empleados a dos; todo ello incompatible con la situación de concurso preventivo, por cuanto compromete seriamente su patrimonio, en contravención a lo que se espera de una sociedad que busca una solución concursal para superar sus dificultades económicas.

El deber de cooperación del deudor parece claramente violado al no brindar lo mínimo como son sus balances. La desprotección de la integridad del patrimonio parece palmaria: De pronto, hay nulas ventas y ninguna estrategia a pesar de aspirar a la solución preventiva.

Fushimi, Jorge F.

Publicado en: RDCO 281 , 623

³ Sentencia de Ira. Instancia de 14.12.2022

Por tanto, reaccionar con suficiente celo ante el retaceo de información sumado a la sospechosa inacción de quien más debe esforzarse para recuperarse para poder atender en su hora al acuerdo que eventualmente logre, es de lo más deseable para preservar los valores económicos de toda la comunidad. En este caso, lo que ocultó la concursada fue el devenir de la empresa al no exhibir sus balances a lo que se sumó una conducta reñida con su propio interés al no tomar medidas ante las ventas inexistentes. Como consecuencia de ello, resulta lógico que se designe un coadministrador de manera tal que la concursada no burle sus obligaciones ni abuse del proceso y para que quede debidamente protegido el crédito. Así, la intervención del administrador se dispuso por seis meses para a) intervenir en todo acto de administración, b) para librar válidamente cualquier cheque la sociedad; c) informar acerca de la marcha del giro social, así como la corrección de los registros y estados contables de la sociedad y rúbrica de nuevos libros; d) auditar la totalidad de la documentación aludida por la concursada en su defensa d) informar sobre la situación patrimonial de la empresa y su estado financiero pudiendo, en caso de estimarlo pertinente, convocar Asamblea Extraordinaria a los efectos de tratar en la Orden del día los aportes de los socios, regularización del Balance General 2020 y la confección del Balance General 2021, como así también la reconstrucción del capital; y cualquier otro punto que considere de interés.

Resguardada quedó así la integridad del patrimonio y sancionada la falta de cooperación. No se puede más que coincidir con la **toma** de la prudente medida y con la medida misma. Cuesta mucho más coincidir con la selección de la persona en quien recayó tal designación... que fue la misma sindicatura concursal.

El síndico concursal como coadministrador en ocasión del art. 17 LCQ

Nos concentraremos ahora en este aspecto del fallo: la designación del mismo síndico concursal como coadministrador. La sentencia del Superior también confirma este aspecto del fallo, con disidencia de la Dra. Alejandra Tévez.

Partimos de la siguiente plataforma legal: Las Resoluciones del Consejo de la Magistratura 528/05 y 589/08. Lo cierto es que, con su dictado, toda vez que corresponda la cobertura de alguno de los cargos referidos, los tribunales nacionales y federales con asiento en la Capital Federal, deberán designar a un profesional por sorteo de entre los integrantes de las listas de auxiliares de la Justicia confeccionadas por el Colegio Público de Abogados o eventualmente el Consejo Profesional de Ciencias Económicas.

A simple vista, la designación efectuada en Ira. Instancia no siguió dicha normativa y no fundó dicho apartamiento. No se nos escapa que existen precedentes en los que esto ocurre ocasionalmente, aunque en esos casos también se funda el viraje elegido para colocarse por fuera de la norma. Así se ha fundado en que *“en función de su especialización, conocimiento del funcionamiento del ente adquirido en este tiempo, sumado a que se trata de un letrado que fue designado judicialmente e integra las listas antes referidas, entiendo conveniente la designación del veedor judicial nombrado en la causa 13146/09 (N.N. s/hechos relacionados con Papel Prensa SA), Dr. Carlos O. F. Bianchi (presentado a fs.976), designación que hasta donde tengo conocimiento, no fue cuestionada por las partes”*.⁴

En este caso en análisis, ni siquiera sabemos que quien fuera designado, integrara las listas, a diferencia del caso citado. Y también, distinguiéndose del caso sentenciado por Eduardo Malde, respecto de esta designación, sí se ha alzado la concursada señalando el apartamiento de la normativa vigente, a lo que sumó que entendía que el

⁴ JUZGADO NACIONAL DE 1A INSTANCIA EN LO COMERCIAL NRO. 2
E.N. c. Papel Prensa S.A.C.I.F. y de M. • 08/03/2010
Cita: TR LALEY AR/JUR/397/2010

síndico estaba alcanzado por las normas del art. 17 CPCCN, en tanto ya había señalado presuntos delitos de falsedad de balances, entre otras cuestiones.

El argumento de la sentencia confirmatoria se centró en una cuestión de orden práctico: carecía de utilidad por el avance de las actuaciones -en la medida que la coadministración había finalizado- dejar sin efecto tal nombramiento. Para así decidir, se ponderó que el funcionario sindical había ya presentado el informe “período hasta abril 2023”, dejando a salvo que ese Tribunal no estaba llamado a efectuar consideración alguna sobre su contenido.

No fue esta la mirada de la camarista disidente, Alejandra Tevez. Tampoco la de la fiscal ante la Cámara. Ambas, buscan encausar lo que puede comenzar a torcerse, cuidando con celo bien justificado el apego a las disposiciones vigentes. Es que persistir en el apartamiento de la normativa, trae continuar con desprolijidades innecesarias:

- a) Ya es suficiente motivo para no persistir, el que se haya señalado por uno de los interesados que la designación se apartaba de la ley.
- b) Se aduna que no se sabe si el síndico concursal está inscripto en las listas, aún si se obviara el trámite de su sorteo
- c) ¿Qué ocurriría si se decidiera prorrogar o reiterar la medida una vez vencido el plazo de 6 meses? ¿Significaría esto que la sentencia confirmada es una “luz verde” para seguir operando al margen de la Resolución?
- d) Por último y quizás, de lo que más incomoda. El síndico concursal es quien está llamado a apelar la decisión de la intervención en caso de denegatoria. ¿No habrá en el futuro intereses contrapuestos cuando formule esta apelación o cuando solicite las medidas?

La línea de la citada magistrada disidente, así como se propicia en el dictamen fiscal, robustece la legalidad del proceso, la transparencia, evita controversia de intereses,

evita persistir en el apartamiento innecesario si se prorroga la medida y hace más confiable al proceso. Siempre tener la certeza de que todos nos estaremos a las normas vigentes nos insufla previsibilidad, cuestión nada despreciable en tiempos en que abunda la incertidumbre.

LXXVII ENCUENTRO DE INSTITUTOS DE DERECHO COMERCIAL DE LOS
COLEGIOS DE ABOGADOS DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES

Mar de Ajó 30 de noviembre y 1 de diciembre de 2023

Comisión: Sociedades.

Autora: MARIA VICTORIA GALANO MARCOS

Dirección y Datos Personales: Amancay 862 Fátima, Pilar, CP 1633, Celular 1140234890,
Mail galanovictoria@hotmail.com

Título: La aplicación de la perspectiva de Género en las Sentencias Judicial del Fuero
Comercial.

Sumario: Se trata de un caso en donde de, haberse aplicado la perspectiva de género en la
sentencia, la sociedad no hubiese sido disuelta. La formación de nuestros magistrados en
esta materia es fundamental para lograr la real igualdad consagrada en nuestra
Constitución Nacional y en los Pactos de Derechos Humanos.

Desarrollo:

El caso: Vamos a llamarla María por una cuestión de confidencialidad.

María tenía juntamente con su marido, una sociedad comandita por acciones. Ella poseía el 92 % de las acciones comanditarias y su marido el 8% del capital comanditado. Su 92 % lo adquirió previo al matrimonio con su dinero propio dado que, hasta que tuvo a sus 5 hijos, trabajaba. Luego del nacimiento de su primer hijo, dejó de trabajar y pasó a ser ama de casa y se desentendió de la Sociedad.

Su marido fallece y ella con 52 años y sus hijos de 8, 11 , 15, 18 y 20 años quedó sola.

Los herederos de ese 8 % comanditado, no eran solo sus hijos, sino también tres hijos del matrimonio anterior de su marido fallecido.

Aclaro que esto transcurrió durante ente los años 2009 y 2019, en esa época hablar de perspectiva de género estaba totalmente fuera de agenda judicial.

Los hijos del primer matrimonio, a quien llamaremos Mariano, Juan Pablo y Martin, iniciaron 5 años después del fallecimiento de su marido, un expediente por disolución de la sociedad, aludiendo que no se había procedido a la regularización de la misma, en el plazo de tres meses de la fecha de fallecimiento del socio comanditado.

La situación de María al momento del deceso de su marido fue tremenda, pasar a ser madre y padre al mismo tiempo, contener a sus hijos y además pasar a manejar el patrimonio que, ya hacía más de 20 años que no tenía control del mismo.

La sociedad continuó, luego de poder reponerse, con todas sus actividades, es decir, al momento del pedido de disolución, la totalidad de los activos estaban intactos, las finanzas perfectas, pero, no así su parte Estatutaria.

En resumen, ¿qué sucedió con el expediente? Se decretó la disolución de la sociedad con efecto retroactivo a la fecha de fallecimiento del socio comanditado.

Si bien se planteó que primaba la continuación de la sociedad, sobre el pedido de disolución de solo el 2,66 % del capital comanditado y que, el resto de los socios, es decir el 92 % del capital comanditario y el 5,33 % del capital comanditado, querían continuar con la Sociedad, porque su actividad continuaba vigente, por un formalismo rígido , la misma fue disuelta sin más.

Ahora bien, que hubiese sucedido si en ese momento se aplicaba la perspectiva de género: a mi entender, jamás se disolvería esa sociedad.

El contexto analizado es tener en cuenta que, en principio en la justicia la mayor cantidad de litigantes son sociedades representadas por varones, las mujeres en este ámbito siempre hemos sido vistas de otra manera, hoy en día se podría decir que, se nos consideraría como iguales en una contienda judicial.

Debió existir un debido análisis de los hechos y de pruebas que se debieron producir para probar la situación de vulnerabilidad en la que se encontraba María.

Hay una clara relación de poder: los hijos del primer matrimonio, todos los demandantes varones, el abogado varón, el juez varón, el secretario varón. Ni una mujer que pudiese entender la problemática de las mujeres que desarrollamos tareas múltiples y, mayor aun en este caso que fue de forma intempestiva. Esto no significa reducir a la mujer a una persona incapaz de llevar adelante todo esto, al contrario, como antes lo dije, María luego de poder reacomodarse llevo adelante la sociedad durante años, sin hacerle perder un solo activo y/o ingresos.

Quien tomaba las decisiones en la sociedad era su marido fallecido, no ella. Esto se producía de manera natural, dada la cultura machista imperante años atrás.

El Juez en sus decisiones, debe sobreponerse a sus propios prejuicios evitando que la decisión se vea afectada por ellos.

El acceso a la justicia tiene su valor más alto en la dignificación de la mujer, en este caso en particular, y el reconocimiento de lo injusto solo puede hacerlo el Juez a través de su sentencia.

Una mujer con la mayoría accionaria, sola con cinco hijos y llevando adelante su patrimonio como podía, debía ser contemplado el hecho de su género para haber fallado de otra manera.

Hay muchos fallos que tiene en un compendio la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION, pero en su mayoría son casos penales y luego siguen los de familia. En el ámbito comercial no he encontrado un solo fallo con perspectiva de género.

Considero que se debe hacer un protocolo específico para la justicia en lo Comercial, ya sea en Capital Federal y en provincia de Buenos Aires, para poder aplicar la perspectiva de género.

Se debe resaltar la importancia de comprender que la perspectiva de género es una herramienta que contribuye a avanzar hacia la igualdad y que una de las principales dificultades en esta tarea es precisamente la deconstrucción de los estereotipos de género que infravaloran y discriminan a la mujer estando inserto¹s de forma sutil, irreflexiva y arraigada en la cultura.

“Es importante tomar en cuenta los instrumentos orientados a las políticas públicas para entender la manera en que la perspectiva de género ha sido trasladada posteriormente al ámbito de la judicatura, tanto en tribunales internacionales como nacionales; no solo a algunos ámbitos del derecho sino al conjunto de ramas jurídicas. De esta manera, los jueces y juezas debemos tener en cuenta la perspectiva de género a la hora de aplicar e interpretar las normas jurídicas, dando aplicación plena a la función de garantizar los derechos humanos para todas las personas sin distinción.”¹

El Estado tiene la obligación internacional de prestar todos sus esfuerzos en remover todas las barreras y obstáculos para el ejercicio del derecho a acceder a la justicia y de esta forma asegurar la efectividad del sistema y la garantía del derecho a la igualdad, tal y como lo dispone el artículo 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que obliga a los

¹ Sierra Porto, Humberto, Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Conferencia sobre Derechos Humanos, Igualdad y no Discriminación. Seminario Internacional “Buenas prácticas de la administración de justicia en la aplicación del principio de igualdad. La perspectiva de género, un desafío para la no discriminación”. Santiago de Chile, abril 18 de 2018.

Estados Partes no solamente a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella, sino a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona sujeta a su jurisdicción.

Para alcanzar sus objetivos, el proceso debe tener en cuenta los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia. Es así como se atiende el principio de igualdad ante la ley y los tribunales la correlativa prohibición de discriminación

La presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses. Si no existieran esos medios de compensación, ampliamente reconocidos en diversas vertientes del procedimiento, difícilmente se podría decir que quienes se encuentran en condiciones de desventaja disfrutan de un verdadero acceso a la justicia y se benefician de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes afrontan esas desventajas” 2

Dadas la cantidad de circunstancias que se presentan como barreras en el acceso a la justicia y/o en la sentencias con perspectiva de género , se torna una exigencia para el Estado, el fijar e implementar políticas públicas que consideren el enfoque de género, la interculturalidad y la diversidad, tomando en cuenta la realidad de cada país, desarrollando capacidades y un conocimiento en los funcionarios/as judiciales sobre los marcos jurídicos y políticos internos e internacionales de Derechos Humanos, que desarrollan de manera amplia el derecho a la igualdad y principio de no discriminación de las mujeres, así como de otras personas que se encuentren en situación de vulnerabilidad, indispensables hoy para la correcta aplicación de justicia, permitiendo así a toda la sociedad que logre el disfrute de sus DDHH.

Se requiere entonces, un ejercicio de revisión de la forma en que se ha interpretado y aplicado el derecho, donde el papel protagónico lo tiene el juez en su condición de aplicador de la ley, asegurando que la lectura e interpretación de la ley por parte del juez responda a garantizar a todas las personas sin distinción alguna el pleno ejercicio de sus derechos, reconociendo de esta forma, la más adecuada aplicación del principio de igualdad y no discriminación. Debe el juez interrogarse ante la norma, tener presente el carácter aparentemente neutral de la ley, que puede esconder explícita o sutilmente pensamientos, creencias, intenciones, que afectan la dignidad humana.

Sumándose a lo expuesto, han de tenerse en cuenta tres aspectos o dimensiones importantes en la comprensión del derecho a la igualdad y su aplicabilidad real. En primer lugar, debe entenderse que este derecho debe comportar una igualdad formal, es decir, la protección que se consagra en las leyes y obliga al Estado a garantizarla. En segundo lugar, la igualdad material, implica para los Estados la obligación de hacer efectivo este derecho y además, hacer todo lo posible por transformar y erradicar las causas de la desigualdad. En tercer lugar, debe haber una dimensión de igualdad con enfoque diferencial, para brindar protección a las personas en situación de vulnerabilidad manifiesta.

La interseccionalidad es aquella herramienta metodológica que permite entender cómo se cruzan y concurren en una persona o en un colectivo, diferentes categorías sospechosas de discriminación (Ejemplo: mujer, mapuche, adolescente, pobre, embarazada que reclama un servicio de salud), tornando más grave la experiencia de desventaja. La figura de la interseccionalidad ayuda en la comprensión de cómo estos casos comportan mayor

gravedad y por lo tanto, requieren de un análisis de mayor complejidad en la toma de las decisiones judiciales.²

La interseccionalidad se erige como un mecanismo útil en la tarea de garantizar los DDHH y el acceso a la justicia, pues emerge frente a la necesidad de analizar de manera integral y multidimensional, la realidad que viven no solo las mujeres en el ejercicio de sus derechos, dado que muchos enfoques, incluido el enfoque de género, ven la discriminación como la suma de múltiples factores, que se interrelacionan generando entre toda la desigualdad. “Pero dichos enfoques no reconocen la unicidad del fenómeno que ocurre allí donde se cruzan los distintos tipos de discriminación: Cuando se pierde de vista el contexto y el carácter cualitativo de la discriminación en tanto experiencia, también se pierde el sentido veraz del reclamo” (3)

En Chile existe ya un Cuaderno de Buenas Prácticas para Incorporar la perspectiva de Género en las sentencias. El Poder Judicial Chileno se comprometió con la garantía del acceso a la justicia a todas las personas, sin distinción de su edad, discapacidad, raza, origen étnico, clase social, orientación o identidad sexual, identidad de género, religión, condición de migrantes, opinión política, origen nacional o social, posición económica, entre otros factores.

El Cuaderno de Buenas Prácticas, ha sido preparado con el apoyo del Programa para la Cohesión Social en América Latina (EUROSOCIAL), buscando reflejar en él, la incorporación de elementos básicos para el análisis de los casos y su contexto, como escenario en el que se manifiestan estereotipos, desigualdad y discriminación; temas todos determinantes de una interpretación y aplicación integral, compleja y diferenciada del derecho vulnerado o en litigio, que principalmente fijan el acceso a una justicia justa.

Este documento tiene por objetivo entregar a la judicatura chilena un CBP que tendrá como producto final una Matriz de Análisis que servirá como herramienta de trabajo para contribuir con la incorporación de la perspectiva de género en las sentencias.

También se ha creado una Matriz de Análisis para la aplicación del derecho a la igualdad y el principio de no discriminación, en donde se explica como analizar, identificar y actuar en estos casos.

En nuestro país, existe la Ley Micaela que es estudiada por los actores del Poder Judicial, pero, más en el fuero penal y de familia, como ya lo expresara. Hay un protocolo de actuación establecido por el Estado Nacional, pero aún no hemos logrado algo específico en la materia para aplicarse en las sentencias del Fuero Comercial.³

Encontramos un fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial:

² Cuaderno de Buenas Prácticas para Incorporar la perspectiva de Género, Poder Judicial de la República de Chile.

³ Association for Women's Rights in Development - AWID. L'Association pour les droits de la femme et le développement Asociación para los Derechos de la Mujer y el Desarrollo. Derechos de las mujeres y cambio económico. No. 9, agosto 2004. 215 Spadina Avenue, Suite 150 Toronto, Ontario Canadá. awid@awid.org

“Los fundamentos centrales donde se utiliza el enfoque surgen de los párrafos que siguen: “Con sustento en los principios y valores que fluyen de las convenciones internacionales que integran nuestro bloque de constitucionalidad, junto a las específicas previsiones de orden público que surgen de las leyes 26.061 y 26.485, el Tribunal se encuentra habilitado para decretar oficiosamente la inoponibilidad de los efectos concursales exclusivamente respecto de la acreencia de la menor víctima de abuso sexual dentro del establecimiento educativo de la concursada. Esto implica que el presente proceso, si bien válido para el resto de los acreedores concurrentes, exhibirá una ineficacia relativa respecto de aquella, quien mantendrá sus derechos y/o su situación legal como si el concurso preventivo no existiera a su respecto.” “Si se aceptara que el crédito derivado de una indemnización por abuso sexual se redujera por efecto de lo normado en los arts. 19 y 55, LCQ quedaría totalmente desdibujada la especial, mayor, prioritaria y efectiva tutela deferida a las niñas víctimas de violencia de género que consagran los instrumentos internacionales y las leyes internas. Además⁴ de provocarse la revictimización de la niña, todo a expensas de un criterio interpretativo que no satisface ni conforma aquellos mandatos que deben primar en el análisis jurídico cuando involucra tópicos tan sensibles como la de la especie.” “El conflicto traído a estudio no merece ser abordado exclusivamente con la regulación específica de la ley de concursos y quiebras, sino que resulta inexcusable la ocurrencia a las pautas provistas por los instrumentos de protección internacional de los derechos humanos que amparan a las niñas víctimas de abuso desde un doble orden tuitivo: en cuanto niñas y mujeres.” “La decisión que se adopte en la especie debe garantizar la efectividad de los derechos en juego, con la prevalencia y máxima exigibilidad que las normas prevén a su respecto. Dicho de otro modo, cabrá definir en el caso concreto la especial protección deferida a la niña, víctima de violencia de género, en relación con el tratamiento de su crédito en el presente proceso concursal.” “No puede prescindirse de la diversidad, ni de los derechos especiales que tienen los niños, niñas y adolescentes o las mujeres violentadas por su condición. Aquellos derechos y garantías no constituyen solo un postulado doctrinario sino un imperativo constitucional que se erige, nada menos, que en pauta determinante de la nueva perspectiva que debe informar el sistema.” “Pretender ampararse en un régimen legal, como es el sistema de los privilegios concursales, que fue diseñado en base a la disputa de derechos patrimoniales que cuentan también con protección constitucional, no puede significar el desplazamiento de principios especiales de protección, asentados en la eliminación real de la desigualdad y la indignidad en el trato (del voto del Dr. Barreiro).” (4).

“...Análisis con perspectiva de género. El fallo consideró las cuestiones implícitas que rodearon el caso, reconociendo la situación de vulnerabilidad de la niña con criterio interseccional, pues consideró la doble condición de “niña y mujer” cumpliendo de este modo con los estándares internacionales. Reconoció el valor de la normativa interna en materia de violencia⁵, en tanto el fallo es definido también por la situación de violencia de la víctima acreedora en el concurso. Analizó las normas aplicables, apartándose de la solución dada por el ordenamiento doméstico (arts. 19, 55 y 56 y orden de privilegios

⁴ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala F “Fundación Educar s/ concurso preventivo” 15/12/2021. TR LALEY AR/JUR/195646/2021 Publicado en: La Ley Next Online

⁵ DECONOMI: AÑO V – NÚMERO 16 1 “Huellas de la ‘perspectiva de género’ en la jurisprudencia comercial.” por Ana C. Alonso y Patricia A. Fernández Andreani

establecido en la Ley 24522) en pos del derecho internacional de los derechos humanos, considerando su prevalencia por sobre la ley nacional de concursos y quiebras. Efectuó un análisis compensatorio en tanto contempló la situación de desigualdad en la que se encuentra la niña acreedora frente al resto, causada por su vulnerabilidad por motivos de edad (niña) y género (mujer) víctima de violencia, apartándose de la norma aplicable al caso y creando una solución alternativa para equiparar la desigualdad estructural existente con el resto de las/os acreedores del concurso. El fallo en cuestión es un ejemplo de especial sensibilidad en el análisis de los hechos...” DECONOMI: AÑO V – NÚMERO 16 1 “Huellas de la ‘perspectiva de género’ en la jurisprudencia comercial.” por Ana C. Alonso y Patricia A. Fernández Andreani

Conclusión:

Creo que tenemos un largo camino por deconstruir para que, no solo sea aplicado a las mujeres, sino también a todos aquellos colectivos que sufren discriminación. Estamos en ello y espero avancemos para honrar los pactos con Jerarquía Constitucional a los que han adherido nuestro país, esto también es la aplicación de los Derechos Humanos en las sentencias comerciales y por ende, la perspectiva de género.

Bibliografía

DECONOMI: AÑO V – NÚMERO 16 1 “Huellas de la ‘perspectiva de género’ en la jurisprudencia comercial.” por Ana C. Alonso y Patricia A. Fernández Andreani

Poder Judicial de la República de Chile, Matriz de análisis para la aplicación del Derecho a la Igualdad y el Principio de no discriminación.

Poder Judicial de la República de Chile, Cuaderno de buenas practicas para incorporar la perspectiva de Género en las Sentencias.

Primer compendio de sentencias con perspectiva de género de la Argentina. Reúne 110 resoluciones dictadas entre 2017 y 2020. Fue elaborado por la Oficina de la Mujer de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

LXXVIII ENCUENTRO DE INSTITUTOS DE DERECHO COMERCIAL DE LOS COLEGIOS DE ABOGADOS DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES.-

MAR DE AJO, PARTIDO DE LA COSTA, noviembre y diciembre de 2023.-

PONENCIA:

Los intereses que potencian la conservación de las empresas pueden ser de tipos diversos sin que pueda prescindirse de ninguno a la hora de la continuación de las empresas útiles: INTERESES SOCIALES, ECONÓMICOS, INTERESES POLÍTICOS, ESTRATÉGICOS Y DE SEGURIDAD Y POR SUPUESTO INTERESES DE MERCADO.-

AUTORES: Horacio Pablo, Guillermo Horacio Francisco y Andrés Alejandro Garaguso.-

INSTITUTOS DE DERECHO COMERCIAL Y CONCURSAL DEL COLEGIO DE ABOGADOS DE MAR DEL PLATA y de los GRADUADOS DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD ATLANTIDA ARGENTINA.-

FUNDAMENTACION:

En los últimos tiempos y producto de la presión que realiza el sector financiero sobre el pensamiento jurídico se ha pretendido reducir la cuestión de la solvencia o insolvencia empresaria a una situación que solo afecta los intereses de acreedores y deudores y eventualmente de los mercados.-

Nada ha cambiado de forma tal que justifique el abandono de la doctrina clásica, aquella que expusieron magistralmente Raimundo Fernandez y Mauricio Yadarola durante la década de 1930 motivados por la crisis mundial que comenzó por aquellos años. Nos animamos a decir que nuevos intereses campean junto con los precedentes, tal como ocurre con la defensa de los mercados, de los consumidores y de género – tema que ocupará otra de las ponencias que redactaremos- cuestiones que han ganado un espacio dentro del mundo de la insolvencia.-

En el mundo “la conservación de las empresas” que tienen intereses estratégicos como las fábricas de combustible para misiles, o de armas, o tecnológicas es una cuestión que afecta y conmueve a los estados. Lo mismo ocurre con las que generan con fines medicinales isótopos radiactivos o laboratorios que experimentan con virus o bacterias, ellas hoy tienen relación directa con fines estratégicos. Observar lo que sucedió con las vacunas contra el COVID, y meditar lo que tuvieron que hacer estados como Cuba, generando sus propias vacunas para soslayar las presiones

internacionales dirigidas contra sus comunidades. En nuestro país tenemos empresas que producen tecnología para la fabricación de cohetes y misiles, y por cierto que existe un interés estratégico con relación a las mismas. Es tiempo de analizar porque los últimos lanzamientos de la NASA no se realizaron desde Cabo Kennedy, sino desde la Guyana Francesa, que es precisamente el lugar desde el cual fueron elevados al espacio los satélites de la serie ARSAT.-

En medio de la reciente crisis bancaria en USA el estado salió a proteger a varios bancos vinculados con la financiación de proyectos de seguridad o tecnológicos. Es necesario abundar e investigar el porque de dicha tutela?

Para el pensamiento neoliberal los intereses que resguardan las leyes concursales son UNICAMENTE los de los intereses privados afectados por la insolvencia. Nada más inexacto: la normativa concursal en los países de vanguardia se inspira en la tutela de:

- * INTERESES ESTRATEGICOS
- * INTERESES POLITICOS
- * INTERESES SOCIALES
- * INTERESES ECONOMICOS
- * INTERESES ASOCIADOS CON LA SEGURIDAD
- * INTERESES DE MERCADO
- * INTERESES DE LOS CONSUMIDORES
- * CUESTIONES DE GENERO.-

No es posible reducir estos intereses, aunque algunas legislaciones lo han hecho...más pronto rectificaron su posición a la luz de la jurisprudencia que se fue generando. Un claro ejemplo de ello se dió en el caso “Allied Bank” o en el de “Líneas Aéreas de Nicaragua”, en los que por razones diplomáticas se excluyó la bancarrota dependiente propia del Bankruptcy Code.-

Mar del Plata, agosto de 2023.-

LXXVIII ENCUENTRO DE INSTITUTOS DE DERECHO COMERCIAL DE LOS COLEGIOS DE ABOGADOS DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES.-
MAR DE AJO, PARTIDO DE LA COSTA, Noviembre y diciembre de 2023.-

PONENCIA:

El uso de nuevas denominaciones para estructuras preexistentes no altera los mecanismos para la conservación de la empresa. Se los llame “acuerdos”, “plan de empresa concursal” o “reestructuración de los pasivos empresariales”, estos instrumentos son diversas denominaciones de fenómenos idénticos o de marcada semejanza.-

AUTORES: Horacio Pablo, Guillermo Horacio Francisco y Andrés Alejandro Garaguso.-

INSTITUTOS de Derecho Comercial y Concursal del Colegio de Abogados de Mar del Plata y del Instituto de graduados de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Atlántida Argentina.-

FUNDAMENTOS:

Dos tendencias en la legislación comparada predominan en punto al mecanismo técnico de resolución de la litis concursal: por una parte los sistemas que confían la solución a equipos técnicos con participación del estado a través de organismos especializados o el poder judicial y por el otro lado los que confían tal solución al “acuerdo” entre el deudor y los acreedores, sean estos asistidos o no por terceros en la búsqueda de los convenios que pongan fin a la crisis respetando la viabilidad de la empresa.-

En el primer grupo de estados encontramos los sistemas de Colombia y de Perú, con la gestión del INDECOPI. En el segundo se alinean las leyes concursales de Méjico y de nuestro país.-

El sistema de nuestra ley distingue tres tipos de acuerdos que ponen fin al conflicto concursal- aunque no resuelvan las razones de la crisis económica-, tales son:

a) Concurso preventivo, en el cual pueden existir pluralidad de acuerdos con categorías diversas de acreedores quirografarios y acuerdos con acreedores privilegiados, cuyo contenido es bien amplio: Dispone el párrafo segundo del artículo 43 de la ley 24522, que la propuesta puede consistir en cualquier acuerdo que satisfaga las mayorías legales, consignando expresamente y con carácter meramente indicativo algunos supuestos como quita, espera o ambas, reorganización de la sociedad deudora, constitución de sociedad con los acreedores quirografarios -aunque nada impediría que lo fuera asimismo con alguna categoría de acreedores privilegiados, accionariado de los trabajadores y la administración de todos o parte de los bienes en interés de los acreedores.-

b) Acuerdo preventivo extrajudicial en cuyo caso y conforme la regla del Artículo 71 de la normativa concursal el mismo goza de “libertad de contenido”.-

c) Acuerdo extintivo por unanimidad, al que nuestro sistema denomina avenimiento el cual conforme doctrina clásica está sometido a libre contenido, toda vez que solo se impone cuando es unánime, en cuyo caso no hay un interés superior en reglamentar el camino que las partes conforman.-

No tenemos en nuestra legislación concursal mecanismos asistidos como si poseen otros países: mediación y conciliación conforme la nueva legislación de Méjico, pero sí estaba prevista la conciliación para el proyecto de concurso de la persona humana y por cierto la mediación respecto del consumidor sobre endeudado.-

La ley concursal de Méjico eleva al acuerdo a la condición de mecanismo resolutorio de la insolvencia con dos esquemas diferenciados:

- 1) Plan de reestructuración previo celebrado por el deudor con los acreedores más significativos y
 - 2) Acuerdo en etapa de conciliación que puede celebrarse con todos los acreedores o con alguna categoría de ellos como el ACUERDO con los trabajadores o el ACUERDO con el Fisco o el Erario.-
- El primero se celebra sin participación de órganos concursales y no requiere mayoría especial y el segundo demanda la intervención del conciliador y está sometido a mayorías calificadas.-

En general los sistemas concursales realizan enumeraciones de instrumentos para reestablecer el equilibrio económico revelado por la suficiencia para atender a las obligaciones, así como que lo determinante para la apertura de los procesos es en general la insuficiencia, lo que muchas legislaciones denominan insolvencia y que en nuestro país se llama “estado de cesación de pagos” en general, pero que en una oportunidad llama “insolvencia”, lo que expone con claridad que en nuestra legislación se trata de sinónimos (Artículo 165 L. C.) desde que la norma distingue la “disminución de la responsabilidad patrimonial” de la “insolvencia”. En el artículo siguiente vuelve a usarse la expresión “estado de cesación de pagos”.-

Cuando el artículo 43 se refiere al contenido de la propuesta soslaya un paso necesario; “quita, espera o ambas” son formas de lograr un equilibrio en la capacidad de pago de los deudores, “reorganización de la sociedad deudora” es también un medio con idénticos fines. Diría Carbonell O’Brien que se trata de formas de reestructurar los pasivos para que se remedie la situación de

insuficiencia que generó la crisis concursal. No se trata de expresiones que se contradicen sino que se integran porque para recuperar el equilibrio empresario, la constitución de sociedad con los acreedores puede lograrse capitalizando los pasivos concursales.-

Efrain H. Richards insiste en que la propuesta de acuerdo preventivo es en realidad un “plan de empresa” enderezado a recuperar la solvencia, que a veces se traslada como un sacrificio a los acreedores y en otros caso recae en los socios, por “solidaridad” o “conveniencia” conforme el tipo societario.-

Queda entonces suficientemente claro que pese a las diversas denominaciones que se están empleando “el contenido de la propuesta” de nuestra legislación, no es más que una enumeración de instrumentos que pueden ser empleados para generar la reestructuración de los pasivos, lo que confiere nueva potencia a los activos.-

MAR DEL PLATA, AGOSTO DE 2023.-

LXXVIII ENCUENTRO DE INSTITUTOS DE DERECHO COMERCIAL DE LOS COLEGIOS DE ABOGADOS DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES.-

MAR DE AJO, PARTIDO DE LA COSTA, Noviembre y diciembre de 2023.-

PONENCIA - COMISION DE DERECHO CONCURSAL – COMPETENCIA PARA LA RESOLUCION DE LOS CONFLICTOS RELATIVOS A LOS BIENES DESAPODERADOS O INCAUTADOS.-

La universalidad -elegida como carácter fundamental de los procesos concursales por el legislador nacional – coloca a la totalidad del patrimonio del deudor bajo los efectos de los procesos reglados por la ley 24522, salvo las excepciones “legalmente establecidas respecto de bienes determinados”. Consecuencia de la universalidad y el alcance de los efectos de los concursos, es competencia del juez del concurso preventivo, del fideicomiso de administración y de la falencia, resolver la totalidad de las cuestiones que se susciten, tanto respecto de los bienes desapoderados, como de los incautados que no son propiedad del fallido, todo conforme las reglas expresas de los artículos 107 y siguientes y 177,179, 186 y 188 de la ley 24522.-

AUTORES: Horacio Pablo, Guillermo Horacio Francisco y Andrés Alejandro Garaguso.-

INSTITUTOS de Derecho Comercial y Concursal del Colegio de Abogados de Mar del Plata y del Instituto de graduados de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Atlántida Argentina.-

FUNDAMENTOS:

La presente ponencia está motivada en un excelente trabajo de Lidia Vaiser (MICROJURIS MJ-DOC -12012 AR/MJD 12013) el que fuera publicado el 4 de octubre de 2017, trabajo en el que censura la doctrina de dos salas de la Cámara Nacional de Comercio (Salas A y D), censura y crítica que desde ya anticipamos compartimos en forma expresa, y así lo sostuvo uno de los autores de la presente en obra específica vinculada a los efectos patrimoniales de los concursos (Garaguso Horacio Pablo, “Efectos patrimoniales de los Concursos”, Editorial Ad-hoc Buenos Aires 1998) y en otra más reciente vinculada a los efectos generales de dichos procesos (Garaguso Horacio Pablo, Efectos generales de los concursos, Editorial Suárez, Mar del Plata 2006).-

El caso planteado lo hemos visto repetidamente en la doctrina judicial de nuestra provincia de Buenos Aires y lo hemos censurado por afectar la regla de la universalidad y el fuero de atracción que caracteriza a los procesos concursales. En el caso y como dice Lidia Vaiser: “ Los detalles fácticos del caso indican que, en el activo falimentario, se encontraban comprendidos los derechos y acciones emergentes de un boleto de compraventa

inmobiliaria. Y que en el proceso de liquidación de los bienes de la quiebra, los mencionados derechos fueron adquiridos por un tercero en pública subasta”.

Tal como nos sucediera en un caso local, “el bien inmueble se encontraba parcialmente ocupado, situación que había sido adecuadamente publicitada”, tal como se sostiene en la sentencia, y, por ende, resultaba conocida por el adquirente, quien intentó en el marco de la quiebra obtener la desocupación del bien. Ahora bien el conocimiento de la ocupación no quita ni pone nada a la cuestión de la competencia para resolver sobre la ocupación del inmueble. Es relevante para descartar una acción de daños contra “el vendedor” pero nada tiene que ver con la resolución de la litis que la ocupación del bien subastado produce respecto del adquirente, que conserva su buena fe, sin que el conocimiento de la ocupación la modifique.-

“La pretensión fue denegada en la primera instancia, pronunciamiento que mantuvo la Cámara de Apelaciones en lo Comercial. Se señala así que las cuestiones atinentes a la legitimidad de la ocupación, por su naturaleza y complejidad, no constituye una simple decisión, por lo que resulta improcedente que el desalojo sea sustanciado y decidido por el juez de la quiebra, resultando necesario un amplio debate que permita un adecuado ejercicio de los derechos controversiales invocados por las partes”.

En apoyo de la sentencia y sus fundamentos, “se citan una serie de precedentes de la misma Sala interviniente, y un fallo emanado de la Sala A de la Cámara de Apelaciones, pudiéndose apreciar que los mismos fueron dictados en el marco de un proceso de ejecución singular, si nos atenemos a la carátula de los expedientes puestos como referencia”. De otro lado agrega Lidia Vaiser que “resulta interesante analizar si el proceso de quiebra puede o no brindar el marco adecuado para debatir la procedencia o improcedencia de derechos sustanciales vinculados a la ocupación de los bienes del activo falimentario, que es el meollo de la cuestión debatida”.

La distinguida colega estima que la vía incidental -a la que califica como un verdadero sumario- es apropiada para resolver las cuestiones vinculadas con los bienes que integran el patrimonio cesante. Ello respecto de los bienes comprendidos en el desapoderamiento en tanto que para aquellos que han sido incautados pero que no integran el patrimonio del deudor, la vía elegida para la restitución es abreviada como claramente se desprende del artículo 187 de la ley concursal.-

Ya tenía una posición semejante Efrain Hugo Richard, al entender de una manera amplia al fuero de atracción, todo en resguardo del interés del concurso -coincidente con él Lidia Vaiser- que es distinto del que corresponde al concursado-fallido y a todos los acreedores. Con cita de Barreiro Vaiser interpreta que el interés del concurso es “el

interés de la ley, a través de su contenido, de su espíritu y de su integración con los principios concursales en que se funde”, uno de ellos la universalidad que ya hemos citado y el otro el fuero de atracción que como efecto procesal producen todos los concursos, difiriendo su medida entre el preventivo y la quiebra.-

Para concluir debemos destacar que el sistema legal es integro en el caso analizado ya que en primer lugar la conservación y administración de los bienes corresponde al síndico el que para ciertos actos debe recabar “autorización judicial” y es ciertamente el oficial liquidador en nuestro sistema de sindicatura unificada.

Mar del Plata, agosto de 2023.-

**LXXVIII ENCUENTRO DE INSTITUTOS DE DERECHO COMERCIAL
DE LOS COLEGIOS DE ABOGADOS DE LA PROVINCIA DE BUENOS
AIRES.-
MAR DE AJO, PARTIDO DE LA COSTA, noviembre y diciembre de 2023.-**

COMISION N° 5: DERECHO CONCURSAL

PONENCIA:

La inteligencia artificial para mantener la par conditio creditorum en el proceso concursal basada en el deber de cooperación y la ayuda de sistemas relacionados a lo largo de su desarrollo.

AUTOR: Mariano Limardo .-

Resaltar que la Ley de Concursos y Quiebras 24.522 precisa una reforma en cuanto a técnica legislativa o bien porque la misma ha ido quedando deslucida, no es nada novedoso, máxime con la aplicación del principio concursal “sometimiento del legislador a la realidad económica”. No obstante ello, si se destaca que la inteligencia artificial podría tener un rol conveniente y valioso en el proceso, el tópico aparentaría ser más cautivador.

Para dar principio al asunto, debo insistir con una precisión. La inteligencia artificial -en adelante, IA-, según Microsoft, es un sistema informático que simula el razonamiento que siguen las personas para aprender a partir de información nueva y así tomar decisiones. Puede hacer predicciones o realizar acciones basándose en los patrones de los datos disponibles; así como también puede aprender de sus errores para ser más precisa. Pero, ¿dónde y cómo podríamos aplicarla?

Uno de los requisitos con los cuales debe cumplir el deudor al solicitar la apertura de su propio concurso preventivo o quiebra, es el de acompañar nómina de sus acreedores, con indicación de sus domicilios, montos de los créditos, causas, vencimientos, etc; así como también respecto de ellos debe acompañar la documentación sustentatoria de la deuda que anuncia -art. 11 inc. 5-. A su vez, el art. 29 reza que el síndico desinsaculado en el concurso debe remitir una carta a los acreedores denunciados por el deudor, como un segundo mecanismo de publicidad creado por el legislador concursal para garantizar el debido proceso y el derecho a defensa en juicio, ya que el primero son los edictos.

Siendo así, y considerando al síndico como un *órgano procesal concursal* -tal como lo definió la familia Garaguso en el LVIII encuentro de esta materia- el mismo podría detentar el uso de cierta IA que le permita el relevamiento de los datos de los acreedores denunciados por el deudor, para luego enviar vía e-mail / WhatsApp la carta que impone el art. 29 de forma automática. Para ello, otra información que debe propiciar el deudor, debería ser entonces una casilla de

correo electrónico y/o un número telefónico al cual poder remitir la información que marca la ley. En otras palabras, la IA en este caso sería de utilidad para promocionar una comunicación ágil y expedita entre el síndico y quienes luego seguramente intenten insinuarse al pasivo concursal; pues la rapidez de este tipo de sistemas ha quedado demostrada con la capacidad de leer y procesar 30.000 palabras en 1 segundo -sistema Ross, de aplicación en USA para la búsqueda de jurisprudencia y documentación legal especializado en la rama del derecho concursal-.

Al respecto de la comunicación por los medios citados, los pretensos acreedores bien podrían informar y dejar asentado que es efectiva y que se dan por fehacientemente notificados de todo tipo de correspondencia que allí se remita.

Pero, ¿y si el ahora concursado desea que sus pretensos acreedores nunca se enteren y entonces indica un número telefónico y/o casilla de correo falsa? En primer lugar, existen los edictos y con los mismos se presume iure et de iure que todos han tomado conocimiento de la existencia del concurso. En segundo lugar, se halla presente el Registro de Juicios Universales. Y, en tercer lugar, también hoy día tiene la posibilidad de señalar un domicilio falso; de manera que la notificación efectiva y el resguardo del debido proceso no se verían conculcados con esta alternativa propuesta.

A todo evento, siendo los gastos de correspondencia una carga para el concursado -art. 14 inc. 8-, con el medio de notificación electrónica y personal descripto ut supra, se avizora que el proceso se tornaría más receptivo en cuanto a su avance; pues evitamos que el concursado haga caso omiso a la intimación prevista en el art. citado precedentemente y en ese caso se lo tenga por desistido -art. 30-, eludiendo el malgaste del tiempo.

En otro orden, y siguiendo la línea temporal del proceso, primigeniamente ocurre la demanda y posteriormente la sentencia de concurso preventivo o quiebra, con lo cual, la IA aquí también sería de utilidad. En el departamento judicial Rio Negro, por parte de la Dirección General de Sistemas, se comenzó a implementar esta tecnología para automatizar ejecuciones de cheques y pagarés, lo que quiere decir que el Poder Judicial no está lejos de descubrir el código de programación necesario como para poder automatizar el procesamiento de las demandas interpuestas, su título, su contenido en cumplimiento del art. 11 y 86 de la LCQ y entonces la realización posterior de un borrador de sentencia que debería el juez interviniente fiscalizar, y en caso de cumplir con los requisitos legales, dictar.

Como dos últimos puntos, por un lado, abordaré la posibilidad de aplicar IA en torno a la incautación de bienes y correspondencia producida en la quiebra, mientras que por otro propondré a este tipo de sistema como herramienta útil en cuanto a la característica de la universalidad presente en este proceso.

Acerca de la primera materia, se vislumbra que en un proceso falencial liquidativo, además del desapoderamiento pleno que acaece, sucede la incautación de bienes y papeles -art. 88 inc. 6 y 114- del fallido como otro efecto. Y si bien la LCQ nada dice al respecto de casillas de correo electrónico, computadoras, dispositivos móviles como celulares, discos rígidos o dispositivos USB que funcionan como billeteras físicas de cripto activos, la incautación de estos no resulta descabellada toda vez que se entienda a los mismos como un medio de comunicación actual que permite la circulación del dinero. El art. 180 exterioriza que los libros de comercio y papeles del deudor, deben ser incautados por el síndico; así como el art. 181 insta al síndico interviniente a tomar todas las medidas urgentes de seguridad toda vez que los bienes se encuentren en locales que no la ofrezcan para la conservación y custodia. En otras palabras, el espíritu de la ley en cuanto a mantener la par conditio creditorum no podría ser más claro.

A lo largo de toda la LCQ se instituyen medidas tendientes a la cristalización del patrimonio al efecto de arribar a una negociación o liquidación que cancele la mayor cantidad de pasivos posibles. Por ello expongo la posibilidad de:

- Incautar todo lo comprendido como dispositivo electrónico que pueda almacenar dinero virtual y/o cripto activos.
- Entender como preceaderos a ciertos cripto activos volátiles como el Bitcoin y con ello facultar al síndico a la venta inmediata de los mismos - art. 184-, convirtiéndolo en moneda estable como el USDT, o mejor aún, convertirlo a ORO mediante la compra de ARGENTINOS ORO -ley 1130 nunca derogada- y así evitar toda posibilidad de depreciación.
- Fundar en el deber de cooperación -art. 102- que pesa sobre el concursado, la entrega de contraseñas, usuarios, códigos de seguridad y validación al respecto de TODAS y CADA UNA de sus cuentas y dispositivos en donde pueda almacenar dinero virtual y/o cripto activos.
- La aplicación de IA por parte del juzgado interviniente, hermanada con el accionar del síndico, al efecto de obtener lo citado previamente en caso de que el concursado se muestre reticente frente a su entrega.

Si en nuestra legislación concursal se permite eventualmente la IA sobre la incautación, la misma sería provechosa para obtener de forma forzada todos los datos útiles para el acceso a las cuentas mencionadas; y así anoticiarse rápidamente sobre la integralidad de los movimientos que ocasionalmente puedan engendrarse en violación al desapoderamiento. A la par, el juez en este tipo de procesos tiene un amplio poder de oficiosidad, pudiendo dictar todas las medidas tendientes al impulso de la causa -art. 274-, e incluso apoyarse en el auxilio de la fuerza pública para hacer efectivo esto mismo, en atención a lo cual la comparencia del concursado normada en el inc. 1ro del mismo art. puede resultar una herramienta para la obtención de los dispositivos materia de análisis, así como también todo otro dato beneficioso que sirva para el manejo de los mismos y

como consecuencia garantizar la cristalización del patrimonio y la equidad de los acreedores.

Para concluir, y al respecto de la IA relacionada con la universalidad presente en el proceso concursal, cabe poner de resalto que en nuestro país existe el denominado “Prometea”, un sistema informático utilizado en CABA, desarrollado por el Laboratorio de Innovación e Inteligencia Artificial de la Facultad de Derecho de la UBA, que es utilizado en gran parte para constatar datos personales e información que se reitera, así como también para el preparado automático de dictámenes judiciales en torno a resoluciones de pliegos de contrataciones, requerimientos de elevación de la causa a juicio y amparos habitacionales, con una reducción del tiempo empleado en un 85% en promedio. Por todo ello, manifiesto una vez más que la IA puede usufructuarse en el proceso concursal, pero esta vez armonizándola con el Registro de Juicios Universales correspondiente a cada provincia -y con el Registro Nacional de Concursos una vez que se cree-, de modo tal que utilizando su capacidad de procesamiento, levante de forma automática los datos contenidos en los mismos, a fin de tomar conocimiento sobre si existe o no un proceso judicial de este tipo en otra parte del país, con ello ahorrar tareas a empleados judiciales, y en consecuencia obtener un proceso mucho más expedito; tendiendo a que el finiquito de las cuestiones patrimoniales pendientes al tiempo del concurso se dé rápidamente y por consiguiente el deudor obtenga una pronta liberación de este frustrante emplazamiento.

NOTAS SOBRE LA CLAUSULA DE EXCLUSIVIDAD TERRITORIAL EN LOS CONTRATOS DE FRANQUICIA Y EL COMERCIO ELECTRONICO

PONENCIA: LA REALIZACION DE OPERACIONES POR COMERCIO ELECTRONICO DEL FRANQUICIANTE CON CONSUMIDORES U OTROS TERCEROS DOMICILIADOS EN LA ZONA DE EXCLUSIVIDAD TERRITORIAL PACTADA BILATERALMENTE, CONSTITUYE UN INCUMPLIMIENTO DE UNA OBLIGACION ESENCIAL DEL CONTRATO DE FRANQUICIA, QUE HABILITA LA RESOLUCION DEL CONTRATO POR JUSTA CAUSA POR PARTE DEL FRANQUICIADO,

AUTOR: GABRIEL ANTONIO MAKCIMOVICH. Abogado.

La Plata, Noviembre de 2023.

a) Introducción.

Si bien, como lo ha estudiado la mejor doctrina nacional desde hace más de 30 años (Marzorati, Farina, López Cabana, Alterini, etc.) y otros tantos autores luego de la sanción del CC y C en el año 2015, **las cláusulas de exclusividad territorial unilaterales o bilaterales** pactadas en los contratos que instrumentan Sistemas de Distribución Comercial, no constituyen un elemento esencial, determinante y de suficiente envergadura para configurar el carácter o consistencia de dichos contratos en sí mismos, - o en semántica propia de otros tiempos- , su “concepto” o su eventual “naturaleza jurídica” o su “tipicidad” social o legislativa, no es menos cierto, que el incumplimiento por alguna de las partes de dichas cláusulas, puede constituirse en un **supuesto de incumplimiento de obligaciones esenciales del negocio jurídico en atención a la finalidad del contrato**, habilitando a su resolución con justa causa por la contraparte perjudicada, dando lugar a las responsabilidades patrimoniales consecuentes (arg. arts. 1084 y c.c. del CC y C).

En relación a los límites de esta ponencia, se tomarán en cuenta los supuestos de contratos de franquicias con cláusulas de exclusividad

territorial bilateral, sin mención expresa de la utilización por el franquiciante del **sistema del comercio electrónico** para operaciones con consumidores u otros terceros. Por ello, se revela en forma preliminar, que se trata del análisis de contratos de franquicia celebrados sin atención, en su redacción, a la irrupción del fenómeno del comercio electrónico en el marco del mercado nacional, y en particular a través de los contratos electrónicos de consumo (CEC), sea utilizando redes abiertas o eventualmente cerradas.¹

b) Desarrollo. Precisiones sobre las cláusulas de exclusividad territorial. La idea de obligación esencial y la existencia de actividades en competencia.

Como tal el contrato de franquicia, integrante de lo que se denomina - al menos desde que publicara su obra señera Osvaldo Marzorati en 1990-, “Sistemas de Distribución Comercial”, se trata de un contrato de *colaboración*, nota típica que lo define y determina su finalidad, de *duración* y de *empresa*. De tal forma el elemento colaboración se manifiesta desde su génesis por ejemplo, en el deber de asistencia del franquiciante, en la participación de las campañas de publicidad general por el franquiciado, en el pacto de confidencialidad en relación al “know how”, etc. y también en la determinación de una zona de exclusividad territorial unilateral o bilateral, pensada como una forma de garantizar especialmente al franquiciado el éxito del negocio probado en la zona asignada o en su zona de influencia.

Si bien en nuestro sistema contractual queda claro que la voluntad de las partes juega un rol preponderante para establecer el carácter y sentido de este tipo de cláusulas, no es menos cierto que a partir de la sanción del CC y C, en los art. 1517 y 1518 inc.b), también se advierte que pactadas este tipo de cláusulas, su violación por alguna de las partes, posee suficiente potencia y envergadura para llegar a ponderarlas como un incumplimiento de una obligación esencial del contrato conforme su finalidad, donde la ecuación “venta de negocio probado-marca de primera línea-territorialidad-no competencia-éxito” es el andamiaje del mismo, en su aspecto económico, especialmente desde la

¹ Makcimovich, Gabriel. “Apuntes sobre Comercio Electrónico, Responsabilidad Civil y Defensa del Consumidor”. Ponencia presentada en el LXXI Encuentro de Institutos de Derecho Comercial de los Colegios de Abogados de la Provincia de Buenos Aires, Quilmes, Julio de 2020.

posición del franquiciado. La permanencia de esta vinculación sustancial de sus componentes – en la realidad del funcionamiento del contrato y en el análisis lógico-formal a posteriori en situaciones de conflicto-, tiene por base el principio de colaboración entre las partes, sostiene a todo el sistema, y fija los límites de una competencia leal y acorde a las reglas de la buena fe.

De tal forma, y aquí el núcleo de la ponencia, el incumplimiento de esta cláusula por las partes en general, pero especialmente por el franquiciante, en el contexto contractual, es esencial, conforme lo dispuesto ejemplificativamente por el art. 1084 del CC y C, en el sentido que esa obligación de respetar la exclusividad territorial fue incorporada en la valoración causal del contrato, afecta el interés de una de las partes, y la legítima y razonable expectativa de dicha parte al celebrar el contrato (Stiglitz). De alguna manera en el decir de Ascarelli, la cláusula de territorialidad entra en la *causa* del contrato de franquicia a la par que la actividad profesional de organización que llevan adelante los co-contratantes, es decir, en función de su carácter de empresarios autónomos jurídica y económicamente considerados. Se trata de verificar la *gravedad* del incumplimiento, con base en criterios subjetivos y objetivos, por ejemplo, si el co-contratante no hubiese celebrado el contrato sin dicha cláusula, o si la interdependencia funcional entre las prestaciones se ve afectada y disminuye el interés de la parte acreedora, etc. (Stiglitz). Esos criterios han sido receptados por la jurisprudencia y la doctrina nacional aún bajo la vigencia del Código Civil (Spota, Llambías, Borda, etc.) y también a nivel internacional por ejemplo en la Convención de Viena sobre Compraventas Internacionales.

En este contexto, la utilización del sistema de comercio electrónico por alguna de las partes, pero especialmente por el franquiciante en forma directa, sin ponderación de la ruptura de la ecuación “*venta de negocio probado-marca de primera línea-territorialidad-no competencia-éxito*”, se trata en el marco de esta ponencia, de un incumplimiento de una obligación esencial del contrato conforme su finalidad, que puede originar la resolución del contrato por justa causa por parte del sujeto perjudicado. Todo ello, en la medida que las operaciones de comercio electrónico (contratos “a distancia”) celebrados por el

franquiciante lo sean con consumidores o terceros domiciliados dentro del territorio de exclusividad o zona de influencia asignados al franquiciado, o los supuestos más excepcionales, de venta electrónica de un franquiciado con terceros domiciliados en las zonas de exclusividad de otros franquiciados, todo lo cual importa una actividad en competencia que genera desviación de clientela, y con ello daños evidentes que deben ser reparados, y por ello obstruye el cumplimiento de la finalidad el contrato.

Desde esta mirada, se predica aplicando los contenidos dogmáticos antedichos y el principio de buena fe, que la utilización del sistema de comercio electrónico de esta forma, aún en el supuesto de no encontrarse específicamente pactada la cuestión en forma expresa en el instrumento contractual, viola la exclusividad territorial, y los principios de colaboración y buena fe que sustentan al contrato de franquicia.

c) Nota, reflexión, crítica, y apostilla.

Una nota inmediata surge en esta construcción, sobre la necesidad de entender el concepto de obligación esencial de un contrato, aun cuando se trata de una obligación no principal o aparentemente secundaria. En el ejemplo del contrato de franquicia, la entrega del Manual Operativo es una obligación esencial del contrato, pero pactada la exclusividad territorial para el franquiciado, también ella posee el mismo carácter, aunque no se encuentre en su naturaleza, analizado dicho contrato en abstracto como se exponía al principio de esta ponencia.

Asimismo, una reflexión se impone sobre la especial consideración que deben poseer los operadores jurídico-económicos en los sistemas de distribución comercial sobre la irrupción del fenómeno del comercio electrónico en nuestro mercado, con la debida asunción de sus efectos en las cláusulas a pactarse expresamente y en detalle en este tipo de contratos de colaboración.

Al mismo tiempo se revela con una mirada crítica que la utilización abusiva del comercio electrónico por alguna de las partes de un

contrato de franquicia con violación de la cláusula de exclusividad, se trata de un supuesto de difícil prueba especialmente para el franquiciado en caso de conflicto, porque nunca posee acceso al funcionamiento general del sistema de franquicias y a la registración que realiza el franquiciante del mismo, que en todos los supuestos, sí posee toda la información de las operatorias comerciales y fiscales del o los franquiciados, con los sistemas de control provistos por aquél. De allí la necesaria y especial ponderación a nivel procesal de la aplicación de la figura de las “cargas dinámicas de la prueba” en casos de conflictos judicializados.

Como corolario final de esta ponencia, se incorpora esta apostilla. Por un lado, el sistema de comercio electrónico - especialmente relacionándolo con el sistema de franquicias de producto -, produce una crisis, a entender de este ponente, (que el tiempo permitirá evaluar en su magnitud) en la practicidad y sentido de este contrato en el mercado actual. Por el otro, funcionado el contrato de franquicia, la violación de la cláusula de exclusividad territorial por la utilización del sistema de comercio electrónico, se revela como realmente un sinsentido contra el principio de buena fe y la defensa de la competencia o si se quiere un abuso de una situación jurídica por alguna de las partes, que impone la asunción de las responsabilidades consecuentes a los operadores económicos, y un cambio de paradigma más para los operadores jurídicos para resolver los conflictos , que deviene de las nuevas realidades del nuevo mundo económico signado por la utilización de las tecnologías en materia comercial. Un primer paso sería asumir que este tipo de contratos deben interpretarse no solo desde su función económica, sino como *procesos*, que implica analizarlos como actos jurídicos y al mismo tiempo como conductas de cumplimiento, es decir, pensarlos también como “contratos realidad”.

Y finalmente ponderar la facultad de los jueces de revisar, modificar y adecuar el contrato (arts. 1, 2, 3, 9 al 12, 960 al 965, 984, 1061 a 1068, 1094 y c.c. del CC y C), para supuestos accidentales o no habituales de inmisión en los territorios exclusivos asignados, por resultar no tan graves, no sea operativa la resolución del contrato por justa causa. ²

² Makcimovich, Gabriel. “Apuntes sobre Resolución de los Contratos” Ponencia presentada en el LXV Encuentro de Institutos de Derecho Comercial de los Colegios de Abogados de la Provincia

LXXVIII ENCUENTRO DE INSTITUTOS DE DERECHO COMERCIAL DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES.

COMISIÓN: 1 SEGUROS.

AUTOR: GUILLERMO ANDRES MARCOS

Domicilio: Moreno 62, 2do. Piso. Bahía Blanca (CP 8000).

2932-636388. gamarcos@estudiomarcos.com.ar

TÍTULO: HONORARIOS DEL ABOGADO DEL ASEGURADO

PONENCIA:

Las cláusulas de las pólizas de seguro que impongan al cliente la obligación de designar un abogado puesto por la empresa, deben tenerse por no convenidas, en la medida en que tal menester importe una incompatibilidad entre los intereses del asegurado y de la compañía.

Generalidades.

El artículo 109 de la Ley de Seguros crea en cabeza del asegurador la obligación de mantener indemne al asegurado por cuanto deba a un tercero en razón de la responsabilidad prevista en el contrato. Mientras que el artículo 110 de la misma ley, establece que la garantía del asegurador comprende el pago de los gastos y costas judiciales y extrajudiciales para resistir la pretensión del tercero.

En el lenguaje de la Suprema Corte, dichas erogaciones, revisten carácter de "*gastos de salvamento*" (art. 73, ley 17.418), en tanto trátase de inversiones que apuntan a evitar o reducir el daño, y como tales deben ser, en principio, soportadas por la aseguradora (SCBA, in re "Transportes Automotores Chevallier c/ Svegliatti, Oscar", sent. del 7-VII-1970; "El Derecho", 35-273; SCBA LP C 96946 S 04/11/2009.

Si bien, en realidad, las obligaciones de la compañía aseguradora tienen como límite el monto de la póliza, la participación en las costas representa una excepción, que proviene del art. 111 de la Ley de Seguros, constituyendo una regla de proporcionalidad que obliga a la aseguradora, aún por sobre la suma máxima asegurada (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala I, 29/12/2004, Herrera, Ramón A. c. La Cabaña S.A. Línea 242 y otro).

Honorarios del abogado del asegurado.

La cuestión a tratar es si, dentro del concepto de costas a cargo de la aseguradora, se encuentran incluidos los honorarios del letrado que patrocinó al asegurado, a pesar de la cláusula contractual de la póliza que ofrece la defensa a cargo de los profesionales de la compañía de seguros.

En 'Peirano', la Sala I de la Cámara de Apelaciones de Bahía Blanca, sostuvo la posición negativa, sosteniendo que *"...no existió pleito entre la citada en garantía y su defendido, actuando ambos con distinta asistencia legal por exclusiva elección de quien fuera demandado en el proceso principal (C. Civil y Com. de B. Bca. Sala 1, Expediente Nro. 153925, Laiuppa Delia Rosa c/Provincia Seguros S.A. s/Ejecución de Honorarios en Autos "Peirano Carlos Ariel c/ Parigiani Mario Os, 15/12/2020).*

En sentido similar: Cámara 2a de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba, 09/04/2010, Gardellin Leonor Marta y otros c. Banco Río de La Plata S.A.: *"... Si el asegurado asume su propia defensa sin dar noticia oportuna al asegurador para que lo haga en su lugar conforme lo contractualmente estipulado, es regla que los honorarios de los letrados de aquél queden a su cargo, pues la omisión del anoticiamiento impide —por desconocimiento— que materialmente el asegurador ejerza su derecho a*

dirigir la litis, omisión que trae como única consecuencia la aplicación de la citada regla...”.

En igual sentido la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, con fecha 28/02/1995, en autos: ‘Grande de Insúa, Isabel c. General Paz Coop. de seguros Ltda.’. Allí declaró: *1 . La aseguradora no es deudora de los honorarios regulados al letrado del asegurado. 2 . Fuera de la obligación que tiene la compañía de seguros con su asegurado -que está dada por la garantía de indemnidad- no existe para aquélla ninguna otra obligación hacia terceros (arts. 109 y 110, ley 17.418 -Adla, XXVII-B, 1677-); criterio reuterado el 06/02/1996, en autos: ‘Brianti, Felipe O. c/Olam Cooperativa de Seguros Ltda. s/Cobro de australes’.*

Existen algunas voces a favor:

Así, la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, sala II: 06/11/2018, ‘García, Hugo Jorge y Otros c. López Saavedra, Julia y Otra: “...La citada en garantía debe abonar los gastos judiciales originados por la defensa de la clínica asegurada en un proceso de mala praxis, pues, aun cuando la pretensión principal haya sido desestimada, las costas integran la garantía de indemnidad del art. 109 de la ley 17.418, que consiste en mantener "indemne" al asegurado por cuanto deba a un tercero; más si los reclamantes contaban con el beneficio de litigar sin gastos...”.

Y también, la Cámara Nacional Civil, por su Sala E, en un caso en que la aseguradora rehusó la garantía, obligando al asegurado a procurar su propia asistencia (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala I C. Nac. Civ.,sala I, 9/11/2000, Gauna, Hipólito v. Paulos, Oscar E. y otro).

Incompatibilidad:

El tema central de esta ponencia es el supuesto en el cual, la compañía no rehúsa la garantía, pero existe la imposibilidad de que sus propios abogados asuman la defensa del demandado por desarrollar defensas que son incompatibles con la salvaguarda de los derechos del asegurado.

Esta cuestión de la incompatibilidad, ha ocupado desde hace un tiempo a la doctrina judicial y la de los autores:

La Cámara de Apelaciones de Bahía Blanca, en el año 2018, dictó sentencia en los autos: “Campos, Gonzalo Daniel v/ Villanueva Fierro, Héctor J. y otros s/ Daños y Perjuicios” (exp. n° 148.348), llegado en apelación porque se había puesto en entredicho la oponibilidad de la franquicia al tercero demandante.

A la sazón resolvió: “...*Tal es la circunstancia de que el pronunciamiento criticado, en la medida en que dispone la inoponibilidad al damnificado de la franquicia obligatoria de \$ 40.000 contenida en la póliza, al declarar la inconstitucionalidad del art. 4 anexo II de la Res. SSN 25.429/97, difícilmente pueda causar algún agravio a la compañía de colectivos, desde que en rigor la beneficia (art. 242 inc. 1° del CPCC)...*”, para añadir: “... *Con lo que resulta evidente que a este respecto, está representando simultáneamente a dos partes que tienen intereses encontrados, e invocando expresamente la representación de uno de ellos para abogar en su perjuicio (art. 60 incs. 1 y 2 ley 5.177)...*”.

La doctrina de los autores ya se había ocupado de esta cuestión: “...*Siempre nos pareció que la situación del abogado de la Compañía de Seguros que —a la vez— era apoderado del asegurado en un juicio de responsabilidad civil, era de un difícil equilibrio precario, dado que —cual Dios Jano— tenía dos caras e intereses que defender simultáneamente (y que podrían estar en conflicto). Y, en el caso de límites de cobertura de la suma asegurada, cuando es irrazonable, o cuando se*

tiene que pedir la actualización monetaria, etc., no hay ningún tipo de dudas: existe un evidente conflicto de intereses entre la Compañía de Seguros y el propio asegurado...” (Sobrino, Waldo, “La actualización monetaria de las sumas aseguradas”, Publicado en: RCyS2018-III, 251, Cita Online: AR/DOC/232/2018).

Y también existe algún precedente de la justicia nacional: En un fallo del 22 de setiembre de 2016, “M., C. D. c/ M., M.M. y otros s/ Daños y Perjuicios” la Sala “A” de la Cámara Nacional Civil sostuvo: “...*Es claro que la pretensión deducida por el Dr. F. O., posee intereses contrapuestos, ya que la admisión del planteo fundado en la invocación del límite de cobertura beneficiaría a la aseguradora y perjudicaría a la asegurada que debería afrontar parte de la condena que excediera de aquel...*”, para agregar: “...*El mismo profesional no pudo pues intervenir por ambas partes...*” para finalizar declarando que: “...*El Código Procesal impone a los sujetos del proceso actuar con lealtad, probidad y buena fe (art. 34, inc. 5º, ap. d); y también lo hace la ley 23.187 al imponer esa conducta a los abogados entre sus deberes específicos (art. 5º, inc. e)], así como la expresa prohibición de 'representar, patrocinar y/o asesorar simultánea o sucesivamente, en una misma causa, intereses opuestos' (arts. 10 inc. a] y 20 inc. g] y art. 19 del Código de Ética dictado por el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal)...*”.

Este tema también ha sido tratado por la Suprema Corte, ya que, en la sentencia dictada el 24 de agosto de 2020, en la causa C. 122.594, caratulada: “*Albarracín, Fernando Emilio c/ Ruiz Diaz, Cristian David s/ Daños y Perjuicios*”, falló una litis en la que la aseguradora citada en garantía había recurrido una sentencia adversa. En las instancias liminares, se había condenado a una compañía aseguradora a hacerse cargo del total del monto de la sentencia por no haber podido probar cual era el límite de la cobertura.

La Corte rechazó el recurso, pero advirtió que los mismos abogados apoderados de la aseguradora habían representado al asegurado demandado, a pesar de tener una evidente colisión de intereses, toda vez que, si se estrechaba el monto de la cobertura, la diferencia debería pagarla el asegurado.

Así, dijo el Superior Tribunal:

“...Pues bien, efectuada esta breve reseña de antecedentes, una primera conclusión se abre paso en el horizonte del análisis: nos encontramos ante un claramente reprochable desempeño de los letrados en defensa de los intereses de su patrocinado, máxime cuando tales intereses han venido a contraponerse en concreta medida a los respectivos de la compañía aseguradora a la que los mencionados profesionales venían representando...”

Para señalar más adelante:

“...A lo dicho, debo especialmente agregar que el evidente conflicto de intereses suscitado entre la compañía de seguros y su asegurado -en cuanto ha pretendido la primera ceñir su responsabilidad a los contornos numéricos de una cobertura mínima, frente a la presumible vocación de total indemnidad patrimonial de la segunda (doctr. art. 109, ley 17.418)- no debió ser soslayado por los profesionales circunstancialmente a cargo de la defensa técnica de ambas partes. En todo caso, debieron los mismos declinar -y no lo hicieron- la representación o el patrocinio ejercidos en favor de una u otra de las partes cuyos intereses se vieron claramente confrontados...”

Vale decir que estamos frente a una ardua y compleja cuestión que involucra cuestiones de ética profesional, aspectos concernientes al derecho de las obligaciones, al procesal, al derecho de seguros y también, en última instancia al derecho del consumo.

Desde el punto de vista de la ética profesional resulta de aplicación el art. 60 de la L. 5177, en tanto prohíbe a los abogados patrocinar o asesorar a ambos litigantes en un juicio, simultáneamente o sucesivamente, o aceptar la defensa de una parte, si ya hubiere asesorado a la otra y patrocinar y representar individual y simultáneamente a partes contrarias, los abogados asociados entre sí.

Y, en idéntico sentido, el art. 28 de las Normas de Ética señala que “...es contrario a la profesión representar intereses opuestos...”.

Las normas citadas tienen por finalidad evitar el prevaricato, o sea que el abogado, al atender intereses heterogéneos y contrapuestos, no pueda brindar a uno de sus asistidos, una defensa eficaz.

El propio Código Civil y Comercial, al regular el mandato, ha dispuesto que: “... Si media conflicto de intereses entre el mandante y el mandatario, éste debe posponer los suyos en la ejecución del mandato, o renunciar...” (art. 1325 CCC).

Si este razonamiento fuera compartido, las cláusulas de las pólizas de seguro que impongan al cliente la obligación de designar un abogado puesto por la empresa, deben tenerse por no convenidas, en la medida en que tal menester importe una incompatibilidad entre los intereses del asegurado y de la compañía tal como lo dispone el art. 989 del C.C.C., al autorizar el control judicial de cláusulas abusivas aunque tengan aprobación administrativa.

En esos casos, la compañía debe hacerse cargo de los estipendios del abogado que represente al asegurado demandado, en acatamiento de la prescripción del art. 109 de la L. 17.418, que impone a la compañía el deber de mantener indemne al asegurado.

LXXVIII ENCUENTRO DE INSTITUTOS DE DERECHO COMERCIAL DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES.

COMISIÓN: 5 DERECHO CONCURSAL.

AUTOR: GUILLERMO ANDRES MARCOS

Domicilio: Moreno 62, 2do. Piso. Bahía Blanca (CP 8000).

2932-636388. gamarcos@estudiomarcos.com.ar

TÍTULO: PACTO DE DECAIMIENTO DE LOS PLAZOS POR LA CAUSAL DE CONCURSO PREVENTIVO.

PONENCIA:

La regla del art. 353 del C.C.C., en tanto establece que el concurso preventivo no produce la caducidad de los plazos, es una norma indisponible, y por tanto, la cláusula contractual que disponga lo contrario debe estimarse no escrita, y los actos realizados en su consecuencia, deben ser declarados ineficaces, como lo manda el art. 17 de la L.C.Q..

Durante la vigencia del Código Civil de Vélez, se debatió arduamente la aplicación de la norma de los arts. 572 y 753 a los concursos preventivos.

Es recordada la polémica entre Horacio Garaguso, que sostenía que la norma aplicaba a los concursos preventivos y que, en consecuencia, tal presentación, producía la caducidad de los plazos convencionales; y la postura contraria de Hugo Stempels, quien adjudicaba la alocución “*concurso*” de la norma comentada solamente a las quiebras, explicando que, a la época de sanción del código civil, todavía no había sido regulado el concurso preventivo, y solamente existía el concurso liquidatorio.

Lo cierto es que el Código Civil y Comercial ha concluido con la polémica, y hoy, el art. 353 prescribe que: “...*El obligado a cumplir no puede invocar la pendencia del plazo si se ha declarado su quiebra, si disminuye por acto propio las seguridades otorgadas al acreedor para el cumplimiento de la obligación, o si no ha constituido las garantías prometidas, entre otros supuestos relevantes. La apertura del concurso del obligado al pago no hace caducar el plazo, sin perjuicio del derecho del acreedor a verificar su crédito, y a todas las consecuencias previstas en la legislación concursal...*”.

Frente a lo concluyente de la previsión, estimamos que la presentación en concurso preventivo no debe producir la caducidad de los plazos conferidos, aún a pesar de las vacilaciones que podrían producir algunas ambigüedades en el texto.

Se trata de una norma indisponible en los términos del art. 12 del C.C.C. que produce efectos particulares en el caso de los créditos gravados con prenda o hipoteca, y que se encuentran autorizados a iniciar o continuar la ejecución luego de pedir verificación de sus créditos (art. 21 L.C.Q.).

En primer lugar, porque una de las premisas del sistema concursal es el respeto por la '*par conditio creditorum*', que se vería afectado si un acreedor de causa o título anterior pudiera percibir su crédito en mejores condiciones que las pactadas.

No desconocemos que ésta temática se vincula con otra, que no forma parte de la ponencia, y que es la cuestión referida a la verificación de las obligaciones no vencidas; ya que un grupo de doctrinarios sostiene que, a mérito del texto del art. 21 de la L.C.Q., que remite al art. 753 del código derogado, igualmente procedería el fenecimiento de los plazos en caso de concurso.

En el caso de los créditos con privilegio prendario o hipotecario, si se admitiera el fenecimiento de los plazos, se produciría un detrimento al concursado, agravando su estado de cesación de pagos, al obligarlo a adelantar cuotas con el consecuente desmedro financiero.

De tal manera, se quebrantaría la finalidad misma del proceso concursal que, en lo referido al concurso preventivo, se dirige a conseguir que el sujeto concursado pueda evadir el estado de cesación de pagos y superar la crisis, conservando la empresa (art. 159 de la L.C.Q.).

En base a los argumentos recién expuestos, pienso que la regla del art. 353 del C.C.C., es una norma indisponible, y que, por tanto, la cláusula contractual que disponga lo contrario debe estimarse no escrita, y los actos realizados en su consecuencia, deben ser declarados ineficaces, como lo manda el art. 17 de la L.C.Q..

Guillermo Andrés Marcos

LXXVIII ENCUENTRO DE INSTITUTOS DE DERECHO COMERCIAL DE COLEGIOS DE ABOGADOS DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES

Mar de Ajó, 30 de noviembre y 1º de diciembre de 2.023.

Autor: Fernando Javier MARCOS.

Colegio: Colegio de Abogados de Mercedes.

Comisión: Derecho concursal. Insolvencia y soluciones concursales.

Tema de la ponencia: Los efectos del desapoderamiento y sus límites en la quiebra de la persona humana que trabaja en relación de dependencia.

Sumario: *El cese de la inhabilitación o rehabilitación del fallido persona humana opera de pleno derecho, más allá que habitualmente se solicite su declaración al juez de la quiebra.*

Cuando la porción embargable de los haberes del fallido fue afectada por el desapoderamiento, tal afectación cesa inmediatamente una vez operado el cese de la inhabilitación, por imperio del artículo 107 de la ley 24.522.

Los saldos insolutos en la quiebra quedan equiparados “deberes morales o de conciencia” en los términos del artículo 728 del Código Civil y Comercial, y no podrán ser satisfechos con los haberes que ingresen al patrimonio del deudor con posterioridad a su rehabilitación, sin que para ello obste que la relación laboral que origina su pago hubiera sido anterior a la sentencia de quiebra o posterior a esta vigente el período de inhabilitación.

Si durante el trámite judicial, eventualmente se advierte un real y probado uso abusivo o fraudulento por parte del deudor al peticionar su propia quiebra, el proceso debe ser anulado, pues este no puede convalidarse con su continuación si se originó en un acto ilícito como es el que deriva del abuso o el fraude a la ley.

En este último caso, no corresponde seguir adelante con la quiebra y, menos aún, hacerlo, pero modificando los alcances del desapoderamiento más allá de lo que dispone el artículo 107 y 108 de la ley 24.522.

I. Comentarios introductorios.

1. En el curso de este año, se conoció un fallo de la sala A de la Cámara Nacional en lo Comercial dictado en los autos “*Juárez, Diego Patricio s/ Quiebra*”¹, donde se confirmó la sentencia de primera instancia que había rechazado el levantamiento del embargo sobre sus haberes del fallido en la porción legalmente embargable, a pesar que ya se encontraba rehabilitado.

¹ Cám.Nac.Com., sala A, autos “*JUÁREZ, Diego Patricio s/ Quiebra*”, 11/05/2023. Juzgado de origen, Juzgado Nacional en lo comercial nro. 8, Secretaría nro. Nro. 26.

La sala dispuso que no correspondía proceder a dicho levantamiento, porque tales remuneraciones se originaban en un contrato de trabajo anterior al decreto de quiebra.

Señaló la sala que, cuando tal salario “emana de una relación de empleo de origen anterior al decreto la falencia o nació mientras el deudor se encuentra fallido, dicho bien importa la existencia de un activo generador de frutos de origen pre-concursal o concursal que por ello persiste afectado a la satisfacción de los acreedores del concurso” [sic].

A su turno, el Dr. Kölliker Frers, quien acompañó la resolución por sus propios fundamentos, dio que se presentaba en el caso un supuesto de abuso de derecho, dado que, el “proceso falencial fue solicitado y obtenido al único fin de liberar al fallido de una parte sustancial de las deudas contraídas con el banco acreedor, a través del pago parcial de las acreencias derivado del embargo de su salario sólo por un tiempo determinado, esto es, únicamente por el año transcurrido entre la quiebra y la fecha de su rehabilitación, sorteando así no sólo una posible ejecución individual, sino incluso su responsabilidad patrimonial derivada del incumplimiento, exonerándose irregularmente de las deudas contraídas mediante la liberación definitiva del pago de los saldos insolutos a la fecha de la susodicha rehabilitación que es propia del trámite de la quiebra”.

A su vez, destacó que, “[n]umerosos autores han puesto su atención en esta disvaliosa situación al poner en evidencia las maniobras urdidas por ciertos deudores asalariados que encontraron en la quiebra un mecanismo idóneo para liberarse de sus obligaciones mediante la utilización disfuncional de un dispositivo legal consistente en que la ley vigente limita el desapoderamiento del quebrado al plazo de un (1) año, vencido el cual sin que se hayan promovido acciones penales queda automáticamente rehabilitado”

Por su parte, el Dr. Chomer en su ampliación de fundamentos entendió que el accionar del fallido la pedir su propia quiebra “se tradujo en un consciente aprovechamiento de reglas leales en el orden a burlar las obligaciones previas lícitamente contraídas”.

En conclusión, determinó la solución dada por la sala que los haberes embargados ya integraban el patrimonio del deudor como garantía de los acreedores, siendo su causa fuente —relación laboral— un hecho anterior al decreto falencial.

A ello se sumaron otros puntos considerados en sus fundamentos por el Dr. Kölliker Frers y el Dr. Chomer, tales como, que la quiebra fue pedida por el propio deudor, que solo el pasivo denunciado estaba compuesto por un solo acreedor, que se trata de un deudor asalariado, que el deudor estaba buscando sortear la ejecución individual y su responsabilidad patrimonial, que la actuación del fallido importó un consciente aprovechamiento de las reglas legales, entre otras.

Es importante señalar que la Fiscalía de Cámara opinó a favor del levantamiento del embargo por considerar que habían cesado los efectos del desapoderamiento.

Hasta aquí, u brevísimo resumen de las partes relevantes del fallo que permitirán el desarrollo de estas líneas en lo que respecta a su objeto

2. Pues bien, como esta ponencia no pretende de manera alguna ser un comentario de dicha sentencia, solo me detendré en el tema relacionado con la suerte de los saldos insolutos una vez producida la rehabilitación del fallido y sobre si corresponde o no el desapoderamiento de la porción embargable de su salario originado en un empleo existente

al tiempo de la declaración de su quiebra, luego de operado el cese de los efectos derivados de su inhabilitación.

II. Algunas consideraciones sobre el pedido de quiebra por el deudor

1. El pedido de quiebra por parte del deudor solo requiere para la ley argentina del cumplimiento de dos requisitos: ser un sujeto concursable y encontrarse en cesación de pagos (artículos 1º, 2º, 77 inciso 3º y 78, ley 24.522).

Ello, además de tener que actuar con *buena fe, ejerciendo regularmente sus derechos y sin incurrir en fraude a la ley* (artículos 9º, 10 y 12, Código Civil y Comercial). Estas últimas, representan reglas básicas del accionar de un sujeto de derecho en el marco de un sistema jurídico como el argentino —entre otros— que, si bien no son mencionadas expresamente por la ley especial, igualmente le son aplicable, por ser condición elemental de actuación exigibles a todas las personas, tanto en el ámbito extrajudicial como en el judicial.

Al margen de estos recaudos, la ley no pone ningún otro requisito de admisibilidad para que el deudor solicite la declaración de su propia quiebra. Ningún “merecimiento” especial se debe probar, razón por la cual, por ejemplo, el sobreendeudamiento, el mal manejo de las finanzas personales, en definitiva, la evaluación del eventual comportamiento *culposo o doloso* del deudor, no es un recaudo legal que la normativa concursal establezca como presupuesto de admisibilidad. Para ello, si corresponde, está la legislación penal.

Y para la quiebra de las personas jurídicas, también la *acción de responsabilidad concursal* del artículo 173 de la ley 24.522, que ha adquirido cierta utilidad práctica con la ampliación del concepto de dolo que prevé el artículo 1724 del Código Civil y Comercial.

O sea que, en *material patrimonial*, es la ley 24.522 la que fija las reglas de juego ante a insolvencia definitiva como norma especial que adquiere prelación normativa en esta materia.

Esto significa que el deudor de mala fe está a salvo. Para nada.

2. Si una vez declarada la quiebra el juez advierte que ha existido un pedido por parte del deudor que no es consecuencia del ejercicio regular de sus derechos o que persigue con ello una utilización impropia de las reglas de la Ley de Concursos y Quiebras, es decir, “un resultado sustancialmente análogo al prohibido por una norma imperativa” (artículo 12, segundo párrafo del Código Civil y Comercial), lo que se impone es, no continuar con el trámite y *declarar la nulidad* del mismo.

Sucede que, mal podría continuarse con un proceso judicial viciado de origen por ser causa de un ejercicio abusivo o fraudulento del propio deudor.

De otra forma, se generaría una contradicción jurídicamente inaceptable, porque se continuaría sosteniendo la vigencia y validez de un proceso de quiebra que se reconoce viciado en su origen, porque habría sido consecuencia del ejercicio abusivo de sus derechos del deudor peticionante de su quiebra. En otras palabras, se convalidaría en los hechos, una causa judicial cuyo inicio fue *ilícito*, porque eso es el abuso o el fraude, un ilícito.

Y de lo *antijurídico* no puede seguirse una consecuencia *jurídicamente válida* — algo no puede ser antijurídico y jurídico a la vez—.

Resulta claro que, la ley 24,522 no tiene como objetivo amparar al deudor de mala fe, es decir, al que ha obrado en perjuicio de sus acreedores intencionalmente o con manifiesta indiferencia por los intereses y derechos de estos —lo que excluye del debate a la culpa como criterio subjetivo a tener en cuenta—, pero lo cierto es que, salvo que se configure *un real y acreditado* abuso de derecho o uso fraudulento de la ley concursal que conllevaría la nulidad del proceso, es decir, su no continuación —como suele suceder—, el cese de la inhabilitación que, salvo excepciones, opera de pleno derecho en los casos previstos por el artículo 236 de la ley 24.522.

Dicha nulidad, destaco, reactivaría las acciones individuales de los acreedores, el recálculo de intereses desde la mora sin su suspensión, la de reclamar daños y perjuicios a deudor que vigente la quiebra no admite el artículo 142, párrafo segundo de la ley 24.522. En definitiva, el cese de todos los efectos propios de la falencia.

Esto también permitiría a los acreedores el ejercicio pleno de sus derechos sobre el patrimonio del deudor, que, como garantía, se integra con los bienes presentes y futuros que ingresen al mismo (artículos 242 y 743, Código Civil y Comercial), sin la limitación que se fija para el desapoderamiento en la quiebra.

3. Dicho esto, adelanto que no comparto el criterio que ha seguido la sala A en el fallo citado, no solo porque entiendo que la existencia de una relación laboral vigente al momento de la sentencia no es causa para continuar embargando los haberes devengados con posterioridad a la rehabilitación, sino también, porque no puede ser entendido casi *per se*, como un uso abusivo del proceso falencial, el pedido por el deudor de su propia quiebra, con o sin activo, o cuando este se encuentre esencialmente está limitado a sus haberes como trabajador en relación de dependencia, y el número de acreedores denunciados sea uno o pocos.

En primer lugar, los asalariados, por naturaleza con limitado número de deudas y, por lo tanto, de acreedores, son alcanzados plenamente por la ley 24.522, sin que su condición de tales, ni el número de sus acreedores, ni la calidad y *quantum* de sus activos los diferencie del resto de los sujetos que menciona el artículo 2 de la citada ley, en cuanto a derechos, obligaciones y efectos que el proceso depara.

A su vez, nuestra legislación no cuenta con otro procedimiento para tratar la preinsolvencia o la insolvencia de aquellos que no realizan actividad empresarial como es el caso de aquellos que desempeñan tareas artesanales, profesionales o en relación de dependencia, habilitadas expresamente por el legislador por obvias razones de índole alimentaria, aunque la norma no lo dicha expresamente (artículo 104, ley 24.522).

El único camino que queda a estas personas es acudir a proceso, sobredimensionados para estos casos, que contiene la ley 24.522: concurso preventivo, APE y quiebra.

Para todos las mismas soluciones, grandes empresas, pequeñas, medianas micro, profesionales, artesanos y trabajadores a sueldo, a los que se sabe, tampoco nada resuelve el insuficiente y poco práctico régimen de los “pequeños concursos y quiebras”.

Gusten o no, son, por el momento, las únicas herramientas que el legislador —su política legislativa para la crisis— brinda en nuestro país.

Frente a tal panorama, colocar a los empleados en relación de dependencia en el sitio que lo deja el fallo de la sala A me parece que no es adecuado, porque el solo hecho de pedir la propia quiebra con un solo acreedor y con los haberes como único —o casi único— activo, no puede dejar a estas personas desprotegidas y en una franca desventaja frente al resto de los sujetos —sociedades, empresarios en general, etc.— que sí pueden, llegado el caso, descargar sus deudas en el marco de un proceso falencial lícito, porque ese es el efecto legal que ha dispuesto la ley vigente en su artículo 107 de la ley 24.522.

Podría o debería modificarse o mejorarse, es posible. Pero por el momento, es el camino legal y lícito previsto para todos los deudores alcanzados por la Ley de Concursos y Quiebras, sin excepción (artículo 16, 19 y 75 inc. 22, Constitución de la Nación).

Reitero, si el deudor ha abusado, lo que no se debe hacer es convalidar el proceso de quiebra y modificar los efectos del desapoderamiento, en el *sub examine*, sobre los haberes de un trabajador en relación de dependencia, cuando la ley dice expresamente otra cosa, tal como lo veremos a continuación.

En síntesis, se debe anular el proceso de quiebra para retrotraer las cosas a la instancia previa a la declaración de quiebra, a efectos de habilitar al o los acreedores afectados para que puedan ejercer sus acciones individuales plenamente.

III. El desapoderamiento: concepto y alcances. El cese de la inhabilitación o la rehabilitación del fallido²

1. Declarada la quiebra, el *desapoderamiento* de los bienes que el fallido es el efecto patrimonial por excelencia que dicha sentencia produce, traduciéndose ello en la pérdida del ejercicio de los derechos de administración y de disposición sobre aquellos —bienes— que existan al momento en que se dicte la sentencia de quiebra —constitutiva del estado falencial— y de todos aquellos los que ingresen al patrimonio del deudor hasta su rehabilitación o cese de la inhabilitación, tal como lo prevé el artículo 107 de la ley 24.522, salvo que se dé la situación de excepción

No son alcanzados por esta regla, los bienes excluidos por el artículo 108 de la ley concursal³ —norma que no es autosuficiente, atento a que remite en su inciso 7° al resto del ordenamiento legal— y “los bienes adquiridos *ex novo* después de la rehabilitación, que no constituyan reingreso de bienes indebidamente salidos con anterioridad”⁴.

² El término *rehabilitación* es utilizado como sinónimo de “cese de la inhabilitación”, atento a que este opera de pleno derecho (CSJN, FALLOS 333:5) y no requiere para su declaración de un proceso previo de calificación de conducta, tal como sucedía con la ley 19.551.

³ Si bien excede el marco de este comentario, se deben tener especialmente en cuenta diversas y relevantes normas del Código Civil y Comercial vinculadas al patrimonio, tales como el *artículo 242* que excluye de la garantía común a los bienes inembargables e inejecutables (esta última categoría no está expresamente reconocida por la ley 24.522 al tratar los bienes excluidos del desapoderamiento), el *artículo 243*, que se refiere a los bienes de los particulares afectados directamente a un servicio público y el *artículo 244 y ss.* relacionadas a la protección de la vivienda y el bien de familia. Ello, sin perjuicio de los demás supuestos de bienes inembargables previstos por el ordenamiento legal vigente (salarios, jubilaciones, etc.).

⁴ ROUILLÓN, Adolfo A. N., *Régimen de Concursos y Quiebras, Ley 24.522*, Buenos Aires, Ed. Astrea, 1997, p. 146.

De esta forma, el deudor, quien no deja de ser dueño de esos bienes afectados que siguen integrando su patrimonio, pierde toda legitimación sobre estos, la que en el futuro será ejercida por el síndico, quien deberá proceder a la liquidación y distribución de su producido entre los acreedores de la quiebra.

Así, el desapoderamiento se presenta como “el principal efecto patrimonial de la quiebra”⁵ y, como consecuencia de ello, “el fallido no puede afectar su patrimonio por nuevas relaciones jurídicas contractuales o extracontractuales, ya que está destinado a satisfacer a los acreedores por título o causa anterior a la apertura del concurso”⁶.

No obstante, y, tal como ya se indicó, la pérdida de la administración y de la disposición de sus bienes no cambia la relación de dominio de estos con el fallido: “la propiedad sigue siendo del quebrado que se beneficiará con el remanente, si lo hay luego de pagados todos los acreedores y los gastos de la quiebra”⁷.

Tampoco podrá el fallido transferir sus bienes a terceros, ni gravar o celebrar actos jurídicos que puedan perjudicar o deteriorar su patrimonio⁸, el cual representa la garantía común de sus acreedores, como explícitamente lo señalan los artículos 242 y 743 del Código Civil y Comercial.

Otra consecuencia que provoca este especial efecto patrimonial que se viene comentando, es la pérdida de la legitimación procesal del deudor en todo litigio vinculado a los bienes de los que ha sido desapoderado (artículo 110 de la ley 24.522), aunque nada impedirá que, “con el consentimiento del funcionario concursal [...] actué en carácter de tercero adhesivo simple o coadyuvante de la sindicatura, litigante principal, claro está, sin que esa actuación pueda retrogradar el trámite del expediente”⁹.

2. Otro aspecto a tener en cuenta, es que el desapoderamiento no produce efectos *sine die*, dado que cuando la rehabilitación del quebrado es posible (artículos 236 y 237 de la ley 24.522), tiene plazo de vencimiento.

En el caso de las *personas humanas*, la inhabilitación cesa de pleno derecho¹⁰ transcurrido el plazo de un año a contar desde la fecha de la sentencia de quiebra (artículo 236, ley 24.522), determinando ello, el carácter declarativo que posee la resolución que la dispone.

⁵ JUNYENT BAS, Francisco y MOLINA SANDVAL, Carlos A., *Ley de Concursos y Quiebras*, Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot, 2009, T. II, p. 83.

⁶ CÁMARA, Héctor, *El concurso preventivo y la quiebra*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1982, V. III, p. 2016

⁷ FASSI, Santiago C. y GEBHARDT, Marcelo, *Concursos*, Buenos Aires, Ed. Astrea, 1988, p. 230

⁸ QUINTANA FERREYRA, Francisco, *Concursos*, Buenos Aires, Ed. Astrea, 1986, T. 2, p. 111.

⁹ CNCom, sala A, autos “Safeway SA c/ BankBoston National Association s/ Ordinario S/ Incidente art. 250”, 13/11/2007 (ABELED PERROT Online Nº: 11/45110).

¹⁰ CSJN, FALLOS 333:5, autos: “Barreiro, Ángel s/ Quiebra”, 02/02/2010: “Resulta arbitraria la sentencia que al confirmar el fallo de la instancia anterior entendió que el cese de la inhabilitación no opera de pleno derecho al año de la fecha del decreto de quiebra, sino a partir de una declaración judicial obtenida mediante un trámite previo ya que dicha solución importa un apartamiento de la disposición legal que emana de los arts. 236 y 107 de la ley 24.522. -Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema-”.

Las excepciones a esta regla, es decir, tanto la reducción del plazo citado como su prórroga, se encuentran previstas en los párrafos segundo y tercero del artículo 236 de la Ley 24.522.

Acontecido el cese de la inhabilitación del fallido, todos los bienes que ingresan al patrimonio del deudor con posterioridad, no pueden ser agredidos por la masa de acreedores, es decir, son inembargables e inejecutables, porque no responden por crédito alguno relacionado con la quiebra¹¹. Sobre estos, el deudor tiene la libre disponibilidad material y jurídica, aunque existan saldos insolutos en su quiebra.

Estos últimos son inexigibles en relación a los nuevos bienes del deudor rehabilitado, e ingresan a la categoría de *deberes morales o de conciencia* a tenor de lo dispuesto por el artículo 728 del Código Civil y Comercial —antes obligaciones naturales, conf. 515, Código Civil—¹², porque al no ser la quiebra un modo de extinción de obligaciones, las pendientes que conformaron la masa pasiva de la quiebra, perduran como tales, aunque sin posibilidad de exigibilidad alguna.

De allí que, si fueran pagadas en todo o en parte luego del cese de la inhabilitación, ese pago no sería repetible, conforme lo dispone el citado artículo 728.

3. Lo descripto deja a la vista, que luego de la rehabilitación o del cese de la inhabilitación —fundamentalmente en el caso de una persona humana—, van —o pueden— coexistir dos masas de bienes propiedad del deudor, pero solo una va a estar afectada a la quiebra y podrá ser agredida por los acreedores.

En cambio, esa masa —activo posfallencial— compuesta por los nuevos bienes que se incorporen al patrimonio del deudor ya rehabilitado, queda amparada y solo responderán por obligaciones no alcanzadas por la quiebra, es decir, posteriores a la quiebra, resguardando al fallido, para que este “cuenta con la posibilidad de pronta reinserción en el comercio o actividad que desarrolla”¹³, es decir, continúe con su vida y sostenga a quienes dependen económicamente de él.

Es que la rehabilitación deja sin efecto la limitación que afectaban la capacidad, actuación y legitimación del fallido, quien como se señaló, “recobra también todos sus

¹¹ Dado que excede el tema propuesto en esta ponencia, no se analizan detalladamente la suerte de todos los créditos pertenecientes a los acreedores concursales y a los llamados acreedores del concurso del artículo 240 de la ley 24.522. En particular, respecto de estos últimos, se debate sobre si estos quedan alcanzados o no por el efecto liberatorio que genera la rehabilitación. Autores como Silvana Mabel García —en posición que, adelanto, no comparto—, sostienen que el acreedor del concurso “puede intentar por vía individual la satisfacción de su crédito no cubierto mediante la agresión de bienes que el fallido adquiera luego de su rehabilitación” (*La extinción de las obligaciones de la quiebra*, Córdoba, Ed. de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2012, Vol. LVI, p. 290 y ss.).

¹² C.N.Com., sala C, Autos: “Rizzo, María Marcela s/ Quiebra”, expediente número 24121/2011/CA2-CA3, 29/09/2015. Juzgado de origen: Juzgado Nacional Comercial n° 20, Secretaría n° 40 de Capital Federal, donde el 17/3/2015 se dictó la sentencia luego apelada.

Nota del autor: En primera instancia, se había decidido que la inhabilitación de la fallida debía operar desde que quedara firme la resolución que la dispuso, pues la deudora había sido sometida a juicio en sede penal y posteriormente sobreseída.

¹³ C.C.Com. 3ra. Nom. De Córdoba, 11/5/2010, autos “Milquevich, Rubén I. s/ Quiebra propia simple”. Abeledo-Perrot *on line*, citado por Vítolo, D. R., en *La Ley de Concursos y Quiebras y su interpretación en la jurisprudencia*, Santa Fe, Ed. Rubinzal – Culzoni, 2012, T. II, p. 365

derechos sobre el patrimonio que forme desde entonces”¹⁴ . A causa de ello, los saldos que no son atendidos con el producido de los bienes desapoderados que son liquidados en el marco del proceso falencial, no pueden ser exigidos con posterioridad al deudor.

4. Resta aclarar también, que el desapoderamiento como efecto que se activa de pleno derecho con la declaración del estado falencial, “está ligado en su subsistencia a que la quiebra perviva como instituto y proceso”¹⁵. Esto implica que, con excepción de los casos en que la quiebra concluye por alguna de las causales previstas por la legislación concursal y, con ella, todos sus efectos —por ejemplo: por el pago total, por el avenimiento, por la conversión en concurso preventivo—, las consecuencias propias de dicho desapoderamiento continúan vigente hasta que opere la prescripción de la acción para exigir la cancelación de los créditos impagos a cargo de la quiebra, pues mientras esto no suceda y, en la medida que existan bienes, presentes o futuros —que ingresen a la masa antes de la rehabilitación— a los que se refiere la regla del artículo 107 de la ley 24.522, dichas acreencias van a poder ser pagadas con el producto de la realización de aquellos.

IV. La situación de las remuneraciones del fallido frente al desapoderamiento

1. Entre los bienes susceptibles de ser desapoderados, cuando el fallido es una persona humana que desarrolla actividad artesanal, profesional o en relación de dependencia, si bien está facultado para ello aún quebrado, sus remuneraciones o haberes quedan igualmente alcanzados por el desapoderamiento, sin perjuicio de los límites que la legislación dispone en cuanto a la porción inembargable de estos (artículo 104, 107 y 108 inciso 2, ley 24.522).

Sobre esto existe consenso en que, declarada la quiebra, las remuneraciones que se devenguen en favor del deudor quebrado podrán ser embargadas en la parte proporcional correspondiente, integrando tales fondos la masa activa afectada a la liquidación.

El debate que vino de la mano del fallo citado, temática que, dicho sea de paso, tiene su tiempo, se centra, en lo que toca a esta ponencia, en la suerte frente al desapoderamiento, de las remuneraciones que el deudor asalariado continúa percibiendo como consecuencia de la relación de una relación de empleo existente al momento de la declaración de su quiebra —incluso, nacida con posterioridad a esta y antes de su rehabilitación—.

Sin ingresar en la cuestión sobre el abuso de derecho a la que ya me he referido, en torno al tema específico del desapoderamiento, dijo la sala A en su sentencia, que la causa fuente —relación laboral— de esa remuneración es “anterior al decreto falencial” [*sic*]. Es como consecuencia de ello, que, en principio, va a rechazar el levantamiento del embargo, porque entiende que esos salarios igualmente quedan afectados por el desapoderamiento aún con posterioridad al cese de la inhabilitación del deudor.

¹⁴ FASSI, S. y GEBHART, M., *op cit.*, pp. 484-5.

¹⁵ HEREDIA, Pablo D., *Tratado Exegético de Derecho Concursal*, Buenos Aires, Editorial Abaco, 2001, T. 3, p. 978.

2. No comparto esta postura, pues considero que se aparta de lo establecido con claridad por el artículo 107 de la ley 24.522.

Es cierto que el contrato de trabajo, en el caso tratado, era el existente al ser decretada la quiebra del deudor-trabajador.

Pero lo cierto es que, si bien la relación laboral es la misma, las remuneraciones se devengan en función de la prestación de servicios por parte del trabajador en cada período de trabajo el cual le es remunerado por su empleador —hora, día, semana, mes—.

La eventual expectativa que pudo tener un acreedor frente a esta realidad, es que su deudor tiene un trabajo y que percibe un determinado salario periódicamente, solo eso.

Pero también, en el marco de una razonable previsibilidad, ese mismo acreedor también se sabe que en cualquier momento, su deudor puede perder o dejar voluntariamente ese trabajo.

Esto demuestra que la garantía verdadera, tangible, para los acreedores está dada, no por la existencia del trabajo —esto sirve para evaluar la capacidad, siempre provisoria, financiera de un sujeto, su flujo de fondos actual, pero solo eso— sino por la efectiva continuidad de este y por los salarios que periódicamente perciba el trabajador-deudor.

El bien concreto susceptible de desapoderamiento *no es el contrato de trabajo*, ni la expectativa de las remuneraciones a percibir, sino lo que efectivamente se cobra —ingresa al patrimonio— en cada período de cobro.

De ello se sigue que, los *bienes* —remuneraciones, haberes— que pueden ser desapoderados son *los existentes a la fecha de la declaración de quiebra y los que ingresen hasta su rehabilitación*.

Los sueldos cobrados luego de este último evento, no eran *bienes existentes* en sentido lato, porque su causa generadora es, en esencia, la prestación de servicios laborales durante un período de tiempo posterior al que fija como límite temporal el citado artículo 107.

Así, los salarios futuros —vistos así desde la sentencia de quiebra— representan garantía para la masa pasiva una garantía, en la medida que estos ingresen al patrimonio del fallido antes del cese de su inhabilitación.

3. Por lo demás, se debe señalar que, además de la liquidación de los bienes del deudor, también es un efecto lícito y propio del procedimiento de quiebra que el fallido pueda descargar —*discharge*— sus deudas.

De allí que, nada impide a un deudor en la actualidad como el que motiva este debate —persona humana, trabajador, con un solo acreedor y con su salario como único activo— peticionar su quiebra y obtener plenamente la tutela que la ley da al deudor *in malis*,

Reitero, si es una quiebra pedida excepcionalmente por el deudor ejerciendo irregularmente sus derechos o en fraude a la ley, la solución es definitivamente otra: el trámite debe ser anulado y nos seguir adelante alterando las reglas de desapoderamiento y sus alcances.

Esto es así, porque si efectivamente en un caso concreto se determinara —se acredita efectivamente— un accionar ilícito por parte de un deudor, como es promover un

proceso falencial abusando de sus derechos o en fraude, es decir, ilícitamente, resulta jurídicamente inadmisibles sostener la continuidad del proceso y los efectos de la quiebra, en parte, para modificar otros *contra legem*.

Al margen de este puntual y específico supuesto, no existe impedimento alguno para que un trabajador en relación de dependencia, sin otro activo que sus haberes y con uno o pocos acreedores —no es habitual que existan deudores como estos con una importante masa pasiva— pueda pedir válidamente su quiebra, liberarse de sus saldos insolutos y tener un nuevo comienzo o segunda oportunidad —*fresh start*—¹⁶.

Contrariamente a lo que se pueda pensar, la verdadera reinserción o continuidad en el mercado de un trabajador se da, cuando se le concede esa nueva oportunidad de interactuar como un sujeto pleno, algo que no se logra si éste permanece y afectado por su quiebra durante años. Alguien así, quedaría excluido de cualquier circuito financiero y sin chance cierta de revertir a futuro su situación personal y patrimonial y, por cierto, la de su grupo familiar.

Además, de otra forma, difícilmente se obtendrá la efectiva tutela de la dignidad de la persona humana que exigen los tratados sobre derechos humanos —artículo 75 inc. 22 de la Constitución de la Nación), pues el sujeto cesante, si no tiene posibilidad de liberarse de una situación patrimonial deficitaria y de la que no tiene salida, lisa y llanamente, se queda sin oportunidades válidas.

Sin duda esto merecería una regulación específica y acorde como sucede en otras legislaciones, para ajustar procedimientos y efectos en su justa medida, incluso fijar algunos límites razonables, pero por el momento, es lo que tenemos y debemos aplicar, sin perder de vista el marco legal especial y general que he referenciado a lo largo de estas líneas.

4. Como conclusión de todo lo expuesto, entiendo que el cese de la inhabilitación o rehabilitación del fallido persona humana opera de pleno derecho, más allá que habitualmente se solicite su declaración al juez de la quiebra.

Cuando la porción embargable de los haberes del fallido fue afectada por el desapoderamiento, tal afectación cesa inmediatamente una vez operado el cese de la inhabilitación, por imperio del artículo 107 de la ley 24.522.

En consecuencia, los saldos insolutos en la quiebra quedan equiparados “deberes morales o de conciencia” en los términos del artículo 728 del Código Civil y Comercial, y no podrán ser satisfechos con los haberes que ingresen al patrimonio del deudor con posterioridad a su rehabilitación, sin que para ello obste que la relación laboral que origina su pago hubiera sido anterior a la sentencia de quiebra o posterior a esta vigente el período de inhabilitación.

Finalmente, si durante el trámite judicial, eventualmente se advierte un real y probado uso abusivo o fraudulento por parte del deudor al peticionar su propia quiebra, el

¹⁶ Véase, por ejemplo, Proyecto de Reformas a la Ley 24.522 de Concursos y Quieras, publicado por el Departamento de Derecho Económico Empresarial de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, que dirige el Dr. Daniel Roque Vítolo. Buenos Aires, 2016.

proceso debe ser anulado, pues este no puede convalidarse con su continuación si se originó en un acto ilícito como es el que deriva del abuso o el fraude a la ley.

En este último caso, no corresponde seguir adelante con la quiebra y, menos aún, hacerlo, pero modificando los alcances del desapoderamiento mal allá de lo que dispone el artículo 107 y 108 de la ley 24.522.

LXXVIII ENCUENTRO DE INSTITUTOS DE DERECHO COMERCIAL DE COLEGIOS DE ABOGADOS DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES

Mar de Ajó, 30 de noviembre y 1º de diciembre de 2.023.

Autor: Fernando Javier MARCOS.

Colegio: Colegio de Abogados de Mercedes.

Comisión: Derecho concursal. Insolvencia y soluciones concursales.

Tema de la ponencia: La quiebra refleja y los socios alcanzados. La situación de los socios de la Sección IV.

Sumario: *La quiebra principal se extiende a los socios con responsabilidad ilimitada, cualquiera que sea el origen de esta última, resultando indiferente si aquella es simplemente mancomunada o solidaria, razón por la cual, entre otros, también alcanza a los socios de las sociedades reguladas por la Sección IV del Capítulo I de la ley 19.550 (de lege lata).*

De insistirse en el futuro en sostener el instituto de la quiebra refleja, su extensión debería quedar limitada a los socios con responsabilidad ilimitada y solidaria únicamente, cualquiera que fuera el origen de dicha responsabilidad (de lege ferenda).

I. La quiebra refleja. Antecedentes y primeras consideraciones sobre el instituto

1. La extensión de la quiebra a los socios con responsabilidad ilimitada, denominada “quiebra dependiente, accesoria o refleja”¹ es un instituto controversial del régimen falencial, tanto para la doctrina foránea, como para la nacional.

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

No obstante, aquí me ocuparé específicamente del supuesto que trata el artículo 169 de la ley 24.522, cuyo antecedente fue el artículo 164 de la ley 19.551 inspirado en la ley italiana de 1942², precepto que dispone, *ipso iure*, la declaración de quiebra del socio con responsabilidad ilimitada.

2. El citado artículo 160 de la ley concursal, cuyo texto se mantienen 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”.

¹ OTAEGUI, Julio C., *La extensión de la quiebra*, Buenos Aires, Ed. Ábaco de Rodolfo Depalma, 1998, p. 19.

² *Ibidem*, p. 36.

Esta norma, como fue señalado antes, encuentra su antecedente inmediato en el artículo 164 de la ley 19.551, el cual, en su texto —idéntico al del artículo 160 de la ley actual— recibió la influencia de los sistemas legales francés e italiano³, y dejó de lado la dirección que había seguido la normativa concursal anterior de Argentina, donde tal extensión estaba limitada al *socio solidario* de una sociedad colectiva o en comandita.

Esto era así, porque 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).

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 artículo 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 decreto 267 del 16 de marzo de 1942, en su artículo 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 sancionatoria⁴.

Otro dato importante a 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 romano⁵ y del mandato con representación⁶.

Es así que, por carecer en aquel tiempo la sociedad colectiva de personalidad, era natural 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”⁷.

De esta forma, el criterio que siguió la ley italiana de 1942 en su artículo 147 fue el que, a la postre, influyó directamente en el artículo 164 de la ley 19.551, aunque este último tuvo una mayor contundencia conceptual en su redacción, porque a diferencia de la aquella norma, dispuso que la quiebra de la sociedad “importa” la de los socios con responsabilidad ilimitada⁸, 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”⁹.

³ MONTESI, Víctor L., *Extensión de Quiebra*, Buenos Aires, Ed. Astrea, 1991, p. 8.

⁴ OTAEGUI, J. C., *op. cit.*, pp. 20-24.

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

⁶ OTAEGUI, J. C., *op. cit.*, 34.

⁷ OTAEGUI, J. C., *op. cit.*, p. 35.

⁸ MONTESI, V. L., *op. cit.*, p. 20.

En la legislación nacional todo inició con el Código de Comercio de 1862, el cual, en el artículo 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”, cuya base habría sido doctrinal e inspirada en las ideas de jurista francés Massé¹⁰.

Tal redacción se mantuvo con la reforma del Código Mercantil de 1889 — artículo 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 manifiesto que tales sociedades no constituyen una persona jurídica, porque los miembros de estas no están obligados a satisfacer las deudas de la misma”¹¹.

Igual sentido siguió la ley 4156 en su artículo 4º y la ley 11.729 en el artículo 6º, normas donde si bien se nombraba a las sociedades colectivas y en comandita, a diferencia del artículo 847 del Código de Comercio italiano (1882), se mantuvo la específica referencia a los socios *solidarios* en lugar de hacer mención a los socios *con responsabilidad ilimitada*, conceptos que tiene 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 artículo 164, como la ley 24.522 en el artículo 160 solo destacan, 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 unas 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.

3. No se debe perder de vista que, 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”¹² y la responsabilidad ilimitada, tema este último que ha abierto un especial debate en relación a los socios de la Sección IV luego de la reforma de la ley 26.994.

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 aplicación¹³,

⁹ SATTÀ, Salvatore, *Instituciones del Derecho de Quiebra*, Buenos Aires, Ed. EJE, traducción y notas de derecho argentino de Rodolfo O. Fontanarrosa, 1951, p.452.

¹⁰ QUINTANA FERREYRA, Francisco y ALBERTI, Edgardo Marcelo, *Concursos*, Buenos Aires, Ed. Astrea, 1990, T.3, p. 6.

¹¹ SEGOVIA, Lisandro, *Explicación y crítica del nuevo Código de Comercio de la República Argentina*, Buenos Aires, Félix Lajouane Editor, 1892, T. III, p. 314

¹² QUINTANA FERREYRA, F. y ALBERTI, E. M., *op. cit.*, T.3, p. 11.

¹³ GRAZIABILE, Darío J., *Instituciones de Derecho Concursal*, Buenos Aires, Ed. Thomson Reuters – La Ley, 2018, T. IV, p. 209-210.

aunque no siempre las cosas se presentan con la necesaria precisión y transparencia que exige la activación de este instituto falencial, porque no siempre las condiciones que impone el artículo 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.

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”¹⁴.

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 que prevé el artículo 56 de la ley 19.550.

Ahora bien, cuando la sociedad es declarada en quiebra ese nuevo status 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”¹⁵, lo que implica la existencia de una verdadera presunción *iure 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 artículo 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 resolver su quiebra indirecta.

Desde esta plataforma conceptual, 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 inoponible¹⁶, aunque, reitero, se trate de sujetos de derecho distintos y con patrimonios diferenciados.

II. Los socios alcanzados por la extensión.

1. Para poder comprender el tema en toda su extensión considero sumamente relevante tener presente 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 (artículo 454, Cód. Comercio -1862- y artículo 125, ley 19.550), al igual que el socio *comanditado*, más no el socio *comanditario* quien, si bien es solidario —es

¹⁴ SATTA, S., *op. cit.*, p. 450.

¹⁵ LOZA, Eufrazio, *Ley de quiebras – Comentada, concordada y anotada*, Buenos Aires, Ed. Víctor P. de Zavalía, 1963, p. 25.

¹⁶ NISSEN, Ricardo A., *Ley de Sociedades Comerciales*, Buenos Aires, Ed. Astrea, 2010, T. I, p. 606. MC INERNY, Patricio T., *Ley General de Sociedades Nº 19.550. Comentada*, Buenos Aires, Ed. Thomson Reuters La Ley, 2016, p. 120.

responsable por todas las deudas sociales— tiene su responsabilidad limitada (artículo 425 y 429, Cód. Com. -1862- y artículo 134, ley 19.550).

A su vez, en todos los casos, esa responsabilidad les es exigible en forma subsidiaria (artículo 56, ley 19.550)¹⁷.

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 (artículo 429, Cód. de Comercio —1862— y artículo 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).

Pero no fue ese el camino que eligió la ley actual, dado que solo menciona a los socios con responsabilidad ilimitada sin hacer otra discriminación o delimitación.

2. En torno a los efectos concretos del artículo 160 de la ley 24.522, se sabe que existen tres posturas principales conocidas que fueron catalogadas por la doctrina como *restrictiva*, *intermedia* y *amplia*.

Para la primera de todas —*tesis restrictiva*— solo quedarían comprendidos los socios con responsabilidad limitada contractual u originaria como el socio de la sociedad colectiva.

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*—, mientras que para aquellos que sostienen la *tesis amplia*, quedan abarcados por la extensión todos los socios con responsabilidad ilimitada, sea esta originaria o derivativa/sancionatoria —*tesis amplia*—¹⁸.

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”¹⁹.

Pese a todo, si bien, como lo indiqué, entiendo que el artículo 160 de la ley 24.522 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 que el socio también posea responsabilidad *solidaria*, o sea, los que deben “responder con todo su patrimonio por

¹⁷ MONTESI, V.L., *op. cit.*, p. 5.

¹⁸ ROUILLÓN, Adolfo A. N, *Régimen de Concursos y Quiebras - Ley 24.522*, Buenos Aires, Ed. Astrea, 2017, p. 290. JUNYENT BAS, Francisco y MOLINA SANDOVAL, Carlos A., *Ley de concursos y Quiebras comentada*, Buenos Aires, Ed. AbeledoPerrot, 2009, T. II, p. 278. GRAZIABILE, Darío J., *Instituciones de Derecho Concursal*, Buenos Aires, Ed. Thomson Reuters – La Ley, 2018, T. IV, pp. 223-235.

¹⁹ QUINTANA FERREYRA, F. y ALBERTI, E. M., *op. cit.*, T. 3, p. 37.

todo el pasivo social”²⁰, alcance que propone la tesis *intermedia* que, en alguna medida, responde a los orígenes de la quiebra refleja o derivada.

3. Si bien excede los límites de esta ponencia, no puedo dejar de señalar también, que la extensión de la quiebra al socio a no debería ser la regla, principalmente porque en lugar de favorecer a los acreedores lo agrava y complica todo con una nueva quiebra —la del socio— y con nuevos acreedores —del socio ahora fallido—, cuando las herramientas más “efectivas” para ampliar la base patrimonial que debe responder por los créditos de la quiebra principal u originaria serían las acciones de recomposición y las de responsabilidad²¹,

Sin embargo, si esta figura se va a mantener en el futuro, debería 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 (artículo 242, Código Civil y Comercial).

Tampoco debería ser automática la extensión de la falencia, 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.

En esa línea, Rouillon sostiene que 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)”²².

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.

Téngase en cuenta que la norma también extiende la quiebra 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 inscripto en el Registro Público de Comercio...”, lo que deja a la vista 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.

²⁰ BARRIERO, Marcelo G., “Extensión automática de la quiebra (art. 160 LCQ) y sociedades de la sección IV”, en revista *DECONOMI* (Revista del Departamento de Derecho Económico y Empresarial de la Fac. de Derecho de UBA), Héctor O. Chomer (dir.), Buenos Aires, Uba-Facultad de Derecho, 2019, Año II, nº 2, <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/revista-deconomi/revistas/rev-deconomi-Ed-0004.pdf> (fecha de captura 18/8/2021). Solo me diferencia de la posición del autor citado, en cuanto a que el mismo 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 quiebra refleja cuando hace referencia al socio con responsabilidad ilimitada y a que la dirección a seguir debería ser la de la citada “teoría intermedia”.

²¹ RUBÍN, Miguel A., “¿Más quebrados o más responsables? Apuntes para un cambio de rumbo del Derecho Concursal argentino”, publicado en *Diario El Derecho*, Buenos Aires, Ed, El Derecho, ediciones del 5, 12, 19 y 26 de abril de 2018 y del 5 de mayo de 2018.

²² ROUILLÓN, A. A. N., *op. cit.*, p. 289.

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 sucediera, en cuyo caso sí responderían por la totalidad del pasivo de la sociedad²³.

Resumiendo, para el texto legal que rige hoy, la quiebra refleja, aunque no lo comparte, también alcanza a los socios de la Sección IV, pues lo son con responsabilidad ilimitada²⁴, 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.

A continuación, ampliaré algunos conceptos sobre este interesante aspecto del tema.

III. La situación de los socios de la Sección IV frente a la extensión de la quiebra

Si antes de la reforma que vino con la ley 26.994 el tema que motiva este trabajo daba lugar a discusión, con posterioridad a aquella, en particular, frente a las sustanciales modificaciones que introdujo a la Sección IV de la ley societaria, otrora relacionada únicamente con las sociedades de hecho e irregulares, todo se reactivó, dado que también se amplió sustancialmente el espectro de sociedades alcanzadas por las previsiones de esa parcela de la ley 19.550, ahora beneficiada por establecer como regla, la responsabilidad simplemente mancomunada y subsidiaria de sus socios, que antes era solidaria y directa.

Como fue resaltado desde el inicio, si bien en el Código de Comercio de 1862 y en la 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.

Precisamente, el cambio sustantivo que operó la responsabilidad de los socios de la Sección IV avivó el debate en torno a la relación entre “ilimitación” y “solidaridad”, aspectos distintos de la responsabilidad que suelen —pueden— transitar juntos, aunque no necesariamente.

Dado que 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 (artículo 1530, Código de Comercio —1862—, artículo 4° ley 4.156 y artículo 6° 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 artículo 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?

²³ RIVERA, Julio C., *Instituciones de Derecho Concursal*, Santa Fe, Ed. Rubinal-Culzoni Editores, 1997, T. II, p. 291.

²⁴ BOQUIN, 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, p. 343 y ss.

Definitivamente creo que no.

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

Me refiero, como lo adelanté en el punto anterior, 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 artículo 160 —también en el artículo 164, ley 19.551— 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.

Tal es el caso de los mencionados *socios retirados o excluidos*, cuyo deber de responder se limita a las deudas sociales existentes hasta el momento en que su retiro fuera inscripto en el Registro Público, salvo que tal inscripción nunca sucediera, en cuyo caso sí responderían por la totalidad del pasivo de la sociedad²⁵.

Así las cosas, en virtud de lo establecido por el texto legal vigente, la quiebra refleja comprende a los socios de la Sección IV dada su condición de socios con responsabilidad.

IV. La solidaridad como pauta definitoria a futuro. Las acciones de recomposición y de responsabilidad el camino.

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.

Como mecanismo para beneficiar a los acreedores de la quiebra de la sociedad, salvo alguna puntual excepción, la extensión al socio con responsabilidad ilimitada 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.

Si de tratar 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 artículo 173 de la ley 24.522, a mandatarios, gestores de negocios y terceros —los denominados *cómplices* por la ley 19.551 (sus artículos 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 artículo 1724.

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

Creo que debe ser esta la dirección más útil, porque el objetivo o fin que se persigue en estos casos es liquidar el patrimonio de la sociedad deudora para afrontar el

²⁵ RIVERA, J. C., *op. cit.*, T. II, p. 284. ROUILLON, A. A. N., *op. cit.*, 291.

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.

Parafraseando a Rubín, prefiero *más responsables* en lugar de *más quebrados*²⁶, porque difícilmente con aquellos que son eliminados del mercado, se puedan obtener mejores condiciones de recupero para los acreedores, en definitiva, los principales afectados por la quiebra.

Ello no obsta a 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 todo ello, mejorando y agilizando los procesos judiciales, dando un lugar más preponderante a la oralidad y a la intermediación 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.

Para concluir con estas reflexiones, solo insistir en que la quiebra refleja, en el mejor de los casos, solo debería afectar a los socios con responsabilidad ilimitada y solidaria, cualquiera que fuera el origen de dicha responsabilidad (de *lege ferenda*), aunque no es esa, como fue visto, el camino que ha elegido la ley 24.522²⁷.

²⁶ RUBÍN, Miguel A., “¿Más quebrados o más responsables? Apuntes para un cambio de rumbo del Derecho Concursal argentino”, publicado en *Diario El Derecho*, Buenos Aires, Ed, El Derecho, ediciones del 5, 12, 19 y 26 de abril de 2018 y del 5 de mayo de 2018.

²⁷ Véase también un trabajo de mi autoría titulado “Comentarios sobre la quiebra refleja y la situación de los socios de las sociedades de la sección IV de la ley 19.550”, publicado en la *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, nro. 311, pp. 28 y ss. Cita: TR LALEY AR/DOC/2625/2021.

**LXXVIII ENCUENTRO DE INSTITUTOS
DE DERECHO COMERCIAL
DE COLEGIOS DE ABOGADOS
DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES**

Autora: María Victoria Martinelli Philipp
Instituto de Derecho Comercial del Colegio de Abogados de San Isidro
COMISIÓN 5.- Derecho concursal.- Insolvencia y soluciones concursales.-

TÍTULO: FACULTADES DEL JUEZ CONCURSAL.-

PONENCIA:

INTRODUCCIÓN.- Motiva la presente ponencia la resolución dictada por el Juzgado en lo Civil y Comercial 9 del Departamento Judicial de San Isidro (revocada posteriormente por la Cámara) mediante la cuál se había declarado incompetente en razón del territorio y de la materia en los autos WENANCE SA s/concurso preventivo.-

LOS HECHOS.-

WENANCE SA solicitó la apertura de su concurso preventivo, el cuál se radicó en el Juzgado en lo Civil y Comercial 9 del Departamento Judicial de San Isidro con fecha 8 de agosto de 2023.-

Con fecha 14 de agosto de 2023 la Juez de grado se declaró incompetente en razón del territorio y de la materia.-

Respecto del territorio, sin perjuicio de que la sociedad había acreditado la modificación en inscripción de su domicilio en el ámbito de la Dirección Provincial de Personas Jurídicas, la Jueza de grado sostuvo que el domicilio era CABA.- Lueg de declararse incompetente analizó la actividad llevada acabo por la presentante (sin perjuicio que como bien señaló la Cámara al revocar dicha resolución, una vez que se había declarado incompetente ya no tenía juris dictio para seguir entendiendo en la causa).-

Más allá de eso, dicha resolución me invitó a reflexionar sobre si el juez concursal tiene o no facultades para analizar la actividad llevada a cabo por un deudor al momento de solicitar su concurso preventivo.-

DESARROLLO.-

El Art. 233 Ley 24.522 (LCQ) establece que “La clausura del procedimiento, por falta de activos, importa presunción de fraude. El juez debe comunicarla a la justicia en lo penal, para la instrucción del sumario pertinente.” En este caso estamos frente a una situación de hecho concreta, en donde, luego de haberse tramitado el concurso liquidatorio, y no contarse con activos, se presume el fraude y el juez concursal SIN ANALIZAR EL MISMO, comunica dicha circunstancia a la justicia en lo penal.-

El Art. 274 LCQ establece que: “El juez tiene la dirección del proceso, pudiendo dictar todas las medidas de impulso de la causa y de investigación que resulten necesarias. A tales fines puede disponer, entre otras cosas: 1) La comparencia del concursado en los casos de los Artículos 17 y 102 y de las demás personas que puedan contribuir a los fines señalados. Puede ordenar el auxilio de la fuerza pública en caso de ausencia injustificada; 2) La presentación de documentos que el concursado o terceros tengan en su poder, los que

deben devolverse cuando no se vinculan a hechos controvertidos respecto de los cuales sean parte litigante.”

Nótese que las facultades de investigación que se le otorgan al juez son a los efectos de clarificar y son a lo largo del proceso judicial, sin embargo, en el caso analizado, sin abrir el proceso concursal, y solamente con la documentación acompañada por la deudora, sin siquiera citarla a dar explicaciones, se resolvió declararse incompetente en razón de la materia por considerar que la actividad que llevaba a cabo la convertía en un sujeto NO CONCURSABLE.-

El Art. 34 CPCC establece que “Son deberes de los jueces: e) Vigilar para que en la tramitación de la causa se procure la mayor economía procesal. Respecto de las facultades ordenatorias e instructorias, el Art. 36 CPCC establece que “ Aun sin requerimiento de parte, los jueces y tribunales podrán:... 2) Ordenar las diligencias necesarias para esclarecer la verdad de los hechos controvertidos, respetando el derecho de defensa de las partes...4) Disponer, en cualquier momento, la comparecencia personal de las partes para intentar una conciliación o requerir las explicaciones que estimen necesarias al objeto del pleito. La mera proposición de fórmulas conciliatorias no importará prejuzgamiento...6) Mandar, con las formalidades prescritas en éste Código, que se agreguen documentos existentes en poder de las partes o de los terceros en los términos de los artículos 385 y 387.”

Todas y cada una de las facultades mencionadas conducen a concluir que el Juez concursal no contaba en dicho momento con los elementos necesarios para juzgar si el sujeto es o no concursable conforme Ar. 2 Ley 24.522, por ello entiendo que no tenía facultades para hacerlo, sí posiblemente para pedir más explicaciones y/o documentación.-

**LXXVIII ENCUENTRO DE INSTITUTOS
DE DERECHO COMERCIAL
DE COLEGIOS DE ABOGADOS
DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES**

Autora: María Victoria Martinelli Philipp

Instituto de Derecho Comercial del Colegio de Abogados de San Isidro

COMISIÓN 5.- Derecho concursal.- Insolvencia y soluciones concursales.-

**TÍTULO: PRÓRROGA PARA CUMPLIR CON LOS REQUISITOS DISPUESTOS EN EL
ART.11 LEY 24.522.-**

PONENCIA: El plazo de gracia dispuesto por el artículo 11 última parte de la Ley 24.522 (LCQ) se sustenta en el principio de continuidad del proceso concursal y si el solicitante funda adecuadamente las causales por las cuales necesita un prórroga, el juez DEBE otorgarla.-

INTRODUCCIÓN.- Motiva la presente ponencia la reciente resolución dictada por el Juzgado en lo Civil y Comercial 9 del Departamento Judicial de San Isidro, mediante la cuál rechaza la apertura del concurso preventivo solicitado por la sociedad WENANCE SA, por considerar que no se cumplió con los requisitos del Art. 11 de la Ley 24.522 (en adelante LCQ).-

LOS HECHOS.-

WENANCE SA solicitó la apertura de su concurso preventivo, el cuál se radicó en el Juzgado en lo Civil y Comercial 9 del Departamento Judicial de San Isidro con fecha 8 de agosto de 2023.-

Con fecha 14 de agosto de 2023 la Juez de grado se declaró incompetente en razón del territorio y de la materia.- No se desconoce que dicha resolución, revocada luego por la SAala II de la Cámara en lo Civil y Comercial departamental, también es motivo de análisis, sin perjuicio de lo cuál, la presente se centrará en la segunda resolución ya mencionada.-

Con fecha 18 de septiembre de 2023, atento que la Cámara le ordenó abrir el concurso, la Juez rechazó la apertura del mismo por considerar que la sociedad no había cumplido con los requisitos del Art. 11 LCQ.- Se aclara que dicha resolución, al momento de redactar la presente no se encuentra firme.-

ANÁLISIS DEL FALLO.-

Recordamos que el Art. 11 de la LCQ, al enumerar taxativamente los requisitos que el deudor debe cumplir para solicitar la apertura de concurso preventivo, establece que “... *Cuando se invoque causal debida y válidamente fundada, el juez debe conceder un plazo improrrogable de DIEZ (10) días, a partir de la fecha de la presentación, para que el interesado dé cumplimiento total a las disposiciones del presente artículo.*”

Entiendo que el legislador no optó por el vocable DEBE por casualidad, sino atendiendo al principio concursal de continuidad de la empresa y se subsistencia del proceso concursal.- Ya que, como sabemos, el rechazo de la presentación en concurso preventivo conlleva que la sociedad no pueda solicitarlo nuevamente durante un año, por lo que, en caso de que algún acreedor (o varios) pidan su quiebra, no podrá solicitar se convierta en concurso preventivo, con todas las consecuencias que derivan de ello.-

Por lo que la juez aquo debió analizar si se había invocado causal para necesitar el plazo de 10 días y si la misma había sido debida y válidamente fundada y en caso de haberse cumplido con este requisito DEBIÓ CONCEDER EL PLAZO DE 10 DÍAS.-

Sin embargo, citando un fallo de la Sala D de la Cámara Nacional en lo Comercial en los autos: LIMSER S.R.L. S/CONCURSO PREVENTIVO, fundó su decisión de rechazar el concurso preventivo.- Primer error, a mi criterio, ya que dicha resolución fue dictada en un expediente en el cuál en el primer proveído el Juez HABÍA CONCEDIDO EL PLAZO DE 10

DÍAS y luego de dos meses el deudor continuaba sin cumplir con los requisitos, por lo que la Cámara analizó si dicho plazo de 10 días podía ser prorrogado nuevamente.-

Asimismo, la Jueza efectúa un análisis de la documentación acompañada por la deudora así como de lo manifestado respecto a la causa del ECP (estado de cesación de pagos), con lo cual, queda de manifiesto que no estamos ante un deudor que solicita la apertura de un concurso sin acompañar documentación alguna (como fue el caso del fallo citado por la Jueza y en el cuál de todos modos se le concedieron los 10 días) sino que en este caso, la deudora acompañó documentación y efectuó un detalle de sus actividades y las causas mediante la cual se encuentra en ECP, sin perjuicio de ello, y aún analizando las mismas, la Jueza consideró que no eran suficientes y en base a los fundamentos de la Cámara Nacional en un caso diferente por lo ya expuesto, RECHAZA LA APERTURA DEL CONCURSO PREVENTIVO cuando sólo debía analizar si se había fundado adecuadamente el pedido de prórroga para el cumplimiento de los requisitos (lo cuál no hizo).-

Entiendo que el texto de la norma es claro, 10 días improrrogables, pero 10 días al fin.- Y estando ante un sujeto que cumple algunos de los requisitos (que la jueza los tuvo por cumplidos) y otros que la jueza tuvo por insuficientes o incumplidos, es el típico caso pensado por el legislador en el cual el juez debe conceder la prórroga, ya sea para que se aclaren los puntos pertinentes, para que se complementen y para que se cumplan con los otros.-

La prórroga dispuesta en el Art. 11 LCQ es un derecho que tiene, si me permiten la expresión, la *empresa concursada*.- Utilizo el término *empresa concursada*, sabiendo que la empresa no es un sujeto de derecho y por tal motivo mal puede tener derechos, pero lo que quiero significar que, el principio concursal de continuidad de la empresa, es justamente eso, de la empresa, no del empresario, y en este caso, al no conceder la prórroga, se perjudica a la actividad empresarial, además de perjudicar a los acreedores, ya que si la resolución es revocada en la Cámara, la fecha de presentación en concurso preventivo seguirá siendo 8/8/2023, y la demora en su apertura por las resoluciones de una juez de

primera instancia lo único que consiguió es que los intereses queden suspendidos a la presentación en concurso.- Y si no se revoca? estamos ante una muy posible quiebra, con todo lo que ello implica, no solo para la actividad empresarial, sino para las fuentes de empleo, y para la sociedad toda, porque no debemos olvidar, que el derecho concursal también busca salvaguardar las actividades que benefician a la sociedad.-

CONCLUSIÓN.-

Entiendo que puede ser fácil pensar que un deudor pretenda abusarse del plazo de 10 días y recurra a una presentación en concurso preventivo sin cumplir con los requisitos, pero quienes en algún momento hemos estado cerca de un proceso concursal, sabemos que aún preparándolo con el tiempo prudencial, muy a menudo se necesita del plazo de 10 días y que es costumbre su otorgamiento, más aún en el caso analizado, donde se cumplieron varios de los requisitos, donde se explicó y fundó la necesidad de la prórroga y donde la misma juez determina que se presentó documentación que ella considera insuficiente, por lo que con solicitar su adecuación, en el plazo legal, hubiese sido lo procedente.-

El Juez concursal DEBE analizar si se fundó adecuadamente el pedido del plazo legal y en ese caso DEBE otorgarlo, sin más, tal como expresamente lo dice la última parte del Art. 11 LCQ.-

LXXVIII ENCUENTRO DE INSTITUTOS DE DERECHO COMERCIAL DE

COLEGIOS DE ABOGADOS DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES

Facultad de Derecho y Ciencias Económicas UAA

Sede Mar de Ajó - 30 de Noviembre y 01 de Diciembre de 2023

Autor: Marisol Martinez.

Instituto de Derecho Concursal del Colegio de Abogados de Morón.

Derecho Concursal.

Distribución parcial de dividendos en la quiebra.

PONENCIA

De la letra expresa del artículo 218 LCQ, que prevé un informe final y proyecto de distribución, no surge de ningún modo que la “última enajenación”, diez días después de la cual procede la presentación de los mismos, imponga necesariamente una previa “total liquidación del activo”.

Deben disponerse y realizarse distribuciones parciales precedidas de los correspondientes informes parciales a medida que ingresen fondos producto de la liquidación de los bienes desapoderados en forma lo más inmediata posible evitándose el grave perjuicio que la dilación en el tiempo y la inflación infligen a los mismos.

Esto no se encuentra prohibido por la ley 24522, la que inclusive prevé distribuciones complementarias.

La interpretación y aplicación de la norma no puede prescindir de la evaluación de las consecuencias de su aplicación.

Debe contemplarse la preservación del derecho a obtener resoluciones en tiempo razonable, ponderándose la aplicación de herramientas de inteligencia artificial manteniendo la eficacia y vigencia del derecho.

DESARROLLO

La ley 24522 de concursos y quiebras vigente otorga amplio margen de trámite al concurso preventivo¹, fracasado el cual en caso de quiebra indirecta, o promovida una quiebra directa, procede una “inmediata”² liquidación de los bienes del fallido que han sido objeto de desapoderamiento.³

Esta ley prevé entonces, descartado el supuesto de continuación de la empresa de la fallida, la inmediata liquidación, regulando su trámite y previendo en su artículo 218 la presentación de un informe final y un proyecto de distribución también final, todo diez días después de la última enajenación.

Art. 218 ley 24522: “ARTICULO 218.- Informe final. DIEZ (10) días después de aprobada la última enajenación, el síndico debe presentar un informe en DOS (2) ejemplares, que contenga: 1) rendición de cuentas de las operaciones efectuadas, acompañando los comprobantes. 2) resultado de la realización de los bienes, con detalle del producido de cada uno. 3) enumeración de los bienes que no se hayan podido enajenar, de los créditos no cobrados y de los que se encuentran pendientes de demanda judicial, con explicación sucinta de sus causas. 4) el proyecto de distribución final, con arreglo a la verificación y graduación de los créditos, previendo las reservas necesarias...”

La aplicación excesivamente literal de la disposición falencial que establece un “informe final” junto con el proyecto de distribución diferidos ambos para después de la “última enajenación” (art. 218 LCQ) descartando distribuciones parciales y anteriores muestra efectos perniciosos.

La ley 19551⁴ de concursos y quiebras antecedente de la actualmente vigente, preveía distribuciones parciales sin necesidad de aguardar hasta la última enajenación la oportunidad de una distribución final. , no encontrándose prohibida una distribución parcial, la misma se encuentra permitida por el sistema positivo vigente.

¹ La teleología de la ley, sobre todo en su versión sancionada en 1995, impone una interpretación a favor del trámite del concurso en caso de dudas.

² Artículos 88, inc. 9; 106; 177; 203; etc. de la ley 24522.

³ El esquema de redacción originaria de la ley 24522 preveía la inmediata liquidación con la sola excepción de supuestos de continuación de la actividad de la empresa de la fallida, los que eran regulados precedidos del adverbio “excepcionalmente”. Éste fue suprimido con la reforma introducida en 2011 por la ley 26684 pasando de ser situaciones excepcionales a ser la regla de inmediata continuación en caso de existir fuente de trabajo en la empresa.

⁴ Ley 19551, art.215: “Pueden efectuarse distribuciones parciales y provisorias cuando se hayan realizado bienes por valor que se estime superior al veinte por ciento del total del activo realizable o del pasivo total o cuando, por auto fundado, el juez lo ordene. Esas liquidaciones comprenden como máximo el ochenta por ciento del haber líquido realizado y quedan sujetas al procedimiento establecido en el artículo precedente.”

La interpretación de una norma debe contemplar las circunstancias de su dictado, además de sus fines y objetivos.

La ley 19551 de concursos y quiebras fue dictada y estuvo vigente durante períodos coyunturales en que la inflación era más o menos normal en nuestro medio. Rigió durante períodos de inflación alta, e inclusive hiperinflación.

La ley 24522 fue dictada encontrándose vigente la ley de convertibilidad que, estableciendo la paridad de la moneda nacional con el dólar estadounidense, previó perseguir con ello la estabilidad de la moneda local, encontrándose excluido en principio el acaecimiento de períodos de inflación considerable.

En dicho contexto es como la ley 24522 introdujo montos en pesos al arancel verificadorio del artículo 32 LCQ, a los parámetros bajo los cuales se diferencia un concurso pequeño de un gran concurso (artículo 188 LCQ); los cuales encontrándose incluidos en ley nacional debieron ser reformados por ley posterior que reconociera la absoluta desvalorización de que habían sido objeto diez años después, estableciéndose mediante la ley 27170 pautas con referencia a criterios no fijos - como los de la ley 24522 en su redacción originaria-, sino con relativa movilidad como lo es la pauta del monto del salario mínimo vital y móvil.

Del mismo modo la ley, en un marco de estabilidad del proceso liquidatorio, bajo el principio de la solución más rápida y más pronta⁵, previó una distribución final y, en principio, total, en oportunidad de la presentación de un informe final.

Recuerda uno de sus redactores, que a la época de la redacción el país “se encontraba con una curiosa situación, cual era la de existencia de inflación cero. Ese año, nuestro país se ubicó en el quinto lugar entre los países que registraron la tasa de inflación más reducida del mundo después de Japón, Singapur, Holanda y Bélgica. Se había producido un cambio muy fuerte y sustancial en el sistema económico y financiero. Y ese nuevo tiempo requería una nueva ley de concursos y quiebras.”⁶

Las circunstancias políticas, económicas y financieras que acompañaran la sanción de la ley 24522 y sus primeros años de vigencia difirieron sustancialmente de las posteriores, y, en particular, de la actual, más aproximada a aquella que sirviera de escenario a la aplicación de la ley 19551.

⁵ Artículos 205 inciso 6, 217, 186, 273 inciso 1, 274, 275 y 278 de la ley 24522.

⁶ Vítolo, Daniel R. La reforma de la ley de quiebras en la pospandemia y la necesidad de sancionar un código de bancarrotas, a 25 años de vigencia de la ley 24522. Editorial Errepar, 04/08/2020.

Asimismo la ley 24522 previó distribuciones complementarias, las que tendrían lugar en caso de que: “El producto de bienes no realizados, a la fecha de presentación del informe final, como también los provenientes de desafectación de reservas o de los ingresados con posterioridad al activo del concurso debe distribuirse, directamente, sin necesidad de trámite previo, según propuesta del síndico, aprobada por el juez” (artículo 222 LCQ: Distribuciones complementarias).

Es decir que en la propia ley 24522 se encuentra contemplada la distribución complementaria, previéndose expresamente para el caso de ingreso del producto de bienes no realizados a la fecha de presentación del informe final por parte del síndico.

El artículo 265 LCQ que establece las oportunidades en que deben ser regulados por el juez los honorarios de los funcionarios, entre ellas, su inciso 3º.) dispone: “Al aprobar cada estado de distribución complementaria por el monto que corresponda a lo liquidado en ella.”

De la letra expresa del artículo 218 LCQ, disposición que establece el informe final y proyecto de distribución, no surge de ningún modo que la “última enajenación”, diez días después de la cual procede la presentación del informe final y proyecto de distribución que establece, imponga necesariamente una previa “total liquidación del activo”.⁷

Al contrario expresamente prevé que queden bienes pendientes de enajenación y créditos pendientes de cobro los que deben ser así consignados por síndico en su informe (art. 218, inc.3º. LCQ)

Por distintas causas y razones asistimos a una realidad opuesta a aquella de celeridad y liquidación exitosa que proyectaba la ley 24522, en la que los procesos se eternizan, los fondos producto de la liquidación, así como los créditos que conforman el pasivo de la quiebra, son vorazmente licuados por la inflación, sumándose últimamente la situación anómala de activos repotenciados cuando cotizan o han sido convertidos en dólares estadounidenses, produciéndose graves distorsiones que se traducen en desigualdad e iniquidad.

⁷ Inclusive el inciso 3) del art. 218 LCQ prevé la situación de bienes desapoderados no liquidados.

La prolongación del proceso torna el mismo ineficaz y anacrónico, perdiendo no sólo utilidad práctica sino sufriendo un desuetudo que se evidencia en la menor cantidad de trámites concursales iniciados.

El incesante y disruptivo avance de las nuevas tecnologías marcan la decadencia de un sistema que caduca bajo una férrea interpretación de normas cuya aplicación debe respetar pautas de razonabilidad y legalidad, pero cuya interpretación rígida empuja su aplicación hacia su inoperancia.

Es posible la carga de datos requeridos por informes como el previsto por el artículo 218 LCQ por sistemas de inteligencia artificial⁸, que procederían no sólo a mantener actualizada y de ágil consulta la composición de bienes que han sido enajenados frente a los remanentes, así como los privilegios de acreedores verificados, admisibles y preferentes, y agilidad en la confección del proyecto de distribución a fin de evitar la demora que por medios manuales o informáticos revela.

El sistema, interpretado como excluyente de la distribución parcial y anticipada o inmediata, conspira contra el derecho a obtener una resolución en un plazo razonable, contenido dentro del derecho a la tutela judicial efectiva, implícito en los arts. 18, 43 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional. La Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) en su artículo 8 regula las garantías Judiciales en la sustanciación de todos los tipos de procesos, sentando que: Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. Se ha afirmado la inclusión en el Código Civil y Comercial, amén de la pauta de constitucionalización del derecho privado (art.

⁸ En cuanto a su funcionamiento, la IA consiste básicamente en una tremenda base de datos que cruza los mismos siguiendo un esquema llamado "algoritmo" que ofrece diversas perspectivas de solución, basándose, sobre todo, aunque no siempre, en criterios estadísticos. En nuestro país, ya opera Prometea, sistema de inteligencia artificial como sistema experto para automatizar la creación de documentos, realizar búsquedas inteligentes y asistir en el control de datos, software creado por el Laboratorio de Innovación e Inteligencia Artificial de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Martínez Conti, Miguel. Incorporación de tecnología en la gestión de las causas. Establecimiento de un Sistema de Administración de Causas completo y coherente. Acaderc. <https://www.acaderc.org.ar/wp-content/blogs.dir/55/files/sites/55/2020/09/Aproximaciones-sobre-la-utilización.pdf>

1º.), de normas que procurarían dar solución a ciertos conflictos con celeridad, con un rol más activista en la función jurisdiccional⁹.

Si bien existe una tensión entre el formalismo aún instalado en el pensamiento teórico jurídico, y objeciones hacia cierto activismo judicial, lo cierto es que la interpretación jurídica no puede prescindir de los fines y objetivos de la norma y de la estimación de las consecuencias de su aplicación.¹⁰

Por otra parte, la incorporación de la función preventiva en el derecho de daños (arts. 1710 y sig.), contempla la cuestión temporal mediante la adopción de recaudos razonables para evitar el acaecimiento del daño, hacer cesar el que ya se ha activado o inhibir su agravamiento (Alterini, 2012)¹¹.

El maestro Bidart Campos señaló: “...Las demoras, las dilaciones, las suspensiones, etc. que conspiran sin razón suficiente contra la celeridad procesal, son inconstitucionales. Cada acto y cada etapa del proceso deben cumplirse con rapidez, y mucho más el acto y la etapa de sentencia, como broche final del proceso...” (Bidart Campos, 1974, p.154)¹²

No puede negarse que la excesiva demora injustificada en la tramitación de las causas implica el avasallamiento de garantías y principios constitucionales y convencionales, máxime durante la vigencia de coyunturas inflacionarias que arrasan con tales garantías, tornando ineficaces y aun obsoletos los procedimientos.

Deben disponerse y realizarse distribuciones parciales precedidas de los correspondientes informes parciales a medida que ingresen fondos producto de la liquidación de los bienes desapoderados en forma lo más inmediata posible evitándose el grave perjuicio que la dilación en el tiempo y la inflación infligen a los mismos.

Esto no se encuentra prohibido por la ley 24522, antes bien, se encuentran previstas distribuciones complementarias las que son permitidas por la norma.

⁹ Artículos 10 in fine, 32, 34, 35, 40, 43, 82 in fine, 83, 106,111,113, 330, 387, 389, 414, 425, 438, 542, 642, 644, 657, 664, 709, 871 inc. d, 887 inc. b, 989, 1102, 1122, 1157, 1248, 1710 y sgts. , 1735, 1742, 1747, 1854 in fine, 1863 in fine, 1963, 1973, 2001, 2002, 2063, 2236, 2246, 2268, 2327, 2328, 2330, 2352, 2521, 2550, 2572, entre otras, del Código Civil y Comercial. Citados por Perea Astrada, Ana Inés y Laferriere, Lucía. La garantía del plazo razonable en el proceso. Revista Argumentos Núm. 2 junio 2016, pp.21-33 Sección: Artículos Centro de perfeccionamiento Ricardo C. Núñez [En línea] <http://revistaargumentos.justiciacordoba.gob.ar/>

¹⁰ Atienza, Manuel. Filosofía del Derecho y Transformación social. Editorial Trotta, Madrid, 2ª. Reimpresión 2018, p. 350 y sig.

¹¹ Artículo citado en nota 6.

¹² También citado por artículo de nota 6.

**LXXVIII ENCUENTRO DE INSTITUTOS DE DERECHO COMERCIAL DE
COLEGIOS DE ABOGADOS DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES**

Facultad de Derecho y Ciencias Económicas UAA

Sede Mar de Ajó - 30 de Noviembre y 01 de Diciembre de 2023

Autoras: Marisol Martinez, Sandra M. Di Mécola.

Instituto de Derecho Concursal del Colegio de Abogados de Morón.

Derecho Concursal.

PONENCIA

Los principios de universalidad, concursalidad, *par conditio creditorum*, fuero de atracción imponen la necesaria intervención del juez concursal en todo lo atinente a los bienes comprendidos en el patrimonio del concursado.

Frente al trámite del concurso, concurriendo intereses como el de los acreedores, el de la conservación de la empresa, debe extremarse la cautela respecto de la autorización de actos bajo un pseudo interés general en tanto pudieren atentar contra la finalidad del concurso y tratándose de derechos patrimoniales de los que no es desapropiado el concursado.

DESARROLLO

El comentario contempla no sólo el punto de vista del encuadramiento en las normas de ineficacia concursal, sino otras dos cuestiones plausiblemente resueltas en autos siguiéndose la opinión de la sindicatura.

Se trata por una parte de la asidua ocupación, o uso de bienes concursales por parte del Estado, Municipal, Provincial o Nacional, no siempre justificada en cuestiones de interés público.

Por otra parte, la toma de decisiones por la justicia penal sobre bienes sometidos a la jurisdicción concursal de modo inconsulto.

En autos “Pilar Bicentenario S.A. s/ Concurso Preventivo (pequeño)”, Expte. n° SI-45203-2018, Juzgado Civil y Comercial No. 14 de San Isidro, en fecha 21/08/2020 se resolvió sobre el planteo de ineficacia formulado por la sindicatura, con relación al contrato celebrado entre el administrador judicial de la sociedad concursada y las autoridades del Municipio de Pilar, el que fuera nominado como “acta de entrega en custodia Agencia de Administración de Bienes del Estado intervención judicial Municipio de Pilar”.

El Juzgado Federal en lo Criminal y Correccional N°3 de Morón, Provincia de Buenos Aires, en la causa N°45/2017, caratulada “CORVO DOLCET, Mateo y otros S/ INF. Art. 303 del Cód. Penal”, había decretado la intervención judicial de la concursada “PILAR BICENTENARIO S.A.” (titular del CUIT 30710192878), y encomendado a la Agencia de Administración de Bienes del Estado (AABE) la designación de los profesionales idóneos para realizar las labores que conlleve la citada intervención sobre las sociedades.

Asimismo se autorizó la entrega por parte de la Agencia de Administración de Bienes del Estado (AABE) al Municipio de Pilar, del inmueble de la concursada en “custodia” y “gratuitamente”, el cual tendría por objeto establecer “un centro de operaciones conjuntas, de competencia interdisciplinaria entre las áreas de seguridad, salud e infraestructura municipales, para afrontar en el Partido de Pilar, la pandemia del COVID-19, e implementar en dicho predio un centro de diagnóstico del COVID-19 a fin de detectar casos de contagio y trabajar coordinadamente con la Nación y la Provincia de Buenos Aires en la prevención de su propagación...”, invocándose lo dispuesto en la Ley 27.541, de Emergencia Pública Nacional en materia sanitaria.

Lo cierto es que ninguna intervención le cupo al juez concursal en la celebración del acto impugnado.

La resolución recuerda la norma del art. 15 LCQ: “el concursado conserva la administración de su patrimonio bajo la vigilancia del síndico”, la que ha sido identificada como principio general de “*desapoderamiento atenuado*”, pues si bien conserva la administración tiene varias limitaciones como: “a) la vigilancia del síndico; b) que el concursado no puede realizar actos que excedan la administración ordinaria, salvo que tenga autorización judicial; y c) no puede alterar la situación de sus acreedores de causa anterior a la presentación en concurso”. Asimismo, recuerda las limitaciones impuestas por los artículos 16 a 18 LCQ, contemplándose un régimen de actos prohibidos, actos sujetos a la autorización judicial, restando permitidos aquellos que no excedan su administración ordinaria.

Se explicita que “el acto de administración tiene por objeto hacer producir a los bienes los beneficios que normalmente pueden obtenerse de ellos, sin alterar su naturaleza o destino”. En caso de alterarlos estamos ante la presencia de actos de disposición. Entre ellos los que comprometen por largo tiempo el porvenir o destino de los bienes.¹

De lo hasta aquí expuesto deduzco que las partes intervinientes encuadraron el cuestionado convenio en el marco del contrato de depósito gratuito (arts. 1356 y cc., del Código Civil y Comercial) y que el Municipio de Pilar contaba con la facultad del uso temporario del bien con objeto de afrontar la pandemia del COVID 19 en ese distrito.

Consideró el juez concursal que, sin perjuicio de la calificación que las partes hubieren asignado al contrato (depósito gratuito), la facultad de uso de la cosa que el interventor judicial (depositante) le otorgó al Municipio de Pilar (depositario), se encontraba expresamente vedada por el art. 1358 del Código Civil y Comercial, tornándose inaplicable la figura del depósito regular.

El administrador judicial había entregado el inmueble al Municipio para su uso en forma gratuita, comprometiéndose este último a realizar todos los trabajos de preservación que resultaren imprescindibles, en razón de la guarda, mantenimiento, limpieza y conservación, quedando a su cargo el pago de los impuestos, tasas y contribuciones que graven el bien

¹Con cita de Rivera, Julio César, “Derecho Concursal”, 2ª edición actualizada y ampliada, Concurso Preventivo, Tomo II, Páginas 45 y 52, Thomson Reuters La Ley.

obligándose a la restitución del bien una vez finalizada la emergencia sanitaria citada o cuando el administrador lo requiriese, sin que ello genere derecho a compensación o indemnización alguna en su favor, lo que haría aplicable la figura del comodato.

Partiendo de la calificación como acto_a título gratuito, su carácter de acto prohibido (art. 16, primer párrafo de la ley 24.522), se imponía, no pudiendo ni siquiera haber sido autorizado por el juez.

La violación al régimen de actos prohibidos conlleva la declaración de ineficaces de pleno derecho (art. 17 de la ley 24.522), entendida como inoponibilidad, o ineficacia relativa, ya que priva a un negocio válido y eficaz entre las partes, de sus efectos respecto de determinados terceros a quienes la ley dirige su protección.

La resolución “independientemente de la autorización conferida en la causa penal” resolvió la ineficacia de pleno derecho del contrato.

La resolución fue revocada por la Cámara de Apelaciones en fecha 19/10/2020, expresando: “De lo expuesto se colige que, al momento de resolver la cuestión, lo pactado entre la AABE y la Municipalidad de Pilar, se erige como la mejor opción con que cuenta la sociedad concursada para resguardar sus intereses y los de sus acreedores, pues no sólo evita que continúe aumentado su pasivo en relación a impuestos, tasas y contribuciones, sino que además el citado municipio se hace cargo de la seguridad, custodia y conservación del único bien que compone el patrimonio de la deudora, resguardando la garantía con la que cuentan los acreedores de este proceso universal.”

Se trató en forma lateral en la sentencia de primera instancia y no se trató en absoluto en la Alzada la contratación formalizada a espaldas del juez concursal haciendo caso omiso a su jurisdicción especial y competencia.

La especialidad de las distintas ramas del derecho y sus relaciones entre sí, son temas que habrían quedado resueltos por los órdenes de prelación previstos por el CCCN, artículos 125; 963; 1709 y 1834, en los que, en principio, predomina el orden público y las especialidades.

El régimen concursal con sus caracteres de universalidad, concurrencia, fuero de atracción, paridad de tratamiento de los acreedores (artículos 16; 32; 125; 200 LCQ), reuniendo el carácter de especial impone la necesaria intervención del magistrado del concurso en todo acto celebrado respecto de los bienes del concursado.

Se trata de un improcedente avance sobre la jurisdicción del juez concursal, considerándose no gratuito por el mero pago de algunos tributos.

Con el tiempo el inmueble fue objeto de ley de expropiación de la Provincia de Buenos Aires, lo que ratifica el riesgo que implica el tratamiento ligero y sin intervención del juez competente de cuestiones relativas al patrimonio comprendido en el principio de universalidad concursal².

² Actualmente tramita la queja por ante la CSJN

LA SINERGIA ENTRE EL NEUROMARKETING Y LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL, SU APLICACIÓN EN LAS EMPRESAS y SU PODER EN LA TOMA DE DECISIONES DEL CONSUMIDOR

“El color penetra en la mente del consumidor y puede convertirse en un estímulo directo para la venta”. Néstor Braidot

“En la actualidad, ninguna estrategia de negocios que pretenda tener éxito puede obviar la investigación científica sobre el funcionamiento de las percepciones, la memoria, la cognición, la emoción, la razón y los mecanismos que interactúan durante el aprendizaje y la toma de decisiones del cliente, y todos estos procesos se producen en el cerebro”. Néstor Braidot

“Usted puede comprar el tiempo de la gente en un lugar determinado, no obstante usted nunca puede comprar el entusiasmo, usted no puede comprar la lealtad... eso tendrá que ganárselo” Martin Luther King

**Por Evangelina Natalia Negro
Instituto de Derecho Comercial
Colegio de Abogados de San Isidro**

INDICE

- 1.-Introducción
- 2.- El Neuromarketing
- 3.- El rol de los niveles cerebrales en el proceso de compra y su aplicación a través del Neuromarketing
- 4.- Neuromarketing y su Poder en la Toma de Decisiones del Consumidor
- 5.- La fusión del Neuromarketing y la Inteligencia Artificial
- 6.-Contexto interno de las pymes y el desarrollo de una estrategia de Marketing

7.- Conclusiones

Introducción

La dinámica del mundo actual exige un constante cambio en la forma de competir de las empresas para poder crecer y mantenerse en el mercado. De este dinamismo surgen diferentes métodos de estrategias de marketing que pueden implementar las organizaciones, uno de ellos es el Neuromarketing que tiene como función principal crear una propuesta de valor al cliente, para la cual se debe conocer las emociones, pensamientos y percepciones que lleva a tomar determinadas decisiones respecto a productos y servicios específicos.

El mundo del marketing está en constante evolución, impulsado por avances tecnológicos que permiten a las empresas comprender mejor a sus clientes y llegar a ellos de maneras más efectivas. En la era digital, dos conceptos clave han estado en el centro de esta transformación: el **Neuromarketing** y la **Inteligencia artificial**.

La combinación de Neuromarketing y la inteligencia artificial es una estrategia poderosa para entender a los consumidores, personalizar las estrategias de marketing, optimizar la experiencia del cliente, prever tendencias y maximizar los resultados.

Existen infinidad de factores que influyen en la conducta y decisiones de compra de los consumidores. El Neuromarketing es una disciplina cuyo campo de acción interrelaciona y hace uso de técnicas y herramientas de otras ciencias para estudiar los procesos cerebrales que explican dichas conductas. El campo de actuación del Neuromarketing va más allá de elegir características en los productos o campañas de publicidad que sean atractivos para los consumidores, busca despertar estímulos en ellos.

Existe la creencia errónea de que el Neuromarketing está reservado a grandes compañías. Sin embargo, el gran motor económico de nuestro país son las pequeñas y medianas empresas que impulsan la economía y generan empleo.

El Neuromarketing es una nueva forma de conocer al consumidor para saber qué desea y cómo piensa, a través de sus emociones.

El Neuromarketing se basa en la comprensión de cómo el cerebro humano responde a estímulos de marketing, y utiliza esta información para influir en las decisiones de compra. Al emplear técnicas como la resonancia magnética funcional (fMRI) y la electroencefalografía (EEG), los profesionales del Neuromarketing pueden medir las reacciones cerebrales de los consumidores ante anuncios, productos y experiencias de compra.

Una de las principales conclusiones del neuromarketing es que gran parte de las decisiones de compra son impulsadas por emociones y subconsciente, más que por una evaluación lógica. Esto ha llevado a un enfoque más emocional y persuasivo en la publicidad y el diseño de productos.

El Neuromarketing es posible de aplicar en las empresas utilizando la técnica del color ya que les otorga la posibilidad de incrementar su poder de competencia y efectividad en ventas, siendo una herramienta económica y de fácil implementación

Palabras clave: Cerebro; Marketing; Empresas; Consumidores; Neuromarketing; Inteligencia Artificial.

2.- EL NEUROMARKETING

El Neuromarketing es la utilización de técnicas de neurociencias aplicadas al marketing cuya finalidad es dotar a las organizaciones de herramientas para comprender mejor el proceso de decisión de compras de los consumidores y desarrollar estrategias exitosas para posicionar sus productos. Sus principales

aportes son: Brindar información y conclusiones determinantes de cómo los potenciales consumidores toman sus decisiones de consumo. · Identificar el impacto emotivo que genera un producto, servicio, marca, etc. · Identificar y satisfacer las necesidades y expectativas de los clientes. · Conocer los mensajes de marketing más efectivos, además saber cuáles son los productos preferidos por los consumidores y las causas de dicha predilección. Utilizando las tecnologías de la neurociencia, estudia, conoce y comprende los niveles de atención que muestran las personas ante diferentes estímulos explicando el comportamiento de los individuos desde la interpretación de su actividad neuronal. Podemos definir el Neuromarketing como un área de estudio interdisciplinaria en la que se aplican técnicas y tecnologías propias de las neurociencias para analizar las respuestas cerebrales del ser humano frente a diversos estímulos de marketing. Néstor Braidot, reconocido experto en el tema, afirma: “El Neuromarketing trae consigo un conjunto de recursos de enorme valor para investigar el mercado, segmentarlo y desarrollar estrategias exitosas en materia de productos (diseño, marca, packaging) posicionamiento, precios, comunicaciones y canales. Estos recursos se basan en el conocimiento de los procesos cerebrales vinculados a la percepción sensorial, el procesamiento de la información, la memoria, la emoción, el aprendizaje, la racionalidad, las emociones y los mecanismos que interactúan en el aprendizaje y toma de decisiones del cliente.”

A continuación, se exponen dos párrafos de distintos libros que escribió Néstor Braidot sobre este tema:

“En el Neuromarketing convergen el marketing tradicional y la neurociencia, donde se incorporan los conocimientos sobre los procesos cerebrales para interpretar la conducta humana sobre el consumo, brindando mayor información a las empresas sobre las preferencias y los gustos de los consumidores, traspasando la inferencia del marketing tradicional al expresar la importancia del inconsciente en la toma final de las decisiones”.

“Con la apertura de la “Era del cerebro”, era en la que se iniciaron las principales investigaciones de neurocientíficas de este órgano, se descubrió, que la mayor parte de las decisiones de los seres humanos se originan en forma meta consciente. Los aspectos emocionales desempeñan un rol determinante durante el proceso de compra.”

El Neuromarketing es una técnica que busca identificar cómo los seres humanos toman las decisiones de compra al evaluar varias alternativas. Las decisiones las toma el cerebro desde la lógica, la emoción y el subconsciente en donde intervienen los sentidos al captar los estímulos externos. El cerebro procesa los estímulos a través de las tres partes fundamentales: reptil, límbica y el neo córtex, cada una con una función específica que trabajan conjuntamente para lograr una decisión de compra.

El Neuromarketing busca identificar qué sucede en el cerebro de los clientes para conocer sus necesidades y de esta forma diseñar los productos según cada necesidad puntual. Es por ello que resulta crucial incorporar estas herramientas para plantear estrategias de posicionamiento de los productos a fin de lograr maximizar los beneficios a través de ventas exitosas.

3.- El rol de los niveles cerebrales en el proceso de compra y su aplicación a través del Neuromarketing

El cerebro reptiliano reacciona por instinto de supervivencia con lo cual interviene en los procesos de compra de productos de necesidades básica y en aquellos que brindan sensación de seguridad. El Cerebro límbico funciona por el mecanismo de estímulo-respuesta. Las emociones son las respuestas inconscientes y automáticas a los estímulos sensoriales y tienen un rol determinante en las decisiones de compra. En un mercado saturado de productos, son las emociones las que dirigen la toma de decisión. Cuanto mayor sean los sentidos que un producto haga reaccionar, mayores emociones despertarán en los usuarios y

mejor podrá influenciarlos en sus decisiones de compra. Ambos cerebros generan reacciones de manera inconsciente, en cambio el Neo córtex es el responsable de aquellas reacciones racionales y conscientes, es aquel que analiza los costos-beneficios de los diferentes productos y las diferentes marcas. El neurocientífico estadounidense, Joseph Ledoux afirma:

“El cerebro humano contiene cerca de diez mil millones de neuronas que están conectadas entre sí de formas muy complejas. Aunque las chispas eléctricas y los cambios químicos que ocurren entre estas células consiguen realizar algunas funciones sorprendentes y complicadas, la proeza más sorprendente y complicada es la creación de las emociones”.

Por su parte, Néstor Braidot dice: “en la actualidad, ninguna estrategia de negocios que pretenda tener éxito puede obviar la investigación científica sobre el funcionamiento de las percepciones, la memoria, la cognición, la emoción, la razón y los mecanismos que interactúan durante el aprendizaje y la toma de decisiones del cliente, y todos estos procesos se producen en el cerebro”.

Distinguir claramente las particularidades de los tres niveles cerebrales, le permite al Neuromarketing generar estrategias de comunicación, promoción, publicidad y ventas exitosas. Algunos ejemplos de ello son:

- La demanda de servicios de seguridad, productos de protección como alarmas, puertas antirrobo tienen sustento por instinto de preservación, cuya base es el cerebro reptiliano.
- las campañas de perfumes, indumentaria, bebidas alcohólicas, buscan relacionar los productos con las emociones, el reconocimiento de los demás o la pertenencia, apuntando al sistema límbico.
- Un mensaje del tipo: “reducimos el precio” va dirigido al cerebro lógico o neo córtex. Es por ello que Braidot sostiene que: “el 80 % de los nuevos productos y servicios fracasan en seis meses o no alcanzan los beneficios previstos porque las empresas no comprenden cómo funcionan los mecanismos del cerebro de sus clientes”.

Detrás de cada conducta hay decisiones que nuestro cerebro toma dependiendo los factores que intervengan, ya sean externos, internos, conscientes o inconscientes, racionales o emocionales.

En síntesis, todas estas técnicas y herramientas permiten analizar las conductas de los consumidores desde el momento inicial en que se produce la toma de decisión, valiéndose al Neuromarketing de información relevante para poder analizar los motivos que llevan a un consumidor a elegir un producto sobre otro, generar un sentido de lealtad hacia una marca y como impactan determinadas estrategias publicitarias sobre la decisión de compra.

4.- Neuromarketing y su Poder en la Toma de Decisiones del Consumidor

El neuromarketing se basa en la comprensión de cómo el cerebro humano responde a estímulos de marketing, y utiliza esta información para influir en las decisiones de compra.

Una de las principales conclusiones del neuromarketing es que gran parte de las decisiones de compra son impulsadas por emociones y subconsciente, más que por una evaluación lógica. Esto ha llevado a un enfoque más emocional y persuasivo en la publicidad y el diseño de productos.

➤ La asociación de los colores en los procesos mentales

Las acciones que llevan a los consumidores a elegir determinado producto y/o servicio se realizan a través de procesos mentales, es necesario acceder a este conjunto de emociones y pensamientos para poder crear una propuesta al cliente. Esto se logra a través de la aplicación del Neuromarketing que permite comprobar que las personas prefieren una marca en lugar de otra y además saber el ¿Cómo? y ¿Por qué? de dichas preferencias.

Así las empresas cuentan con información relevante para lograr una ventaja competitiva sobre sus competidores. Además, el Neuromarketing basado en la neurociencia, permite conocer los mecanismos cerebrales para la utilización en los diferentes campos: ü Producto ü Precio ü Posicionamiento ü Planeamiento estratégico ü Canales de marketing Es decir lograr un análisis de todos los factores que determinan el comportamiento de compra y consumo de un mercado o del cliente individual.

Uno de los factores principales es el color como determinante de las acciones de los consumidores. Estas decisiones están influenciadas por medio de señales visuales, siendo el color el factor más condicionante y persuasivo. Es un elemento indispensable que presenta la naturaleza y los objetos creados por el hombre dando la imagen completa de la realidad. Muchas investigaciones reconocen la influencia que tienen los colores, incluso lo dividen en dos grupos:

1- Colores que clasifican: estos son los que determinan mensajes subliminales para atraer a los clientes sin que se den cuenta. Algunos de ellos son: Verde, Azul, Gris.

2- Colores que no clasifican: son los que se proyectan sobre un objeto y lo iluminan para que este sea más llamativo y captar la atención, por eso estos son lo que se utilizan para la venta. Como ser: · Rojo; Naranja; Amarillo.

➤ **La Psicología del color**

Es una rama de la psicología que analiza la forma en que los seres humanos perciben y el comportamiento que tienen ante los distintos colores, además de las emociones que estos generan de acuerdo al tono de los mismos. Pero hay que tener en cuenta que la interpretación de los colores varía según la cultura de cada sociedad, por ejemplo, en la cultura

occidental se asocia al color negro con el luto, en cambio, en culturas asiáticas el negro toma connotaciones totalmente diferentes. La psicología del color tiene como finalidad determinar el significado de los colores y estudiar su influencia en las decisiones de las personas. Por ejemplo ¿Qué color de ropa nos motiva a comprar? ¿El color de un empaque hace elegir una determinada marca? la respuesta a estas preguntas es afirmativa. Pero saber el porqué de esas afirmaciones es más complejo. Conociendo el significado de los colores se puede determinar la preferencia de unos sobre otros. Incluso la neurociencia ha demostrado que la información visual que se almacena en la niñez, genera que en la adultez se tomen ciertas decisiones en vez de otras.

Por lo cual el color tiene una importancia significativa ya que puede lograr transmitir emociones en una persona, por eso su valor en la utilización para el desarrollo de una estrategia o de un producto. No solo se contempla en el diseño sino por el efecto que causa en la decisión del consumidor ya sea en forma consciente o inconsciente. A través de la comunicación que los colores brindan, se logra transmitir el mensaje que se quiere lograr incorporar en el cliente para que la decisión de compra se lleve a cabo. Conocer los diferentes sentimientos y/o emociones que generan los colores en los consumidores es de vital importancia, por eso se debe tener en cuenta la “psicología del color”. Según el libro “La Psicología del color” de Eva Heller, los colores más apreciados son el azul, seguido por el verde y rojo.

➤ **La utilización de los colores en Neuromarketing**

ROJO: Se utiliza para llamar la atención. Es el color que acelera el ritmo cardiaco provocando un mayor impacto en la mente. Genera el accionar y abre el apetito. Es el más intenso, se asocia a la estimulación, fuerza,

revolución a las sensaciones extremas. El exceso del rojo puede producir sensación de irritabilidad y estrés. Las marcas más reconocidas que utilizan éste color en sus logos son: Coca-Cola; LG, entre otras.

AMARILLO: Produce el sentimiento de alegría y creatividad, ayuda a la estimulación mental, significa precaución. Utilizado en publicidad que requiera llamar la atención. Ejemplo: carteles viales. En el caso de la empresa Mac Donalds se eligió éste color por asociarse a la alegría de pasar un grato momento en sus locales de comida rápida; Shell, entre otras.

NARANJA: Es el color de la diversión ya que provoca un mayor aporte de oxígeno al cerebro. Invita al movimiento. Se usa mucho en productos de juguetes, marcas que se dirigen al público joven. Nickelodeon; Fanta, entre otras.

VERDE: Es el color de la “Armonía” porque el cerebro tiene menos estrés, se relaciona a nivel emocional con la seguridad. También asociado a la salud. Representa la naturaleza, ecología y equilibrio. También a la esperanza. Starbucks; Greenpeace, entre otras.

AZUL: Recuerda al cielo y al mar, es el color de la calma, trasmite seguridad y confianza. Disminuye el ritmo cardiaco provoca sensación de bienestar. Es el color que más emociones despierta. Transmite profesionalismo, libertad, sinceridad. Es muy utilizado por el sector bancario, de salud y tecnología. YPF; Facebook; Samsung, entre otras.

GRIS: Es el color que transmite respeto y autoridad. Provoca calidad e innovación. Invita a la seriedad. Simboliza el éxito. Apple, Nissan, entre otras.

ROSA: Es un color que representa la feminidad, la amistad y el amor, muy utilizado en marcas de belleza o ropa de mujeres. Cosmopolitan; Barbie.

VIOLETA: Está asociado a la nobleza, magia, espiritualidad. Es el color de la humildad, equilibrio. No se relaciona con conductas negativas. Se encuentra en logos de empresas que ofrecen productos de educación, chocolate, caramelos. Gandhi; Yahoo!

MARRON: Es un color terrestre, se asocia a la durabilidad y estabilidad. Indica constancia, reflexión. Es uno de los colores más rechazados por representar a la suciedad. Pero también es uno de los colores que más se relaciona con los alimentos. Nestle (Chocapic); M&M's

NEGRO: Tiene dos lados: uno positivo que se asocia al poder, lujo elegancia. Y el negativo que se vincula con el mal, como en países occidentales significa luto o vacío. Pero en cuanto a diseño transmite la sensación de sofisticación por eso su utilización en productos elegantes. Coco Chanel; Ray Ban.

BLANCO: Es el color de la simplicidad, pureza, inocencia. Purifica la mente. Muy utilizado en hospitales u organizaciones caritativas ya que transmite tranquilidad y bondad. En el sector de la moda es un color que permite la combinación con cualquier otro. Puma; Converse.

Con el desarrollo del marketing sensorial y la importancia de los sentidos, sobre todo el sentido de la vista como factor determinante en el desarrollo de una estrategia, se puede concluir que es un gran avance del Neuromarketing ya que permite el análisis de los colores siendo una herramienta fundamental para el desarrollo de diferentes tácticas dentro de las empresas a fin de lograr captar la atención de los clientes hacia los productos y/o servicios que ofrecen con el objeto final de aumentar sus niveles de rentabilidad por medio de la efectividad en las ventas. Para ello es preciso mantener una actualización constante sobre las

nuevas formas de utilizar las estrategias de marketing en mercados cada vez más competitivos y clientes cada vez más exigentes. También el desarrollo de la “Técnica del Color”, una de las herramientas menos costosas que tiene el Neuromarketing, logra cumplir con los requerimientos en el contexto actual de las organizaciones y su relación con los clientes gracias a su aporte en el conocimiento más certero de los mismos, sus deseos y necesidades de compra. Grandes organizaciones a nivel mundial han sabido utilizar ésta herramienta e implementarla con éxito ya que algo tan simple como el color puede ser muy importante para influenciar directamente en los consumidores, así lo confirma la teoría de la Psicología del color en el análisis de los mismos.

5.- La fusión del Neuromarketing y la Inteligencia Artificial

La inteligencia artificial sabemos que se refiere a sistemas informáticos que pueden aprender y tomar decisiones por sí mismos. La IA puede analizar grandes cantidades de datos a una velocidad y precisión inigualables, lo que la convierte en una herramienta invaluable para las empresas en la recopilación, análisis y aplicación de información relevante para el marketing.

La IA es capaz de procesar datos de diversas fuentes, como redes sociales, registros de clientes, patrones de navegación web y más. A través de algoritmos de aprendizaje automático y redes neuronales, puede identificar tendencias, segmentar audiencias y predecir comportamientos futuros con una precisión sorprendente.

La combinación del NEUROMARKETING y la INTELIGENCIA ARTIFICIAL es una asociación poderosa que permite a las empresas comprender las emociones y las preferencias de los consumidores a una escala sin precedentes. A continuación, se describen algunos de los beneficios clave de esta sinergia:

Segmentación de Audiencia Hiperpersonalizada: La IA puede analizar datos de comportamiento en línea y fuera de línea para crear perfiles de consumidores detallados. El neuromarketing puede ayudar a comprender las emociones y

preferencias de estos perfiles, lo que permite la creación de mensajes y experiencias altamente personalizados.

Optimización de Contenido y Anuncios: La IA puede evaluar la efectividad de diferentes piezas de contenido y anuncios en tiempo real, mientras que el neuromarketing puede proporcionar información sobre cómo estos activos impactan emocionalmente en los consumidores. Esto permite una optimización continua y una respuesta más rápida a las preferencias del público.

Diseño de Productos y Experiencias Mejoradas: Al comprender las reacciones emocionales de los consumidores, las empresas pueden diseñar productos y experiencias que generen una respuesta positiva. Por ejemplo, la industria de la automoción utiliza esta combinación para diseñar interiores de automóviles que generen emociones positivas y confort.

La fusión del neuromarketing y la IA está siendo adoptada en una variedad de industrias, y las empresas están cosechando los beneficios de esta colaboración. A continuación, se presentan ejemplos de cómo se está empleando esta combinación en diferentes sectores:

E-commerce: Las plataformas de comercio electrónico utilizan sistemas de recomendación impulsados por IA para mostrar productos relevantes a los consumidores. El neuromarketing se aplica para comprender las emociones de los compradores y adaptar las recomendaciones en consecuencia, aumentando así las tasas de conversión.

Salud y Bienestar: Las empresas de salud utilizan el neuromarketing y la IA para desarrollar aplicaciones y dispositivos que fomenten un estilo de vida saludable. Estos productos se diseñan teniendo en cuenta la respuesta emocional de los usuarios, lo que aumenta la adopción y la adherencia.

Entretenimiento: Las plataformas de streaming de video utilizan la IA para recomendar contenido, mientras que el neuromarketing se aplica para evaluar cómo las emociones de los espectadores se ven afectadas por las películas y programas. Esto permite la creación de contenido más cautivador.

Según un estudio de Deloitte, el 75% de las empresas líderes en marketing considera que la IA es fundamental para el futuro de sus estrategias de marketing. Además, un informe de McKinsey & Company revela que las empresas que utilizan la IA y el análisis de datos pueden aumentar sus ingresos en un 15-20%.

6.- Contexto interno de las pymes y el desarrollo de una estrategia de Marketing

Además de la influencia del entorno externo, las pymes deben tener un conocimiento de su ambiente interno. Una de las problemáticas internas es el planeamiento y desarrollo de una estrategia de marketing efectiva para lograr una ventaja competitiva. En la actualidad, la mayoría de las pymes tratan de promocionar sus productos estratégicamente sin haber realizado un estudio de mercado que les permita llegar al cliente diferenciándose de su competencia. Como son empresas mayormente de carácter familiar, los directivos están inmersos en la vorágine operativa del día a día sin poder contar con el tiempo necesario para realizar el análisis y planificación estratégica de marketing. Además, prevalece la creencia de que el marketing y sus estrategias son para grandes compañías y que ellos no están en condiciones de implementarlas. También existe la idea de que todo lo relacionado con marketing implica costos elevados que una pequeña empresa no está en condiciones de solventar. La gran mayoría de las pymes sostienen que el precio es la herramienta principal para conseguir fidelizar clientes, pero no siempre será posible tener el mejor precio, sobre todo si el producto comercializado tiene competencia de sustitutos o de otras compañías capaces de implementar diferentes estrategias para conseguir precios más bajos. En este sentido, es cuando toma relevancia el Neuromarketing ya que la lealtad de un cliente puede darse por diferentes factores tales como la confianza en la empresa, la imagen de la misma, lo que representa para una zona geográfica, etc. Sin embargo, se puede destacar que las pymes cuentan con factores positivos inherentes de su propia concepción que pueden ser

aprovechados para incorporar las herramientas y técnicas del marketing con velocidad y sin grandes complicaciones.

El Neuromarketing no solo brinda herramientas para conocer mejor los gustos y preferencias de los consumidores, también muestra que la empresa puede acercarse al consumidor estimulando los distintos sentidos, haciendo uso de ellos para apelar a las emociones de los individuos, captar su atención y lograr como fin último la fidelización de los clientes.

Por ello, teniendo en cuenta las ventajas con las que cuentan las empresas pymes, por ejemplo en su estructura flexible, su mayor conocimiento del negocio, de sus clientes, la menor cantidad de empleados que poseen, una mejor comunicación y control de los procesos, hacen que sean capaces de introducir herramientas del Neuromarketing que se ajusten a sus necesidades y posibilidades con el fin de aprovecharlas al máximo buscando una mejor forma de competir en los mercados, incluso par a par con las grandes compañías, de esta forma se logrará un mejor conocimiento de las necesidades de los consumidores, buscar una mayor fidelización de los clientes y aumentar las ventas y rentabilidad.

7.- Conclusiones

La fusión del neuromarketing y la inteligencia artificial representa una revolución en el marketing moderno. Esta sinergia permite una comprensión más profunda y precisa de las emociones y preferencias de los consumidores, lo que a su vez impulsa la personalización, la optimización y la mejora de productos y experiencias. Las empresas que adoptan esta combinación están posicionadas para aprovechar las oportunidades en la era digital y ofrecer experiencias excepcionales a sus clientes, lo que se traduce en un mayor éxito y crecimiento sostenible. A medida que avanzamos en esta emocionante convergencia de ciencia y tecnología, el neuromarketing y la IA seguirán desempeñando un papel

fundamental en la estrategia de marketing de las empresas líderes en todo el mundo.

La mente del ser humano está diseñada para responder a los estímulos que recibe del exterior a través de la percepción visual, auditiva y del tacto. Las empresas deben conocer lo que desean y necesitan sus clientes en cada momento para así poder ofrecer productos y servicios que solventen estas necesidades y deseos. Es por eso que, dentro de las corrientes del marketing, el Neuromarketing es muy útil para las organizaciones ya que permite el estudio del cerebro y sus reacciones antes estímulos publicitarios u otras técnicas atracción de clientes que tienen como finalidad concretar ventas exitosas.

Los colores transmiten sensaciones especiales ya que la mente del ser humano responde emocionalmente al efecto del color desencadenando diferentes estados de ánimos en ellos. No solo la vista juega su rol sino también la percepción de la luz sobre los objetos dotándolos de distintas tonalidades que disparan un potente mensaje dando como resultado una reacción concreta. Según Jürgen Klaric, experto en Neuromarketing, el 84,7% de los consumidores reconocen que el color de un producto es la razón principal para concretar una compra. El 80% piensa que el color aumenta el reconocimiento de una marca y que el 93% de las compras se hace por percepciones visuales.

Aunque los colores sean un determinante en la conducta de los consumidores, también es necesario influir en el resto de los sentidos a través de las diversas técnicas que busquen estimularlos. Las pymes deben poder lograr despertar algunos de ellos para que las personas tengan una asociación positiva de la marca o del producto publicitado. Además, debe buscar generar empatía en el consumidor creando mensajes que provoquen la sonrisa y una sensación de diversión o de un grato momento en el proceso de compra, ya que está comprobado que esto permite lograr la fidelización del cliente.

Bibliografía

- 1) Frases sobre las que todo experto en neuromarketing debe reflexionar. Autor: Karinna Gamarra.
- 2) Presente y futuro del Marketing: Cómo la Inteligencia Artificial y el Neuromarketing están transformando las estrategias de empresas y marcas.
- 3) Braidot, Néstor (2009) Neuromarketing en acción: ¿Por qué tus clientes se acuestan con otros si dicen que les gustas tú?. Ediciones Gestión 2000, Barcelona.
- 4) Braidot, Néstor (2005) Neuromarketing: Neuroeconomía y Negocios. Editorial Norte Sur, Madrid.
- 5) Braidot, Néstor (2013) Neuroventas: ¿Cómo compran ellos? ¿Cómo compran ellas? Aprenda a aplicar los conocimientos sobre el funcionamiento del cerebro para vender con inteligencia y resultados. Granica, Buenos Aires.

EL PRONTO PAGO LABORAL EN EL CONCURSO PREVENTIVO Y LA BÚSQUEDA DEL EQUILIBRIO PARA SUPERAR LA CRISIS DE LA EMPRESA.

Autor: Celina Pavese. Instituto de Derecho Comercial del CAM.

En el pronto pago laboral, si no hubiera fondos líquidos disponibles, la afectación del tres por ciento del ingreso bruto de la concursada debería establecerse como tope aplicando además un criterio dimensional de acuerdo a las posibilidades efectivas de la misma para satisfacer los créditos pronto pagables y de este modo cumplir con la finalidad del concurso preventivo que es la superación de la crisis.

Presentación del caso.

En el caso “3 Arroyos S.A. S/ Incidente De Pronto Pago Baigorria Mauro Alejandro”¹, la sala F de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial hizo lugar al recurso de un trabajador que requirió el pronto pago de salarios y la indemnización del art. 2 de la Ley 25.323 (Vacaciones y aguinaldo) y habilitó el pronto pago de los montos reclamados por un trabajador, que pidió en un concurso preventivo que se abonen salarios devengados, aguinaldo, vacaciones y multas. El juez de primera instancia avaló parcialmente el reclamo, respecto al salario de octubre de 2018 con intereses, pero rechazó los demás rubros que incluían los salarios devengados desde noviembre de 2018 a septiembre de 2019, luego de iniciado el concurso preventivo (31/10/2018), y desestimó la afectación del 3% del ingreso bruto mensual de la concursada para atender el pago de tales conceptos.

El magistrado entendió que respecto a la multa del art. 2 de la ley 25.323 no se acreditó la intimación previa a la empleadora o el distracto de la relación laboral, que el SAC y las vacaciones no estaban incluidos en el escrito inicial y que los salarios devengados luego del concurso no estaban alcanzados por el proceso universal debiendo canalizar por otra vía.

Además, del informe del síndico surgía que no había fondos disponibles, por lo que para el juez no era posible afectar dinero para la cancelación del pronto pago, los que serían satisfechos cuando existieran recursos de libre disposición.

El trabajador interpuso un recurso de apelación. La concursada señaló que “los precedentes jurisprudenciales citados por el trabajador referían a supuestos de

¹ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial – Sala F “3 ARROYOS S.A. s/INCIDENTE DE PRONTO PAGO POR BAIGORRIA, MAURO ALEJANDRO” EXPEDIENTE COM N° 26597/2018/28

falencia y que no aplicaban para el caso, que el privilegio que la Ley de Concursos y Quiebras (LCQ) confería las remuneraciones y otras indemnizaciones quedaba acotado al término de seis meses, de modo que todo lo que excediera tal término tenía carácter quirografario”.

Los camaristas revocaron parcialmente el pronunciamiento apelado, al destacar el precedente de la Corte Suprema "Pinturerías y Revestimientos Aplicados SA s/quiebra" donde se remarcó que “el régimen de privilegios previsto en la ley 24.522 debía ser integrado con las disposiciones previstas en los instrumentos internacionales”. En ese sentido, el Convenio 173 de la OIT establece que “los créditos adeudados a los trabajadores en razón de su empleo debían quedar protegidos por un privilegio en un caso de insolvencia del deudor y que, como consecuencia desplazaban a las reglas de la ley concursal que se opongan a sus disposiciones”, por ello al resultar el caso análogo, era aplicable a este, y por ello reconocieron “como gastos del concurso a los salarios devengados con posterioridad a la presentación concursal”.

Posteriormente, y siguiendo el dictamen de la fiscal, añadieron que “no cabría vedarle el reconocimiento del art. 240 LCQ a quien continúa poniendo su fuerza laboral en pos de la continuidad del giro empresario y sí hacerlo respecto del contratante in bonis (arg. art. 20 ley cit.)”. De esta manera, “y por la preferencia que cabe reconocerle a los salarios devengados con posterioridad al 31/10/2019, cabrá receptar a su respecto el pedido de pronto pago”. El mismo alcance le dieron a las vacaciones y el sueldo anual complementario, pero concluyeron que la solución no abarcaría la multa pretendida, “por tratarse de una cuestión que requiere mayor apoyatura probatoria, actividad vedada en el trámite del pronto pago”. Finalmente, conforme el art. 16 LCQ explicaron que “en el supuesto de no existir fondos disponibles debe afectarse el 3% mensual del ingreso bruto de la concursada para cancelar tales créditos pronto pagables”.

Planteo del problema.

Habiendo efectuado una apretada síntesis del fallo en cuestión, en el cual los magistrados aplicaron los derechos del trabajador de acuerdo a precedentes jurisprudenciales conforme a instrumentos normativos internacionales en atención a que el concurso preventivo pudiera derivar en una quiebra indirecta, también quisiera resaltar que la satisfacción de dichos créditos se efectuaría con fondos líquidos disponibles o lo que resulte de la afectación del 3% mensual del ingreso bruto de la concursada conforme al art. 16 de la Ley de Concursos y Quiebras. La resolución en cuanto a la protección del acreedor laboral es de interés, y también considero que es

de interés analizar de dónde se obtienen los recursos para poder satisfacer dichos créditos en atención a las verdaderas posibilidades de la concursada sin provocar un agravamiento de su situación que al final del camino también perjudicaría a los trabajadores de la empresa.

En atención a lo expresado anteriormente, efectuaré una breve reseña del instituto del pronto pago en cuanto a cuál fue el espíritu que motivó su creación y cómo se pagan los créditos prontopagables.

Breve análisis de los procesos concursales y el pronto pago laboral.

El proceso concursal parte de una realidad muy particular, ésta es la crisis económica y financiera que atraviesa el deudor que se presenta en concurso preventivo o a quien se le decreta la quiebra. Ante esta situación anómala, el deudor se encuentra con el hecho de tener que hacer frente sus obligaciones de pago que son mayores que los recursos que dispone. Se impone por ello, una necesidad que surge ante la realidad de un patrimonio que es escaso para afrontar el reclamo de todos sus acreedores. Por este motivo, la ley de procedimientos concursales nace como una respuesta a dicha problemática, con principios del derecho propios, que intenta paliar una situación de excepción. El fin primordial del procedimiento concursal es que el deudor, con la ayuda del juez interviniente y la sindicatura concursal, pueda recomponer la situación económica -personal o de su empresa- y hacer frente a sus obligaciones dinerarias, logrando llevar una propuesta de pago a sus acreedores que finalmente sea homologada por el juez, para sortear sus problemas financieros. Para conseguir tal fin, el deudor deberá administrar razonablemente sus pagos, cumpliendo ciertas pautas del derecho concursal. El principio general del derecho civil “primero en el tiempo primero en el derecho” cede en beneficio de todos los acreedores del concurso. Es por ello que, surge una regla del derecho concursal que viene a superar aquel principio general, la “pars conditio creditorum”, la cual resulta indispensable ya que juega un rol fundamental para alcanzar la paz social, pues trae seguridad jurídica a todas las partes (trabajadores, clientes, proveedores, demás) que resultan afectadas en mayor o menor medida por la onda expansiva del concurso del deudor. Este principio, de aplicación a priori estricta, como es de esperarse, irá cediendo en su estrictez ante las circunstancias concretas y puntuales que hacen necesario que algunos acreedores deban cobrar antes o más que otros. Nacen allí las prelación de cobro y los privilegios. Ante situaciones de urgente tutela, donde un derecho no puede esperar sin que este se viera frustrado es que nace, con la Ley N° 19.551 de 1972 el instituto del pronto pago. La doctrina aplaudió esta norma tuitiva de los derechos sociales, que

“Presta dedicación especial al aspecto social, dotando al trabajador de las mayores posibilidades para el cobro preferencial de sus créditos tanto en el concurso como en la quiebra. La doctrina es uniforme² al referirse al pronto pago como un “instituto donde convergen el derecho laboral y el concursal” que propicia “Una tutela especial destinada a que los acreedores laborales no se vean forzados a esperar el trámite completo de la quiebra para cobrar sus créditos; solución que (...) tiene su razón de ser en el carácter alimentario de las prestaciones adeudadas...”.³ En esa misma línea, otros autores han dicho que en el pronto pago se origina una “Suerte de nexo entre principios del derecho del trabajo y de la seguridad social y postulados eminentemente concursales, otorgando un tratamiento preferencial a los dependientes del empresario concursado...” y que “ Los créditos laborales tutelados en este instituto no sólo tienen una preferencia cuantitativa, sino que además cuentan con una prelación temporal en tanto y en cuanto no deben esperar las resultas de la liquidación general...”⁴. En otras palabras, el instituto tiene por finalidad que los acreedores laborales con derecho al pronto pago no se vean forzados a esperar la realización de un acuerdo con los demás acreedores para satisfacer sus créditos. La doctrina⁵ coincide pacíficamente en que la creación del instituto del pronto pago laboral brinda a los trabajadores laborales la primera protección en el tiempo y que el mismo implica el derecho a ser pagados con los primeros fondos que se generen en el concurso preventivo, sin tener que esperar al cumplimiento de la propuesta, o bien sin necesidad de tener que esperar la distribución final en caso de quiebra. Dicho de otro modo, tiene por fin otorgar la posibilidad a ciertos acreedores, de obtener no sólo el reconocimiento de sus créditos rápidamente, sino su cobro anticipado, es decir; antes que el resto de los acreedores, quienes deben presentarse necesariamente a verificar sus créditos conforme los trámites de los arts. 32, 56, 200 o 202 de la LCyQ (según fuere el caso), constituyendo así una excepción al principio general de la ley falimentaria, que es la *pars conditio creditorum*⁶, ello por cuanto que la ley les reconoce este derecho a ciertos acreedores laborales que se encuentran en una situación de especial vulnerabilidad (siendo este reconocimiento una presunción legal), para percibir sus créditos sin esperar el trámite

² Junyent Bas, Francisco - Giménez, Sofía I. “Pronto pago de créditos laborales a la luz de las reformas de las leyes 26.086 y 26.684”, DCCyE 2013 (octubre), 01/10/2013, 3. Cita Online: AR/DOC/3776/2013.

³ “Recurso de hecho deducido por María T. Sosa y Otros en la causa Complejo Textil Berlanesa S.R.L. s/quiebra – inc. de revisión art. 38 ley 19.551” CSJN, 2-4-85, E.D., 115-379.

⁴ Grispo, Jorge Daniel “Actos ineficaces, pronto pago laboral y créditos beneficiados en la ley 26.684”, La Ley, 30/12/2011, La ley 2012 - A, 592. Cita Online: AR/DOC/2497/2011.

⁵ Proietti, Diego M., “Nueva reforma de la ley de concursos y quiebras” DJ02/11/2011, 91 - DLALXXI-C. Cita Online: AR/DOC/2108/2011.

⁶ Juzgado de Procesos Comerciales y Registros No. 3 de Mendoza en el caso, “Chyc Cahiza Hnos. y Cia. S.A.”, 26/11/97. LL. 1998 – E-438/451.

normal y habitual del concurso y la eventual homologación y cumplimiento del acuerdo preventivo.⁷

Fondos líquidos disponibles. Breve reseña.

El art. 16 LCyQ reformado abandona la cuestionada expresión “resultado de la explotación” del anterior texto legal, para utilizar la frase “fondos líquidos disponibles”⁸. Esta disponibilidad dineraria, es la que surge del informe del síndico regulado en el art. 14 inc.12°, que establece que “El síndico deberá emitir un informe mensual sobre la evolución de la empresa, si existen fondos líquidos disponibles y el cumplimiento de las normas legales y fiscales”, esto implicará, inevitablemente un seguimiento constante del flujo de fondos del concursado, un verdadero análisis de cash flow empresarial⁹. La antigua expresión “resultado de la explotación” trajo en la doctrina y jurisprudencia más de una interpretación, debido a la ambigüedad del término empleado. Para unos¹⁰, el criterio predominante, significaba que debía cancelarse el pronto pago con los fondos que excedieran el giro normal y habitual de la empresa concursada, identificando explotación con beneficio, es decir; no al concepto de ingreso bruto, si no de ingreso menos costo estimado en orden al giro normal de la explotación. En cambio, para otros, implicaba la cancelación con los primeros ingresos provenientes de la explotación, sin discriminar si arrojaba déficit o no. Dice el art. 16 de la LCQ en los párr. 9 y 10 que: “Los créditos serán abonados en su totalidad, si existieran fondos líquidos disponibles. En caso contrario y hasta que se detecte la existencia de los mismos 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”.

La expresión “fondos líquidos disponibles” debe entenderse en correlación con la necesidad de abonar primeramente todas las obligaciones vencidas, cumplir con los requerimientos fiscales y mantener el capital operativo para obtener la homologación del acuerdo y evitar la quiebra. No podría ser de otro modo, pues sería imprudente que

⁷ Frick, Pablo D. – Jaime, Rodrigo E., “El pronto pago ante el concurso preventivo concluido y la quiebra sobreviniente”, SJA, 25/04/2018, 1. Cita Online: AP/DOC/88/2018

⁸ Molina Sandoval, Carlos A. “Una modalidad informativa “adicional” del síndico concursal”, LL 2006-C, 1154. Cita online: AR/DOC/1234/2006

⁹ Graziabile, Dario J. “Relaciones y créditos laborales en el concurso. Ley 26.086”, RDLSS 2006-14-1249, Cita online: 0003/401213.

¹⁰ Marchionatti, Fernando – Gerbaudo, German E., “El pronto pago en el concurso preventivo”, D.J. 2007-I, 367. Cita Online: AR/DOC/2612/2006.

por el hecho de existir fondos líquidos disponibles, estos debieran aplicarse sin más a la cancelación de la totalidad de los créditos.¹¹

Sin perjuicio de lo dicho hasta aquí, es inevitable que haya una cierta tensión entre dos intereses muy importantes en juego, que parecen a primera vista antagónicos. Por un lado, la conservación de la empresa y por el otro, la satisfacción de créditos de carácter alimentario. En mi consideración, se tiene que aspirar a lograr un equilibrio, entre una justa y atenta mirada sobre los intereses de los trabajadores como así también darle a la empresa los instrumentos normativos adecuados, de modo que no peligre su subsistencia y que le permitan salir de la situación de crisis en forma efectiva.

La Ley de Concursos y quiebras cuando habla de los fondos líquidos disponibles se está refiriendo a superávit, a excedente de caja, al saldo positivo que existe luego de restarle los egresos a los ingresos y que al señalar que los fondos deben estar “disponibles” quiere decir que no deben estar asignados a otro fin.

Es decir que, para estar “disponibles”, la empresa tiene que tener capacidad financiera de pago. Dicho de otro modo, debe generar recursos económicos que puedan aplicarse a la cancelación de los créditos.

Necesariamente la tarea del síndico y del juez, implica conocer la rentabilidad de la empresa a fin de no afectar su caja, de modo tal que la empresa para hacer frente al pronto pago necesariamente debe generar un lucro genuino para no descapitalizarla.

Ergo, si las sumas disponibles son imprescindibles para el giro ordinario de la empresa no sería lógico que en pos de pagar se sacrifiquen los fondos necesarios para la continuidad de la empresa como proveedores, impuestos, sueldos (créditos laborales post concursales) luz, gas, agua, gastos fijos, reposición de mercaderías o materias primas.

También la ley nos señala que en el supuesto que no existieran “fondos líquidos disponibles”, y hasta que se detecte la existencia de los mismos por parte del síndico “se deberá afectar el 3% mensual del ingreso bruto de la concursada”.

**La afectación del tres por ciento mensual del ingreso bruto de la concursada.
Propuesta en atención al criterio dimensional de la empresa.**

¹¹ Dasso, Ariel Gustavo “Recepcion jurisprudencial de las recientes reformas concursales”, ED. 01/0972006, No. 11.584.

Mucho se ha dicho sobre la afectación del 3 % mensual del ingreso bruto de la concursada. Compartimos las críticas¹² realizadas, en cuanto a que el porcentaje ha sido fijado caprichosamente, pero lo hubiera sido cualquier otro número porcentual. Entiendo que es positivo que la ley “fuerce” a la empresa a afectar un porcentaje del ingreso bruto para hacer frente a las acreencias pronto pagables y que el objetivo primordial del instituto se cumpla. Pero por el otro lado, considero que la redacción de la norma se podría “pulir” un poco más, estableciendo por ejemplo que dicho 3% opere como tope, el cual podría variar mediante resolución fundada (en más o en menos), previo informe técnico del síndico, atendiendo “La estructura financiera de la empresa, sus fuentes de financiamiento (bancaria, bursátil, proveedores, aportes, etc.), su esquema de costos y los ciclos productivos, tipo de empresa y su actividad, etc.” Es decir, aplicando un criterio dimensional de la empresa. No es igual, reservar el 3% de los fondos líquidos de una MIPYME que la de una gran empresa. Sus efectos sobre las primeras podrían fácilmente conducirla a una quiebra indeseada.

Conclusión

Por lo expuesto anteriormente concluyo que en el concurso preventivo la aplicación del criterio dimensional de la empresa, en lo que respecta a la afectación de los ingresos brutos de la misma teniendo como tope el 3% mensual para afrontar el pronto pago cuando no hubiera fondos líquidos disponibles, permitiría responder -en forma justa y equilibrada- la satisfacción de los créditos laborales y evitar, de este modo, un posible agravamiento de su situación que sería contrario a la finalidad de dichos procesos que tienen por objeto la superación de la crisis.

¹² Molina Sandoval, Carlos A. “Algunas cuestiones de la ley 26.684 de reforma de la ley de concursos y quiebras”, DCCyE 211 (octubre) 3/10/2011, 17 Citaonline: AR/DOC/3382/2011,

**LXXVIII ENCUENTRO DE INSTITUTOS DE DERECHO COMERCIAL DE LOS
COLEGIOS DE ABOGADOS DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES.**

Mar de Ajó, 30 de noviembre y 1º de diciembre de 2023.

Sobre la aplicación del principio de buena fe, frente al incumplimiento del deber de lealtad del socio o accionista administrador de sociedades.

(Artículo pendiente de publicación al día de la fecha)

Autor: Laura Petruzzello.

Instituto de Derecho Comercial “Ángel M. Mazzetti” del Colegio de Abogados de Lomas de Zamora.

Las opiniones, informaciones y complementos son de exclusiva propiedad y responsabilidad del autor.

<https://orcid.org/0000-0002-0397-8288>

Sumario:

- I) Introducción: la buena fe como parámetro para definir la exigencia del deber de lealtad. II) El principio de la buena fe en el ámbito societario. III) El abuso del derecho en la vida societaria. IV) El deber de abstención impuesto por el deber de lealtad. V) Conclusión: la conveniencia de reforzar la eficacia del deber de lealtad que recae sobre el administrador. VI) Bibliografía consultada.**

Resumen: El presente artículo se propone reflexionar acerca de la posibilidad de volver más severo y eficaz al régimen de responsabilidad civil de los administradores desleales que no quedan obligados a reparar si no generaron perjuicios al ente con su accionar, pero que sí obtuvieron beneficios económicos dada su posición societaria.

l) Si bien no existe un concepto único de «buena fe», es claro que los valores morales que se adopten van a tener incidencia en la definición; además de la que puedan tener los usos y costumbres imperantes en la sociedad, en una época determinada. Lo principal es la utilidad que la buena fe presenta a la hora de establecer el tipo de observancia que debe –o debería– tener todo ciudadano, al ejercer los derechos que le asisten; esto conforme indica el artículo 9 de nuestro Código Unificado: «*Principio de buena fe. Los derechos deben ser ejercidos de buena fe*». Son los estándares valorativos de la comunidad los que determinarán el carácter abusivo, o disvalioso, de una conducta determinada. Doctrinariamente podemos encontrar dos tipos de buena fe: la buena fe objetiva, también conocida como buena fe lealtad y la buena fe subjetiva, también llamada buena fe creencia; habiendo en la primera una preponderancia del querer sobre el creer, obrándose en forma leal o desleal, con conocimiento de que se procederá de esa forma (algo no menor en la cuestión que nos ocupa) y en la segunda un obrar en la creencia de que se está dentro de lo jurídicamente permitido, confiando en la apariencia de una situación determinada. El Código le otorga a la buena fe la categoría de principio a través de su artículo 9, con lo cual podemos decir que ha pasado a tener en forma expresa la jerarquía de un principio general del derecho. En el ámbito de los contratos –y particularmente en el ámbito de los contratos asociativos, género del cual la sociedad es especie– la buena fe objetiva implica no defraudar ni abusar de la confianza en la que se basó la relación, determinando un modelo de conducta conforme el cual, lo pactado previamente por las partes, se va a integrar con todo lo que verosímilmente hayan entendido, o podido entender, siempre que hubiesen obrado con cuidado y previsión. Será este modelo el que el juez utilizará para evaluar, llegado el caso de un supuesto conflicto judicial, cuál debió haber sido la conducta observable en las circunstancias correspondientes. El propio Código nos indica en su artículo 1061 que, en la hipótesis de un conflicto, se deberá estar a «*la intención común de las partes y el principio de buena fe*», resultando entonces no admisible que haya contradicción con una conducta jurídica previa relevante, realizada por el mismo sujeto del cual se trata. Conforme el postulado de la teoría

de los actos propios, la buena fe no consiente una variación de actitud en claro detrimento de la otra parte, cuando justamente el comportamiento anterior ha generado expectativas de comportamiento futuro. Gran parte de la doctrina considera a la prohibición de actuar en contra de comportamientos anteriores, como una derivación directa de la buena fe. El hecho de ejercitar los derechos conforme lo indica el deber de obrar de buena fe, genera como consecuencia la exigencia de poseer un comportamiento coherente. Por lo cual, podemos concluir que, siempre que se configuren una situación jurídica preexistente, una conducta jurídicamente relevante que despierte en la otra parte una expectativa seria de comportamiento futuro y una posterior pretensión contradictoria con esa conducta atribuible al mismo sujeto, podría ser viable la aplicación de la teoría de los actos propios, siempre que previamente se haya podido determinar que se trata de un acto posterior inequívoco, que no se encuentra viciada la voluntad inicial en la primera conducta, que hay una contradicción palmaria con el acto anterior; y que hay identidad en los sujetos que realizan la conducta previa y la posterior. El deber de lealtad que le cabe al socio o accionista –y que se le exige con mayor intensidad al socio o accionista administrador que está ocupando un cargo orgánico– se encuentra establecido en los artículos 54, 248, 254 y 272 de la Ley General de Sociedades (en adelante LGS).

- II) Los principios generales del derecho son la última herramienta de la que dispone el juez para fallar, siempre que no sean utilizados en pos de soslayar normas aplicables. Por lo tanto, en caso de que se invoque a alguno de ellos, deberá entonces el juzgador realizar una argumentación extra de por qué lo hace. Sería con seguridad conveniente, a mi entender, que hubiera un encuadre jurídico para estas situaciones, como sucede por ejemplo en España, en cuyo Código Civil tienen prevista específicamente la aplicación de estos principios, conforme su artículo 2.1.4, el cual reza con respecto a los mismos: «*en defecto de ley o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico*». Si bien en nuestro país no contamos con dicho supuesto en forma concreta, no es men8os cierto que estos principios refuerzan el imperio de la ley, al permitirle al juez, llegado el caso,

cubrir huecos que las soluciones puntuales legalmente previstas, no siempre logran. La buena fe se exige con particular intensidad en la materia societaria, pudiendo incluso hablarse de una suerte de «moral comercial», distinta de la moral estándar. Mencionaré a continuación algunos supuestos específicos incluidos en la LGS en los que la buena fe ocupa un rol definitorio para situaciones específicas, a saber:

- El artículo 58, que podría ser de aplicación ante el supuesto del tercero contratante de buena fe que actúa en desconocimiento de la infracción en la que está incurriendo el administrador o representante societario, lo cual implica que la sociedad debe afrontar el cumplimiento de las obligaciones que haya asumido el administrador frente a estos terceros en el marco de actos que no sean notoriamente extraños al objeto social, sin perjuicio de la acción de responsabilidad que luego la sociedad pueda ejercer, dependiendo entonces de la envergadura del negocio del que estemos hablando, cuánto se espera que estén efectivamente informados estos terceros sobre la existencia de la sociedad y de las funciones que se le hayan encomendado a administradores y representantes. Sin embargo, considero necesario señalar que, conforme la teoría de la apariencia, también debería la sociedad responder por actos que sí sean extraños al objeto social en los casos en los que se trate de un tercero que no se encontró en condiciones de averiguar sobre las facultades del representante de la sociedad con la que está contratando; un ejemplo de esto lo encontramos, ante un régimen de administración plural, en la actuación² de un administrador aparente, no revistiendo quien actúa la condición de representante efectivo, con lo cual un aparente representante puede obligar a la sociedad si el tercero que contrata de buena fe no pudo saber, con la información con la que contaba, acerca de esta infracción.

- En la teoría del corrimiento del velo societario, según la cual la actuación que esté encubriendo la consecución de fines extrasocietarios –o bien que constituya un mero recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe, o para frustrar derechos de terceros–, es imputada directamente a los socios o accionistas, o a los controlantes, que la hicieron posible, conforme el artículo 54, tercer párrafo.

- En el artículo 18, en donde se indica que ante una sociedad con objeto ilícito, el tercero de buena fe podrá alegar la existencia de la misma ante los socios, sin que éstos puedan oponer su nulidad.
- En el artículo 19, ante una sociedad con objeto lícito, que realiza actividades ilícitas: aquel socio que acredite su buena fe, podrá hacerse de su cuota correspondiente al momento de liquidarse la sociedad y adicionalmente quedará exceptuado de responder en forma solidaria e ilimitada por el pasivo social y por los menoscabos ocasionados.
- En la incidencia que tiene la buena fe sobre la construcción de la figura del buen hombre de negocios que menciona el artículo 59 de la LGS, como parámetro objetivo imprescindible para evaluar la diligencia del administrador societario.
- En el deber de lealtad que pesa sobre el socio o accionista –mayoritario, minoritario o paritario– entendido esto como un estándar de comportamiento, tendiente a evitar que se coloque en situación de riesgo a la sociedad.

Es necesario diferenciar la importancia del deber de lealtad dentro del derecho societario, conforme a quien le recae: el que tiene el socio mayoritario, el que tiene el socio minoritario y el que presenta el socio o accionista administrador. Con respecto al primero, señalo la especial incidencia que posee el deber de lealtad en la toma de decisiones, rigiendo en nuestro sistema normativo el principio mayoritario; con relación al segundo, cobrará vital importancia este deber ante el ejercicio irregular del derecho de voto en aquellos casos en los que el mismo sea necesario para la adopción de determinado acuerdo, o bien cuando se ejerza abusivamente el derecho a la información. En cuanto al socio o accionista administrador de sociedades, por ocupar éstos un cargo orgánico que es –como bien sabemos– personal e indelegable, presentará una mayor intensidad en el marco de la relación societaria, teniendo en cuenta que los órganos sociales son los encargados, a través de sus reuniones, de completar los eventuales vacíos de un contrato o estatuto constitutivo, toda vez que es imposible que en el contenido de los mismos se prevean absolutamente todos los supuestos que podrían presentarse en el desarrollo de la vida de la sociedad.

III) En el artículo 1071 del derogado Código Civil se determinaba que «*la ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos*», considerándose como tal a aquel que «*contraría los fines que tuvo en mira la ley al reconocerlos o al que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres*». Nuestro actual artículo 10 del Código Unificado ya no hace referencia a los fines que se tuvieron en mira al reconocer el derecho, sino a los «*fines del ordenamiento jurídico*», de lo cual se desprende que el legislador ha buscado que se establezca una interpretación independiente de la contextualización histórica. Como podemos ver, se requiere contrariedad con los fines del ordenamiento jurídico, o bien un ejercicio que sea realizado excediendo los límites impuestos por los estándares éticos de conducta. La ley únicamente tutela a aquellos derechos que son ejercidos de manera razonable y justificada. La doctrina es consistente en afirmar que son indispensables tres elementos a la hora de determinar la configuración de un acto abusivo: un daño o perjuicio causado, una conducta permitida y jurídicamente regulada y un ejercicio de esta última alejado de los fines que la norma que la autoriza tuvo en cuenta, al momento de su sanción.

En el ámbito societario el abuso del derecho se manifiesta como abuso de poder. Un ejemplo de esto lo podemos ver en una decisión adoptada por el grupo mayoritario en perjuicio del grupo de accionistas de menor porcentaje, toda vez que esta situación de ejercicio abusivo no se encuentra amparada por la ley, siendo en este caso aplicables los artículos 9 y 10 mencionados *ut supra*. También hablamos de ejercicio abusivo ante la disposición de un aumento de capital social con la intención de diluir la participación de la parte minoritaria; o ante el no reparto en forma sistemática, ejercicio tras ejercicio, de las utilidades, con el único objeto de desalentar las expectativas de esta minoría perjudicada. Por supuesto que la parte minoritaria también puede generar perjuicios a través de prácticas abusivas so pretexto de sentirse desprotegida, malogrando a la sociedad por medio de la pretensión de que le sea pagado un precio mayor al que corresponde por su participación. Justamente, la LGS establece para estos socios minoritarios una serie de derechos nada menores: ejercer el derecho a la información, aunque más no sea en forma limitada, a los efectos de considerar los estados contables (artículo 55 LGS); solicitar la intervención judicial de la sociedad (mediante un

veedor, coadministrador o interventor judicial); el quórum calificado para decisiones trascendentales en la vida de la sociedad (artículo 244 LGS); ejercer el derecho de preferencia de suscripción de acciones (artículo 194 LGS); el derecho a retirarse o receder (artículo 245 LGS); impugnar las decisiones assemblearias e incluso intentar la suspensión cautelar de su ejecución (artículos 251 y 252 LGS); convocar a asamblea (artículos 236 y 237 LGS); ejercitar acciones de responsabilidad contra los administradores sociales (artículo 279 LGS). Siguiendo este lineamiento, puede sostenerse que tanto los socios o accionistas; y aún más los socios o accionistas administradores, deben actuar atendiendo al deber de lealtad, impidiendo de esta forma tener exclusivamente en vista sus intereses personales, ya que en caso contrario podrían terminar generando perjuicios para la sociedad.

IV) Para que hablemos de una violación a este deber, se requerirá malicia en el accionar, toda vez que el interés social sería en ese supuesto postergado en beneficio del interés propio, o bien del de un tercero. Se trata de una obligación de medios, por cuanto el administrador elige entre varias posibilidades de decisión, debiendo ponderar cuál o cuáles de todas ellas resultan más provechosas para el interés social, entendiéndose que si no lo hace, estará vulnerando a este deber. Las pautas de conducta de lealtad y diligencia implican que la responsabilidad será individual y subjetiva. Incluso cuando el administrador deba un resultado, pero finalmente lo omite –como sucedería en caso de que no confeccionara y no pusiera a disposición de los socios o accionistas los estados contables– podría ser discutible si se trata de una responsabilidad objetiva, toda vez que lo que se analiza es la conducta del sujeto y el factor culpa no puede dejarse de lado, siendo este elemento el que distingue a la responsabilidad subjetiva de la objetiva; si dijéramos sin más que el administrador debe responder por todo el riesgo creado, le estaríamos negando el derecho a explicar las razones que le impidieron cumplir, si es que las hubiera; y por supuesto si es que las mismas resultasen legítimas.

Es importante destacar que, aún frente a conductas abusivas y dolosas como aquellas que suceden en el supuesto de deslealtad (voto en interés contrario al de la sociedad), en el caso particular de las sociedades anónimas la

sanción se limita a la reparación del daño. Esto implica que el accionista que obró sacando ventaja económica en provecho propio y en directo perjuicio de la sociedad, podrá ser pasible de acción civil, mas no determinaría esto la resolución del contrato de suscripción; y esto más allá de que se trate del incumplimiento de una obligación esencial de toda relación contractual, como lo es la buena fe. Esta suerte de rescisión contractual por incumplimiento no está prevista para el tipo capitalista de la SA. La violación al deber de buena fe no dará lugar a la exclusión prevista en el artículo 91 de la LGS. Este artículo 91 establece que cualquier socio puede ser excluido, con justa causa, en las sociedades colectivas, en las de comandita simple (según reenvío artículo 90 LGS), en las de responsabilidad limitada y en las de comandita por acciones (solamente respecto de los socios comanditados). La postura de interpretación restrictiva y literal del artículo 91 considera que la posibilidad de excluir a un socio fue prevista únicamente para las sociedades de personas, considerando quienes mantienen esta posición que en las sociedades anónimas el único deber activo que tienen los accionistas es el de integrar a la sociedad el aporte comprometido; por lo cual únicamente ante la mora en la integración del aporte podría aplicarse una sanción similar a la de la exclusión. Una segunda postura plantea la posibilidad de determinar una posible exclusión a través de una previsión estatutaria que así lo indique, basándose para ello en lo dispuesto por el artículo 89 de la LGS, conforme el cual se pueden establecer causales de resolución parcial y de disolución que no hayan sido específicamente previstas por la ley. Esta última posición la sostienen doctrinarios que observan que habría beneficios en el fortalecimiento de la autonomía de la voluntad para reglar y regular la conducta de los socios. Finalmente, admitir al instituto de la exclusión del socio en los casos en los que no esté estatutariamente previsto, resultaría una interpretación sumamente forzada del artículo 91. Es por ello que lo plausible sería recurrir a otros institutos que permitan resolver el eventual conflicto societario, tales como la inoponibilidad de la personalidad jurídica, con base en la teoría del abuso del derecho. En mi opinión, sería conveniente admitir el pacto de exclusión del socio en este tipo societario; esto podría darse, por ejemplo, con una eventual reforma del artículo 89, en donde se incluya no solo al contrato constitutivo sino también al estatuto constitutivo,

siendo que si se hiciera referencia también a este último quedaría despejada la duda sobre si el artículo puede o no aplicarse a las sociedades anónimas. Pienso que con esta redacción la sociedad anónima cerrada no dependería ante un conflicto de la interpretación que los tribunales crean conveniente hacer del artículo 91, ni de tener que tomar el recaudo de prever la figura de la exclusión en su estatuto, o bien en una eventual reforma.

La limitación al derecho de voto que establece el artículo 248 implica que si el accionista la infringe, el acto jurídico de emisión del voto será inválido, dejando de ser este acto, cuando es ejercido abusivamente, tutelado por el ordenamiento legal. Se consideró incluso que si bien el artículo 248 no prevé la nulidad de la decisión asamblearia, sino el resarcimiento de los daños y perjuicios, correspondería aplicar el artículo 251 de la LGS toda vez que si bien no se menciona expresamente en el 248 una sanción de nulidad, no podría dejarse de lado lo prescripto por el 251 frente a la existencia de una violación a la ley, al no cumplir el accionista con la obligación de abstenerse de votar cuando tuviese un interés contrario al de la sociedad. En el caso en cuestión,¹ el porcentual del paquete accionario correspondiente a quien emitió su voto infringiendo el 248 determinó que el mismo resultara indispensable para formar la mayoría necesaria para lograr la obtención de la decisión impugnada. Al declararse la nulidad del voto, desaparece la mayoría, debiendo quedar entonces la resolución adoptada sin efecto.

Del mencionado artículo 248 se desprende la diferencia entre lo que se entiende por interés contrario y lo que se comprende como conflicto de intereses, siendo que la ley sanciona únicamente a aquel que con su decisión, termina provocando un daño. El artículo 241 determina un deber de abstención para los directores, síndicos y gerentes que al mismo tiempo son socios o accionistas, mientras que el 248 le impone la prohibición al accionista, aclarando en este último caso que solamente será responsable si con su voto generase un perjuicio al ente, cuestión que no se ve expresada en el 241. Es la existencia de un daño potencial lo que la ley toma en cuenta para establecer esa prohibición. Si bien podríamos considerar que la

¹ “Iraola Osvaldo Mario y otro c/Murex Argentina S.A. y otro s/ordinario” – CNCOM – SALA B – 27/11/2007.-

declaración de nulidad en supuestos en donde no se vea acreditado un daño concreto sería de desmesurada dureza, tampoco puede esto llevarnos a un incumplimiento, de forma tal, que los dispositivos legales terminen siendo letra muerta.

V) Reflexión final: El deber de lealtad previsto para los administradores de sociedades en la LGS en su artículo 59 resulta un tanto genérico, siendo conveniente que las sanciones por incumplir obligaciones derivadas del principio general de buena fe sean detalladas con mayor precisión. Nuestra ley societaria pone de manifiesto que la sanción establecida para el caso de violación del deber de abstención es la reparación de los daños causados; por mi parte comparto la postura de aquellos doctrinarios que coinciden en la necesidad de volver más severo, con respecto a los administradores, al régimen sancionatorio vigente, previendo la obligación de traer al fondo común las ganancias obtenidas en función de haber aprovechado la posición de socio o accionista administrador, restituyendo estos beneficios. La sociedad, por medio de sus órganos sociales, puede autorizar actos o contratos que resulten violatorios del deber de lealtad, a través de la ratificación por asamblea de los contratos celebrados en detrimento al impedimento de hacerlo, ratificándolos para que no resulten nulos. También a través de la asamblea se podrá autorizar expresamente al administrador a realizar actividades por cuenta propia o de terceros en competencia con la sociedad; y existe la posibilidad de revocación del acuerdo impugnado por asamblea posterior, además del régimen específico de exención y extinción de responsabilidad, todo lo que, por supuesto, no dejo de lado.

Ahora bien, más allá de tomar esto en consideración, en mi opinión sería más idónea una normativa que específicamente disponga que el administrador que viole la prohibición contenida en el artículo 272 de la LGS (así como a su vez el 248 la determina para el socio o accionista) quede obligado a reparar los daños causados a la sociedad –lo cual ya está vigente y se aplicará siempre que sin su voto no se hubiese logrado la mayoría necesaria para una decisión válida– así como al mismo tiempo a traer a la misma las ganancias resultantes, quedando las pérdidas a su exclusivo cargo. De esta forma, habría un tratamiento diferenciado sobre el deber de lealtad que pesa sobre

el socio o accionista administrador, teniendo presente el mayor grado de relevancia que la violación a este deber presenta en el supuesto de interés contrario, en comparación al que presenta el deber de diligencia. Si con su actuación no generó perjuicios, pero sí obtuvo beneficios personales a través de su posición societaria, podemos decir que no habrá lugar a la reparación, pero sí debería traer a la sociedad los beneficios obtenidos, por medio de una acción de enriquecimiento sin causa que eventualmente se iniciare contra el administrador. La fuerza argumental de este planteo doctrinal dependerá –sin duda alguna– de que pueda ser llevado al campo de lo pragmático, exitosamente.

VI) Bibliografía consultada:

Doctrina:

- Schneider, Lorena R. (2017). *Ejercicio abusivo de los derechos societarios*. Editorial Astrea. 1ª edición.
- Curá, J. M. & García Villalonga, J. C. (2016). *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*. Tomo I. Editorial Thomson Reuters LA LEY. 2da edición.
- Nissen, Ricardo Augusto. (2010). *Ley de Sociedades Comerciales 19.550 y modificatorias. Comentada, anotada y concordada*. Editorial Astrea. 3ª edición actualizada y ampliada.
- Schneider, Lorena R. (2019). *El deber de lealtad de los administradores de sociedades: ¿severidad o imperatividad flexible?* AR/DOC/3445/2019.
- Van Thienen, Pablo Augusto. (2011). *Suspensión de los derechos del accionista por (grave) incumplimiento a sus obligaciones societarias: el caso Bingo Caballito*. Cedef Law & Finance. Working Paper 56. Disponible en <http://cedeflaw.com/pdfs/2011915201227-75.pdf>.

Jurisprudencia:

- “Iraola Osvaldo Mario y otro c/Murex Argentina S.A. y otro s/ordinario”
– CNCOM – SALA B – 27/11/2007.-

**LXXVIII ENCUENTRO DE INSTITUTOS DE DERECHO COMERCIAL DE LOS
COLEGIOS DE ABOGADOS DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES.**

Mar de Ajó, 30 de noviembre y 1º de diciembre de 2023.

**El fideicomiso testamentario como alternativa a la vía judicial del proceso
sucesorio.**

(Artículo pendiente de publicación al día de la fecha)

Autor: Laura Petruzzello.

*Instituto de Derecho Comercial “Ángel M. Mazzetti” del Colegio de Abogados de
Lomas de Zamora.*

*Las opiniones, informaciones y complementos son de exclusiva propiedad y
responsabilidad del autor.*

<https://orcid.org/0000-0002-0397-8288>

Sumario:

- I) **Introducción: motivos para una planificación sucesoria. El fideicomiso de administración con trazabilidad sucesoria y el fideicomiso testamentario.**
- II) **Extremos a los que debe atender esta planificación.**
- III) **¿Es el fideicomiso de planificación patrimonial un pacto de herencia futura**
- IV) **La donación inmobiliaria a la luz de la legislación actual.**
- V) **Reflexión final: el conveniente equilibrio entre la protección de los derechos sucesorios de los herederos legitimarios y la libre circulación del tráfico inmobiliario.**

Resumen: El presente artículo se propone reflexionar acerca de cuánta libertad realmente se posee a la hora de planificar una sucesión por medio de la transferencia de activos; tomando en cuenta el rol de los jueces en el arbitrio de los derechos patrimoniales y de las pujas de interés entre todos los llamados a suceder.

- 1) ¿Qué motivaciones podrían conducirnos a trazar planes sobre el destino de nuestros bienes en el futuro? Las razones para encarar una planificación sucesoria son diversas, siendo, sin dudas, la certeza de la propia muerte una de las más influyentes. El saberse mortal lleva a querer tomar medidas para proteger al patrimonio que posiblemente sirva como fuente de ingresos a la descendencia; asimismo, están presentes la idea de evitar potenciales conflictos entre miembros de la familia y la intención de que los proyectos desarrollados en vida no padezcan el impacto de la falta de aporte personal, una vez que se produce el deceso. Dentro del ámbito del derecho privado es usual encontrarnos con figuras contractuales tendientes a la prevención de disputas, a la subsistencia de estructuras empresariales (y en particular a la conservación de las empresas familiares, para cuyo bienestar juzgo conveniente la confección de un protocolo de familia) y a la organización del patrimonio, no desconociendo el claro límite que la ley impone a través del orden público sucesorio. Esto último implica que, a partir del fallecimiento del causante, los herederos podrán accionar para atacar, llegado el caso, liberalidades o planificaciones que se hayan efectuado, en el supuesto de que las mismas excedan la porción disponible, cuyo respeto a la misma es impuesto por la ley. Es de difícil determinación el conocer de antemano si un patrimonio va o no a experimentar variaciones, pudiendo una inoficiosidad inicial configurada, por ejemplo, por una donación que al momento de su perfeccionamiento vulnera la legítima hereditaria –por tratarse de un bien valioso integrante del acervo patrimonial– quedar superada por la incorporación posterior de otros bienes al patrimonio. Podemos ver

diferencias sustanciales entre dos figuras jurídicas utilizadas para disponer de los bienes, a simple vista similares: el fideicomiso testamentario y el de trazabilidad sucesoria o planificación patrimonial. En el primero, habrá un contrato sujeto a una condición cierta, pero a la vez, indeterminada, que es el fallecimiento del causante/fiduciante. Lo que se conforma es una propiedad fiduciaria a través de un testamento por medio del cual el fiduciante dispondrá en vida que, a su muerte, quien haya sido designado como fiduciario de cumplimiento al destino de sus bienes en favor de los herederos y legatarios (beneficiarios/fideicomisarios). De esto se desprende que el contrato deberá ajustarse a lo normado en relación tanto al contenido que deben tener, como a la forma que deben revestir, los testamentos. Por el contrario, en el segundo lo que se crea es un negocio fiduciario actual, siendo operativo el contrato desde su constitución, sin necesidad de que se produzca el hecho futuro del fallecimiento. Ahora bien, el contrato podría establecer a quién debe transmitir el fiduciario los bienes para el caso de deceso del fiduciante, teniendo en ese caso este fideicomiso de planificación patrimonial efectos a partir de su constitución, pero también en caso de deceso, por lo cual la muerte sería considerada en este supuesto como una posibilidad dentro de un contrato ya en curso.

- II) La legítima no nace de la voluntad del testador, sino que se trata de una protección que la ley establece en favor de determinados herederos, con lo cual sería fuera de estos montos que el causante podría disponer libremente de su herencia, porcentaje que actualmente asciende a 1/3. Esta legítima hereditaria lo obligará a respetar el derecho del que gozan ciertos herederos sobre una determinada cuota de la herencia – actualmente, descendientes 2/3, ascendientes 1/2 y cónyuge 1/2–, limitando de esta forma las liberalidades que podría realizar por actos entre vivos o por testamento y también, como veremos, por pactos tendientes a planificar el patrimonio. Conforme el artículo 12 de nuestro Código Unificado, las convenciones particulares no podrán dejar de lado lo

que dispongan las leyes «*en cuya observancia esté interesado el orden público*». Es importante señalar que no solamente está prohibido privar a estos herederos forzosos de sus porciones legítimas, sino que tampoco está permitido limitarlas. Es claro que al constituirse un fideicomiso testamentario este derecho se va a ver afectado de alguna forma, lo cual nos lleva directamente al interrogante acerca de la potencial oposición que los herederos podrían plantear ante esta figura, considerando que un fideicomiso constituido con miras a beneficiar a un heredero forzoso del fideicomitente, pueda posteriormente ser asimilado a una donación colacionable en la sucesión. La jurisprudencia argentina ha receptado un caso de estas características, en el cual se decidió considerar a un fideicomiso testamentario como un acto a título gratuito que quiebra la igualdad entre los herederos forzosos y que por dicha razón habilitaría a ejercer las acciones de reducción y colación.¹ Lo llamativo del caso es que la Cámara Civil aplicó limitaciones propias del derecho sucesorio sobre un fideicomiso regido por el derecho extranjero. El fallo terminó dejando en claro algunas limitaciones que los fideicomisos pueden presentar, aún en el supuesto en cuestión (un fideicomiso constituido bajo las leyes de Inglaterra, ya que los inmuebles objeto de este contrato allí se encontraban situados). El conflicto surgió al momento de la apertura de la sucesión del fiduciante, ya que éste tenía como último domicilio uno dentro de nuestro país y el fideicomiso preveía que al momento de su muerte, se transfirieran algunos de esos inmuebles a los hijos del causante nacidos en Argentina. De esta forma, la Cámara consideró que la protección de la legítima es un principio de orden público que debe ser salvaguardado, determinando que aunque en principio el fideicomiso se va a regir por la ley del lugar de su constitución, a los fines hereditarios, deberá ser analizado a la luz de la ley argentina. En este sentido se han pronunciado algunos autores², al indicar⁸ que su postura se inclina hacia no ver al

¹ “Vogelius Angelina T. y otros con Vogelius Federico y otros”. Cámara Nacional en lo Civil. 3/11/2005.

² “El fideicomiso en la planificación sucesoria”. Carlos A. Molina Sandoval. Publicado en La Ley el 15/04/2014.

fideicomiso testamentario como una forma de resolver extrajudicialmente la herencia, considerando necesaria la apertura de la sucesión a los fines de la aprobación del testamento y la eventual realización de las operaciones de inventario, avalúo y partición.

- III) El intento de efectuar una interpretación armónica del contenido de los artículos 1670 y 1010 de nuestro Código Unificado genera cierto conflicto: en el primero, ubicado dentro del articulado que regula específicamente a los fideicomisos, vemos como una prohibición clara que los derechos sobre una herencia futura puedan fideicomitirse. Ahora bien, como todos sabemos, el 1010, que se integra dentro de la normativa general en materia de contratos, habilita a realizar pactos sobre derechos hereditarios cuando los mismos versen sobre una explotación productiva, o sobre participaciones societarias de cualquier tipo; y siempre que se trate de acuerdos orientados a conservar la unidad de la gestión empresarial. Esta flexibilización a la organización del patrimonio del causante, como norma general, quedaría desplazada por la norma específica del 1670, por lo cual conforme este análisis los derechos de una herencia futura no podrían ser objeto de un fideicomiso. Por el contrario, se ha sostenido que si se interpreta en forma sistemática, el segundo párrafo del artículo 1010 sería aplicable al fideicomiso. En cualquier caso, la posibilidad que da el artículo 1699 de constituir un fideicomiso por vía testamentaria nos deja muy en claro la existencia de la posibilidad de fideicomitir contractualmente derechos sobre una herencia futura³. Es importante señalar que no se encuentra habilitada la celebración de pactos institutivos, esto es, no será posible instituir a un heredero o legatario por vía de un acto que no sea un testamento, o bien por ley. Indudablemente el patrimonio presenta como característica la aleatoriedad en su composición, pero esto de ninguna

³ Sebastián E. Sabene. Capítulo VI. Donaciones. Mourelle de Tamborenea, María Cristina, Directora y Kazmirczuk, Pamela Viviana, Coordinadora. «Planificación sucesoria». Armella- Clusellas- Esper- Feldestein de Cárdenas- Kazmirczuk- R.A.2 Lamber- Mattera- Medina- Mourelle de Tamborenea- Ortelli- Otero- Piazza- Pisani- Roll Bianciotto- Sabene- Salierno. Thomson Reuters LA LEY, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2022, 1ª edición.

manera quiere decir que no se pueda pensar en la continuación de estructuras de negocios que van a trascender la vida del causante que las fundó en un comienzo. De hecho, regular la forma en que los herederos se incorporarán sería sumamente recomendable: por ejemplo, para los tipos societarios de tinte personalista, como lo son las sociedades de responsabilidad limitada, al requerirse pacto expreso para la incorporación de herederos; resultaría muy conveniente tener ya contemplada esta posibilidad desde el momento en que se redacta el contrato constitutivo. Inclusive, en aras de preservar la unidad de explotación económica que hubiera llevado adelante en vida el causante, el cónyuge sobreviviente o los herederos podrían pedir que dentro del fideicomiso se prevea una atribución preferencial de los derechos sociales. Puntualmente, el artículo 2333 de nuestro Código Unificado autoriza al heredero que haya participado activamente en la explotación de una unidad económica existente dentro del acervo hereditario, a que pueda oponerse a la inclusión de los bienes correspondientes en la partición, normativa que por supuesto es de interpretación restrictiva; y siempre que no puedan serle adjudicados en su lote. De esta forma, podemos ver que resultará conveniente para el titular de participaciones sociales y futuro fiduciante/causante la constitución de un fideicomiso de acciones con trazabilidad sucesoria, para no solamente obtener una uniformidad en el gobierno de la unidad de negocios, sino también para tener la posibilidad de dejar establecidas las pautas de partición. A través de este fideicomiso podrá también consignarse como administrador fiduciario a aquel heredero forzoso que se encuentre mejor capacitado para dicha tarea. No caben dudas de que la flexibilización instaurada por el artículo 1010, en principio, colaborará a la hora de sortear los potenciales conflictos que podrían presentarse entre los herederos en una sucesión no planificada. En un reciente fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala M, se confirma la validez de un fideicomiso que había designado a todos los herederos legitimarios como beneficiarios, por considerar que no se vio

afectada la legítima, que no hubo vicios del consentimiento al otorgarse la correspondiente escritura pública y principalmente que el actor fiduciante se reservó como beneficiario los frutos de la totalidad de los bienes fideicomitidos, puesto que, con dicha salvedad, se había desprendido de su derecho a disponer de sus bienes por cláusula contractual. Por tratarse de un fideicomiso de planificación patrimonial, entendió la Cámara que lo que se celebró fue un contrato entre vivos, con fines sucesorios. A diferencia de lo que sucedía en el precedente *Vogelius*, no se pretendía beneficiar con liberalidades a herederos forzosos, sino distribuir la totalidad de los bienes entre la totalidad de los herederos forzosos existentes, quienes, se había pactado, los recibirían a la muerte del fiduciante/causante⁴. De esto se desprende que, si bien el artículo 1010 permite las disposiciones referidas a futuros derechos hereditarios en determinados casos, no por ello el fideicomiso deja de estar sometido a la normativa que protege la legítima de los herederos forzosos. En el caso en cuestión, se confirma la validez del fideicomiso por no verse afectada la legítima. Y la Cámara dejó en claro que los efectos de este fideicomiso empezaron a producirse desde el momento mismo de la constitución, no desde la muerte del fiduciante.

- IV) Retomando la expectativa de trascendencia que mencionara *ut supra*, la posibilidad de definir el ingreso de uno o más bienes de los cuales se es titular al patrimonio de aquella persona que, a su vez, se considere que sería su mejor destinatario, la podría llevar a querer beneficiar a alguien en vida, a través del otorgamiento de una escritura de donación. Es indudable que el pretender adjudicar bienes del propio patrimonio, estando aún en el transcurso de la vida pero con un claro efecto *post mortem*, encierra una intención similar a la que motiva a efectuar una planificación patrimonial. Es importante señalar que actualmente el donatario no se encuentra

⁴ Expte. N° 58704/2010 - "D. A. o C. N. c./ F. M. s./ nulidad de acto jurídico" – CNCIV – SALA M – 07/03/2022.

habilitado para aceptar la donación en caso de fallecimiento, e incluso, conforme algunos autores, en caso de incapacidad sobreviniente del donante. Con respecto a esto último, del artículo 976 de nuestro Código Unificado se desprende que la muerte o incapacidad del oferente, o bien del aceptante, antes de que se recepte la aceptación, hará caducar a la oferta, con lo cual se asume que la donación no podría ser aceptada si cualquiera de las partes falleciera o se incapacitara en forma previa a que el donante reciba la aceptación. Este es un dato no menor, considerando que en el derogado Código Civil la modalidad testamentaria solía ser reemplazada por una oferta de donación de inmueble, quedando en más de una oportunidad el instrumento correspondiente en manos del escribano autorizante, siendo el donatario notificado recién una vez fallecido el causante que donó en vida, ya que bajo el anterior Código estaba contemplada la posibilidad de aceptar la oferta de donación con posterioridad al fallecimiento del donante, si al momento de su deceso eso aún no había sucedido. Así, el donatario podía aceptar la oferta por medio de una nueva escritura pública y que se produzca de esa forma la transmisión del dominio, sin la necesidad de apertura de un proceso sucesorio. Con el actual régimen el donatario queda imposibilitado para aceptar la oferta dada la caducidad que el deceso genera. El Código Unificado determinaba limitaciones importantes a la donación de inmuebles, hasta que la sanción de la Ley 27.587 introdujo modificaciones en algunos artículos, a fines del 2020. A partir de ello, el tráfico inmobiliario empieza a verse favorecido: a través de esta ley deja de regir la acción en protección a herederos potencialmente perjudicados, la cual generaba que la donación pudiera ser cuestionada y revertida por el lapso de 10 años, con el consiguiente entorpecimiento de la seguridad jurídica. Lo cierto es que esta ley determina que no serán observables los títulos de dominio u otro derecho real que tengan como antecedente: las donaciones efectuadas a herederos legitimarios que hayan sido realizadas con anterioridad al 1 de agosto de 2015, sin importar cuál haya sido la fecha

de fallecimiento del donante y también las celebradas a partir del 25 de diciembre de 2020 inclusive; las donaciones que hayan sido realizadas a legitimarios o terceros, en aquellos casos en que haya prescrito la acción de reducción o en los que el donante fallezca a partir del 25 de diciembre de 2020 inclusive; las adquisiciones a título oneroso y de buena fe a donatarios (legitimarios o terceros) o sus sucesores; donaciones en las que, fallecido el donante, no se hubiera peticionado la acción de reducción con efectos reinpersecutorios, con anterioridad al 25 de diciembre de 2020. De esto surge que el subadquirente quedará a salvo del reclamo por reducción, siempre que se configuren la onerosidad de la adquisición y su buena fe, importando esta última el desconocimiento de la existencia de otros herederos legitimarios cuya porción legítima potencial –teniendo lógicamente en cuenta la imposibilidad de determinar una inoficiosidad hasta que se produzca el fallecimiento del donante– se terminaría viendo afectada por el acto de disposición a título gratuito como antecedente. En resumen, al momento de efectuar el análisis jurídico de los títulos provenientes de una donación, deberá tomarse en cuenta si el donante ya se encuentra fallecido y especialmente la fecha de ese deceso, ya que si el mismo hubiera ocurrido dentro del período comprendido entre el 1 de agosto de 2015 y un día antes de la fecha en que se produjo la entrada en vigencia de las modificaciones incorporadas por la ley 27.587, van a regir las disposiciones establecidas por el Código Unificado en la versión original, previa a las modificaciones introducidas por la mencionada ley.

- V) **Reflexión final:** El fideicomiso testamentario es visto como una herramienta muy eficiente a la hora de organizar la administración de bienes. Esta figura resulta puntualmente provechosa para familias con un patrimonio considerable y presenta una ventaja financiera con respecto a la donación en vida en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires, con respecto al Impuesto a la Transmisión Gratuita de Bienes (ITGB), ya que el mismo puede resultar muy gravoso. En el caso de la donación, este

impuesto se abona al momento de otorgarse la escritura; mientras que en el caso del fideicomiso testamentario, se abonará recién cuando el beneficiario reciba el bien, con lo cual el pago del tributo se ve diferido. Además, a diferencia de lo que sucede con la donación, en la que se determina el destino final de los bienes, en este tipo de fideicomisos es posible determinar al destinatario de la ganancia que arroje la producción de los activos, toda vez que en estas figuras es usual encontrar cláusulas que determinen la ejecución de la voluntad del causante/fiduciante a través del accionar del administrador fiduciario: por ejemplo, que reparta los bienes entre los herederos como sucedería en una sucesión tradicional, o bien que a partir de la muerte continúe con la administración de dichos bienes y recién después de determinado tiempo distribuya las ganancias de los mismos entre los herederos, o incluso que continúe con esta administración hasta que los herederos menores –si los hubiere– alcancen la mayoría de edad correspondiente.

Deberían tomarse en especial consideración aquellos fideicomisos testamentarios que se hayan constituido para la planificación del destino de los bienes inmuebles, en el lapso comprendido entre el 1 de agosto de 2015 y el día anterior a la entrada en vigencia de la ley 27.587, siendo que durante ese período el Código Civil y Comercial de la Nación no distinguía entre las donaciones a legitimarios y entre las hechas a quienes no revistieran esa calidad, abstrayéndose de cualquier tipo de consideración a la buena fe del adquirente a título oneroso (consideración que ya en ese momento venía siendo tendencia en derecho comparado). Deberá entonces tenerse muy en cuenta si el donante ha fallecido y en ese caso la fecha del deceso, ya que si hubiera ocurrido dentro del período mencionado, los títulos van a regirse por el articulado original que, si bien se encuentra modificado por la ley 27.587, no dejará de estar vigente para esas situaciones jurídicas ya consolidadas, para las cuales será de aplicación la norma vigente al momento del deceso y no una nueva posterior. Quedarían entonces esos títulos provenientes de

donación, a mi entender, en una situación de desventaja con respecto a los fideicomisos testamentarios.

Con todo lo expuesto, podría terminar resultando conveniente una agilización burocrática a través de la visión del fideicomiso testamentario como un canal extrajudicial de resolución de la herencia, considerando beneficiosa una potencial legislación en la cual se establezca la posibilidad de presentar para su inscripción en el Registro de la Propiedad Inmueble al fideicomiso testamentario, con un procedimiento similar al que se utiliza para inscribir a las escrituras de donaciones de inmuebles, que permite no iniciar la apertura de la sucesión (con la salvedad de que algunos bienes hayan quedado por fuera de la planificación, o que se hayan adquirido con posterioridad a la misma, ambos supuestos en los que deberá iniciarse el sucesorio de todos modos). Ciertamente es que en un caso, el costo sería afrontado por el donante y futuro causante, o por el fiduciante y futuro causante, según de cuál instrumento se trate y siendo el escribano quien perciba los honorarios en ambos supuestos; mientras que, en el caso de la sucesión, las cargas que la misma conlleva recaerán sobre los herederos y quien perciba los honorarios será el abogado que tramite en dicho proceso sucesorio. Observo que con dicha propuesta se podría estar atentando contra una incumbencia clara de nuestra profesión, tomando en ese punto entidad el delicado pero no por ello menos deseable logro de equilibrio entre dos cuestiones fundamentales: la insoslayable protección impuesta por el orden público sucesorio por un lado; y por el otro, el –en cierto punto, claramente limitado, pero no por ello menos importante– principio de la autonomía de la voluntad. No podemos ignorar que al momento de celebrarse el contrato de fideicomiso, la legítima hereditaria es únicamente un derecho en expectativa, por lo cual es claro que el propietario de los bienes no podría verse privado de constituirlo, dado que esto importaría decirle que no puede disponer de sus bienes.

La cuestión es que, si el fiduciante muere antes de que se cumpla el plazo establecido por el contrato, esto podría implicar para los herederos

forzosos que hayan sido designados como beneficiarios, una indisponibilidad de la herencia, apareciendo la disyuntiva sobre si están obligados o no a soportar la misma. Las acciones vinculadas a la protección de la porción legítima recién podrían ser planteadas con posterioridad a la apertura de la sucesión, momento a partir del cual se podría ver si se produjeron cambios patrimoniales en el lapso comprendido entre la constitución del fideicomiso y la muerte del fiduciante; y en caso afirmativo, de qué forma cuantificar la adquisición de nuevos bienes. Específicamente hablando del supuesto del fiduciante que al momento de su fallecimiento tuviese como último domicilio uno en el país, o tuviera bienes aquí, podemos entender que debería realizarse la apertura del sucesorio en Argentina. Por otro lado, los pactos de herencia presentan, a mi entender, cierta incertidumbre que los termina volviendo ineficaces como negocio de planificación sucesoria, toda vez que herederos disconformes podrán a futuro intentar derribarlos frente al juez del sucesorio. Podríamos decir que el incurrir en costos de transacción anticipados contratando profesionales y valuadores especializados; y negociando con futuros herederos en forma anticipada, se vuelve poco atractivo frente a lo que será la realidad con posterioridad al fallecimiento del causante: la preeminencia de lo que se determine dentro del expediente sucesorio por sobre la letra del pacto, debido a la intangibilidad de la legítima como precepto esencial del orden público sucesorio argentino.

Bibliografía consultada:

Doctrina:

- Mourelle de Tamborenea, María Cristina, Directora y Kazmirczuk, Pamela Viviana, Coordinadora. «*Planificación sucesoria*». Armella-Clusellas- Esper- Feldestein de Cárdenas- Kazmirczuk- R.A. Lamber-

Mattera- Medina- Mourelle de Tamborenea- Ortelli- Otero- Piazza- Pisani- Roll Bianciotto- Sabene- Salierno. Thomson Reuters LA LEY, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2022, 1ª edición.

- Artículo doctrinario: «*El fideicomiso en la planificación sucesoria*». Molina Sandoval, Carlos 2A. Publicado en La Ley, el 15/04/2014. Disponible en <https://www.scribd.com/document/441443079/Molina-Sandoval-El-fideicomiso-en-la-planificacion-sucesoria-15-4-2014>
- Curá, José María y García Villalonga, Julio César. «*Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*». Thomson Reuters LA LEY, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2016, 2ª edición. Tomos III y VII.
- Artículo doctrinario: «*Fideicomiso con trazabilidad sucesoria en el nuevo Código Civil y Comercial de La Nación*». David, Marcelo Alejandro. Publicado en la Revista del Colegio de Abogados de La Plata. Año LVIII. Núm 81. Sep 2016, p. 205-218. Disponible en: <http://mendozalegal.com/omeka/files/original/f5dd94bcde315bb6d1a21dfae0af033c.pdf>
- Artículo doctrinario. «*La planificación sucesoria: diálogo entre el derecho contractual y el derecho sucesorio*». Iglesias, Mariana y Hernández, Carlos2. Publicado en el Diario de La Ley el 15/04/2011. Disponible en: <https://hernandeziglesias.com.ar/upload/PlanificacionSucesoria.pdf>
- Artículo doctrinario: «*Anatomía del pacto de herencia futura, valuación de los bienes y régimen de compensaciones: ¿un pacto sin futuro?*». Van Thienen, Pablo Augusto. Disponible en: <http://cedeflaw.org/pdfs/20201112123556-192.pdf>
- Artículo doctrinario: «*La reforma de la Ley 27587. Donaciones a legitimarios. La protección de la buena fe del subadquirente a título oneroso*». Cerávol, Ángel Francisco y Lamber, Néstor Daniel. Publicado en la Revista del Notariado el 23/06/2021. Disponible en: <https://www.revista-notariado.org.ar/index.php/2021/06/la-reforma->

[de-la-ley-27587-donaciones-a-legitimarios-la-proteccion-de-la-buena-fe-del-subadquirente-a-titulo-oneroso/#2-analisis-de-la-normativa](#)

Jurisprudencia:

- “Vogelius Angelina T. y otros con Vogelius Federico y otros”.
Cámara Nacional en lo Civil. 3/11/2005.
- Expte. N° 58704/2010 - “D. A. o C. N. c./ F. M. s./ nulidad de acto jurídico” – CNCIV – SALA M – 07/03/2022.

**LXXVIII ENCUENTRO DE INSTITUTOS DE
DERECHO COMERCIAL DE
COLEGIOS DE ABOGADOS DE LA
PROVINCIA DE BUENOS AIRES.**

Mar de Ajo (Bs.As.) 30 y 1 de Nov/Diciembre del 2023.

COMISIÓN 3: Títulos Valores.

TEMA: Derecho Cambiario - Pagaré a la Vista-

TÍTULO: Pagaré a la vista, imposibilidad de dispensarlo del protesto.-

PISANI, Osvaldo E. - Colegio de Abogados de San Isidro.

POSTULADO DE LA PONENCIA: (De lege lata)

SOBRE LA BASE DE UNA CORRECTA INTERPRETACIÓN (LITERAL E HISTÓRICA) DE LA NORMATIVA CAMBIARIA, REGULADA POR EL DECRETO LEY 5965/63) SE SOSTIENE VALIDAMENTE QUE LA CLÁUSULA DE DISPENSA DEL PROTESTO, (el "Sin Protesto") REGULADA en el Art. 50 del mencionado Dec. ley, NO RESULTA APLICABLE A LOS PAGARES LIBRADOS CON VENCIMIENTO A LA VISTA, TRÁTESE DE TÍTULOS QUERABLES, (esto es, pagable en el domicilio del deudor) PORTABLES (pagable en un lugar distinto al domicilio del deudor, es decir domicilio del acreedor u otro lugar indicado en el título).-

ACLARACION PREVIA:

El tema de la presente ponencia, fue presentado en eventos anteriores y puntualmente en el LXV Encuentro de Institutos de Derecho Comercial de la Pcia. de Buenos Aires realizado en San Isidro (Bs. As) Mayo 11 y 12 del 2017 y considerando que el mismo fue una preocupación expuesta reiteradamente por el Horacio Garaguso y que aún no sea resuelto, me sentí motivado a reiterarlo para avanzar en la solución del mismo y un recordatorio del "entrañable Horacio" quien seguramente al escucharla esbozara su eterna sonrisa asintiendo positivamente con el movimiento de su rostro.-

ANTECEDENTES:

La problemática y discusión que luego de sancionarse la Ley de Defensa del Consumidor y en especial por la redacción, pautas, alcances y exigencias que surgen de los arts. 36 y 65 entre otros, al igual que el art. 1379 del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación que obliga a las entidades financieras a distinguir entre la "cartera de Consumo" y la comercial en cuanto a la documentación a suscribir, hace que se haya reactivado tanto en doctrina como en jurisprudencia el alcance y habilidad del documento coloquialmente descrito como "Pagaré de Consumo", lo que nos motiva a traer nuevamente a discusión el tema que nos ocupa y cuya postura describimos precedentemente en el postulado de la ponencia.-

Un trabajo en el mismo sentido, tuvimos oportunidad de presentarlo en el "I Congreso Argentino e Iberoamericano de Derecho Bancario y V Congreso de aspectos legales de las Entidades Financieras, celebrado en Junio del 2007 en

el Colegio de Abogados de Lomas de Zamora", y también sobre aspectos de mora en los pagarés en otros encuentros de institutos anteriores. -

La presentación del contenido de esta ponencia en dicho evento, **fue descripta impecablemente por Horacio Garaguso como: "colocar un cordero en el medio de la manada de lobos"**. Esto, mereció opiniones mayoritariamente contrarias a la doctrina de la misma, por el solo hecho de que ya se venía utilizando. -

Entendemos que las nuevas circunstancias señaladas precedentemente, en el marco del denominado "pagaré de consumo" permiten revisar si es correcto o no que se dispense del protesto a un pagaré que al creárselo no tenga escrita una fecha de vencimiento y que al decir de la jurisprudencia aplicable, la mora se produce en la fecha que el portador declara que lo presento al cobro.-

DESARROLLO DEL TEMA:

La sanción de la Ley de Defensa del Consumidor primero y del Código Civil y Comercial de la Nación luego, obligaron a discutir las instrumentaciones y los procedimientos judiciales. Ya sea cuando se actúa en las denominadas relaciones de consumo y principalmente de "consumo financiero" genera necesariamente, a nuestro entender el resurgimiento de distintos debates jurídicos, originados en los efectos que cabe atribuir a la utilización del título cambiario pagaré, cuando se lo libra con vencimiento a la vista y se lo exime de protesto. Esta práctica habitual dentro del sistema financiero, genera distintos

problemas que son los que pretendemos discutir con el presente trabajo, que es continuación de temáticas conexas y similares presentados en otros eventos académicos. -

PROBLEMÁTICA PLANTEADA: Características del título en análisis. -

La problemática que la presente ponencia procura solucionar a través de la interpretación indicada, está dada por las particulares características que reviste al pagaré a la vista eximido de protesto, las cuales podemos sintetizar en los siguientes términos:

- a. Es pagable a su presentación (art. 36 DL 5965/63)
- b. Se desconoce la fecha en que el título le va a ser presentado a la vista para el pago, pues dicha presentación depende de una actividad exclusiva del tenedor del título. -
- c. Por lo expuesto, se desconoce la fecha en que se opera el vencimiento, hasta tanto el mismo ocurra, pues como dijimos depende de cuando el portador decida presentarlo al cobro. -
- d. Se dispensa de efectuar la constatación objetiva del acto notarial de protesto (que acredita la presentación del título y su no pago, es decir: el incumplimiento).-

Mediante las breves características dadas con respecto al título en estudio, sólo cabe determinar que tanto en doctrina como en jurisprudencia se planteó el tema de establecer frente al caso judicial en trámite, sobre quien pesa la carga procesal de la prueba de la presentación, cuando en el caso concreto el

actor decía haberlo presentado y el librador -(obligado cambiario directo-ejecutado) lo negaba, dándose al respecto dos soluciones:

a) La primera, es una postura dominante en jurisprudencia, en mérito a una interpretación a mi criterio muy extensiva del art. 50 del D.L. 5965/63, se determinó que quien invoca la falta de presentación, es quien debe probar tal hecho.- (en este sentido se expidió la doctrina plenaria de la Capital Federal en autos: "Caja de los Centros Comerciales c/ Bagnat, Carlos") (1)

b) La segunda de las interpretaciones, minoritaria, determina que la carga de la prueba de la presentación del pagaré, pesa sobre el portador del mismo, que en el juicio ejecutivo sería el actor. -

La importancia del tema en cuestión, está dada en que la presentación al pago al librador, habilita la acción de regreso (contra los endosantes) y también determina la constitución en mora de los obligados directos y de regreso, dejando expedita la acción cambiaria ejecutiva contra todos los obligados cambiarios (tanto directos como de regreso -suscriptor, endosantes y avalistas de los mismos).Las consecuencias de ese estado de mora, significan que a partir de la presentación del pagaré al cobro, el portador podrá reclamar judicialmente el:

1. Monto del pagaré
2. Intereses, que a diferencia del pagaré con vencimiento a día fijo, podrán ser compensatorios y moratorios (Conf. art. 5 del Dec. Ley 5965/63).-
3. Costas judiciales
4. Todos esos rubros a todos los obligados cambiarios, (directos y de regreso)

APLICACIÓN DEL PRIMER SUPUESTO:

Si aplicamos la primera de las dos interpretaciones, es decir si admitimos en el juicio que, al dispensarse el pagaré del protesto, alcanza que el portador del mismo diga cuando lo presento y eso se tome por cierto como una presunción "iuris tantum" de presentación, se dan los siguientes efectos:

1- LA MORA se produce en la fecha que así lo manifieste el portador del pagaré (actor en el juicio ejecutivo). -

2- Los obligados cambiarios (incluidos los endosantes) deberán probar hecho negativo o lo que es aún peor, deberán probar el hecho positivo de la falta de presentación a través de la prueba negativa LA FALTA DE PRESENTACIÓN.-

3- Es decir que la mora se produce en la fecha que el actor del juicio dice en su demanda, que presento el pagaré al cobro. -

4- Por consiguiente, permite invocar la existencia de un estado de mora desde la fecha que por su sola voluntad declare en el juicio el actor portador del título, sin que dicha fecha sea conocida necesariamente por los demás obligados ni directos ni de regreso, contra quienes paradójicamente quedó habilitada la acción cambiaria ejecutiva. -

Como se puede apreciar, de la breve síntesis expuesta, esta doctrina que como dijimos es sostenida por el fallo plenario de la Cámara Comercial de la Ciudad de Buenos Aires y de otros departamentos judiciales, crea una situación de incertidumbre y de inseguridad, en cuanto a los abusos que se les permite a los portadores de dicho tipo de pagaré. Al respecto, me apuro en aclarar que si bien es cierto que nadie puede alegar su propia torpeza (me refiero al firmante que firmó en esas condiciones), no podemos entender la circunstancia de que

sobre esa base se sentencie y se condene, toda vez que nos estaríamos olvidando de todas las premisas básicas de nuestro ordenamiento jurídico en el sentido de la protección que por la seguridad y equidad otorga. - (2)

APLICACION DEL SEGUNDO SUPUESTO: Analizando la segunda de las posturas indicadas, es decir la que determina que la prueba de la presentación pesa sobre el portador del título y sin perjuicio de considerarla más justa que la anterior, pues exige que sea el interesado quien CARGUE CON LA PRUEBA DE SU MANIFESTACIÓN DE VOLUNTAD, igualmente nos merece las siguientes críticas y observaciones:

- a. Se le estaría exigiendo al portador del título, que tome recaudos que le sirvan luego como medios probatorios de que existió la presentación al pago. -
- b. Dicha prueba no podría estar dada por intimaciones o telegramas o carta documento, pues lo que hay que probar es un hecho (el hecho de la presentación)
- c. En el caso que, aunque estuviese dispensado igual optara por realizar un protesto no podría repetir los gastos que dicho protesto le ocasionen. - (ver art. 50 DL 5965/63)
- d. Como vemos también existen inconvenientes pues al no existir una fecha objetiva de presentación se necesita de alguna manera la exteriorización de la voluntad de cobrar y esa exteriorización y su prueba son las que suscitan estos inconvenientes. -

LOS PROBLEMAS REALES - POSIBLES ABUSOS EN SU UTILIZACIÓN.

A pesar de las dos soluciones dadas, el problema sigue existiendo, pues el pagaré a la vista eximido de protesto sigue creando las dudas e inseguridades que se indicaron. -

Reiteramos también, la desvirtuación que en la práctica comercial se ha hecho de este título, utilizándose como una garantía de cumplimiento y no como un título de crédito. -

El problema real planteado, radica en la existencia de un título que en mérito a las interpretaciones dadas, produce los siguientes efectos si reúne las siguientes características:

- a. LA MORA SE PRODUCE: en la fecha que invoca el portador, sin necesidad de que dicho portador exteriorice dicha manifestación de la voluntad de cobrar (a través del hecho de la presentación). -
- b. La fecha así invocada puede ser cualquiera, inclusive retrotraerse en el tiempo sin inconveniente alguno, pues como ya dije, en el caso de una demanda judicial se estará a la fecha que indique el actor (ejecutante-portador) y será a cargo de los ejecutados probar la falta de presentación del título planteándonos en su caso ¿Cómo hace un endosante para probar que el pagaré no le fue presentado al suscriptor? La respuesta no es fácil sino por el contrario, pues nos encontramos frente a un supuesto de los que se ha dado en llamar “prueba diabólica”.

-

HACIA UNA CORRECTA INTERPRETACION DE LA LEY. -

Si en el caso que nos ocupa, vemos que las dos posibles soluciones son disvaliosas e iniciamos nuevamente el estudio de la problemática, sabiendo que la fuente de nuestro Decreto Ley 5965/63 es la Convención de Ginebra de 1930, sobre dicho tema, NOS ATREVEMOS A SOSTENER QUE LOS ANTEPROYECTISTAS DE UNA DE LAS LEYES seguramente DE MAYOR UNIFORMIDAD EN EL MUNDO, NO pudieron de ninguna manera pretender crear un título cambiario con las inseguridades e inconvenientes como ocasiona el que estamos analizando.-

Lo precedente, se ratifica con que la única variante de título que genera problemas es precisamente el pagaré cuando se lo pretende dispensar de protesto.

Sostenemos que no hay error en la legislación sino en las interpretaciones. Pues si analizamos todos los demás supuestos de vencimiento y dispensa de protesto, observamos un funcionamiento seguro y armónico, pues en todos los demás casos los obligados cambiarios conocen desde el momento en que se obligan cuál va a ser la fecha de vencimiento, es decir se sabe cuándo el título va a ser presentado (el título en los demás supuestos tiene seguridad, pues existe exteriorización de la voluntad de cuándo se va a presentar al cobro ab-initio).-

Lo mismo sucede con el vencimiento a “tantos días vista” pues el portador va a estar obligado a presentarlo a la vista y a partir de esa presentación “a la vista” comenzará a correr el plazo del vencimiento. Al respecto aclaramos que dicha presentación a la vista NO PUEDE SER DISPENSADA EN LOS TÉRMINOS DEL ART. 50 D.L. (pues solo contempla dispensa de presentación a la

aceptación y al pago) y si dicha vista no se acepta, deberá levantarse el correspondiente protesto.-

Así las cosas, insistimos en que la única desarmonía se produce con el pagaré a la vista y eximido de protesto, y entonces cabe preguntarse el porqué de dicha desarmonía y frente a dicha pregunta, y luego de analizado el tema, encuentro una sola respuesta y es la de que existe un error de interpretación, error que seguramente esta dado por la remisión genérica que el art. 103 del D.L. hace del pagaré a la letra de cambio, es decir que **el error de interpretación surge de la remisión de una institución a otra, pues recordemos al respecto que el D.L. 5965/63 sólo dedica cuatro artículos para legislar sobre el pagaré.-**

El error de interpretación al que aludimos consiste en admitir. que un pagaré con vencimiento a la vista pueda ser eximido de protesto. Eximición que no está prevista específicamente, sino que como veremos se la efectúa por una remisión genérica a la letra de cambio. -

Me apresuro, en reconocer que la interpretación es audaz y que seguramente turbará a ciertos espíritus, pero luego de analizado el tema, entiendo que es la única conclusión posible. -

FUNDAMENTOS

Los fundamentos los podemos tratar bajo los siguientes tres títulos: interpretación literal, histórica y a la luz del contexto jurídico general. -

INTERPRETACIÓN LITERAL:

Los fundamentos de la interpretación literal son:

1. Distinguir en la ley, la utilización de la palabra “vista” con la palabra “aceptación” cuando nos referimos al pagaré, pues evidentemente no tiene el mismo significado que en la letra de cambio, en donde son utilizados indistintamente como sinónimos. (art. 26 DL)
2. Esta distinción es categórica, pues en el pagaré NO EXISTE LA PRESENTACIÓN A LA ACEPTACIÓN (PUES NO EXISTE ACEPTACIÓN POSTERIOR, TODA VEZ QUE DICHA ACEPTACIÓN SE PRODUCE EN EL MOMENTO MISMO DE LA SUSCRIPCIÓN O LIBRAMIENTO DEL PAGARÉ), pues el aceptante es el mismo suscriptor. -
3. Es decir, que en el caso del pagaré, existe una presentación a la vista que de ninguna manera significa aceptación, (pues como dije, esa aceptación ya existió) sino que vista significa la exhibición material del título y reclamo de pago. -
4. Esta distinción se reafirma con lo expuesto por el art. 104, 2da. Parte del DL, al tratar el pagaré con vencimiento a “tantos días vista” donde solo menciona la PRESENTACIÓN A LA VISTA (no de aceptación) y también se indica que a falta de la vista SE DEBE FORMALIZAR EL PROTESTO, protesto este que no es por falta de aceptación ni por falta de pago (pues ninguno de esos hechos corresponde), lo que nos lleva a determinar que es un protesto por falta de vista, el cual evidentemente no puede ser dispensado por no estar prevista su dispensa dentro del art. 50 del DL, ya que lo único que se puede dispensar es el protesto por falta de aceptación o de falta de pago, insistiendo en que nada dice sobre la vista.-

5. Como vemos, la vista a que debe ser sometido un pagaré a la vista JAMÁS PUEDE SER DISPENSADA , pues no existe forma de dispensar dicho protesto.-
6. No olvidemos tampoco que la remisión que hace el art. 103 del DL de que las disposiciones de la Letra de Cambio son aplicables al Pagaré, **son con la aclaración de que “...en cuanto sean compatibles con la naturaleza de este título...”**. Es decir que no alcanza con la simple remisión genérica sino que además debe existir compatibilidad, la cual vemos no se da en el caso que nos ocupa. -

INTERPRETACIÓN HISTÓRICA

Dentro de las interpretaciones históricas, observamos las siguientes:

1. La interpretación de que la prueba en juicio de falta de presentación corre por cuenta de quien la invoca, para desvirtuar el estado de mora, fundado en el art. 50 del DL, no pudo haber sido la intención del legislador, pues en el año 1963 no se admitían los estados constitutivos de mora por el mero transcurso del tiempo (art. 509 del Código Civil, 1º parte) pues ello introduce recién con la sanción de la ley 17.711, en el año 1968.-
2. La interpretación indicada en primer lugar significaría un retroceso en cuanto a la exigencia del principio de exteriorización de la voluntad de las partes, en los que al campo de los actos jurídicos se refiere. Pues importa dejar de lado esa necesidad de probar la exteriorización por parte de quien necesariamente es quien debe exteriorizarla. -

INTERPRETACIÓN A LA LUZ DEL CONTEXTO GENERAL DE DERECHO:

1. Una de las clasificaciones sobre plazos determina que existen plazos a favor del deudor, del acreedor o de ambas partes, en el caso del pagaré a la vista estamos ante un plazo puesto únicamente en beneficio del acreedor, lo que nos lleva a la conclusión de que corre por cuenta del acreedor exteriorizar su voluntad y la carga de la prueba al respecto.-
2. Existe un principio general de que quien invoca un hecho debe probarlo lo que nos lleva a determinar que no correspondería la interpretación ya indicada en el sentido de la prueba de los hechos negativos.-
3. Se destaca también que no es usado el pagare a la vista en los países Europeos, lo que motiva que no se haya planteado allí ninguno de los problemas indicados. -
4. Se destaca también que las legislaciones latinoamericanas en muchos casos NO ADMITEN LA EXISTENCIA DEL PAGARÉ A LA VISTA. -

SÍNTESIS

La ponencia en sí, busca una correcta interpretación de la normativa cambiaria que frente al caso que nos ocupa, nos permita hallar una justa y equitativa solución por tal motivo SE PROPONE:

QUE, MEDIANTE UNA INTERPRETACIÓN LITERAL E HISTÓRICA DE LA NORMATIVA CAMBIARIA, SE DETERMINA DE LEGE LATA QUE LA CLÁUSULA DE DISPENSA DEL PROTESTO NO SERÍA APLICABLE A LOS PAGARES QUE SON GIRADOS A LA VISTA, TRÁTESE DE TÍTULOS QUERABLES/ PORTABLES O DOMICILIARIOS. -

Oswaldo E. PISANI.-

**LXXVIII ENCUENTRO DE INSTITUTOS DE
DERECHO COMERCIAL DE
COLEGIOS DE ABOGADOS DE LA
PROVINCIA DE BUENOS AIRES.**

Mar de Ajo (Bs. As.) 30 y 1 de Nov/Diciembre del 2023.

COMISIÓN 4: Derecho Societario.

TEMA: Transmisión sucesoria de cuotas partes de Sociedades de Responsabilidad Limitada. -

TÍTULO: Recaudos previos a la inscripción de la transmisión sucesoria de cuotas partes de Sociedades de Responsabilidad Limitada. -

PISANI, Osvaldo E. - Colegio de Abogados de San Isidro.

POSTULADO DE LA PONENCIA: (De lege lata)

Necesidad de acreditar en forma previa a ordenar la inscripción de las Cuotas Partes de Sociedades de Responsabilidad Limitada sobre la procedencia y condiciones de transmisibilidad de las mismas en los procesos sucesorios, sean testados y/o "ab intestato" disponiéndose el agregado a dicho proceso sucesorio de una copia del Contrato social y sus reformas para determinar con el mismo que no existan pactadas cláusulas pactadas que impidan y/o limiten dicha transmisibilidad "mortis causa".-

ANTECEDENTES:

El tema traído como ponencia, solo pretende evitar situaciones conflictivas entre heredero/s de socio/s fallecido/s con los restantes socios "supérstites" por la existencia o no de cláusulas estatutarias de no continuación con los herederos del socio fallecido. -

De la redacción originaria de los arts.153/155 de la Ley de Sociedades Comerciales 19.550 (en 1972) se permitía la inclusión de cláusulas de NO continuidad con los herederos e inclusive la forma en que se fijaba el valor de dichas cuotas para compensar a los herederos.

Recordamos que dicho texto legal, estuvo vigente desde 1972 a 1982 (fecha en que se la modificó parcialmente por la ley 22.903 período este durante el cual se constituyeron un sinnúmero de sociedades de este tipo que actualmente siguen vigentes y funcionando y con dichas cláusulas vigentes. -

Se destaca que con el régimen actual de la LGS -arts. 153/155- también pueden incluirse las mismas. -

Esto implica que producido el fallecimiento de un socio de una sociedad en la cual está pactada la no continuidad con los herederos de los socios, de no solicitarse y leerse el alcance del contrato social, se puede, como suele suceder, que se inscriban declaratorias de herederos con relación a cuotas partes que no proceden por la NO CONTINUIDAD pactada en el contrato social, con los consiguientes conflictos que esta situación necesariamente genera.-

Por las razones invocadas con más las que se aportaran al momento de exponer la presente ponencia se sostiene la necesidad indicada en el postulado de la ponencia al cual remitimos. -

En San Isidro en este inentendible octubre del 2023.-

Oswaldo E. PISANI. -

LXXVIII ENCUENTRO DE INSTITUTOS DE DERECHO COMERCIAL DE COLEGIOS DE ABOGADOS DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES

Ponencia: El proceso de toma de decisiones en el conflicto societario. Del impulso irracional a un proceso de gestión profesional.

Autor: Germán Alberto Pizzano. Colegio de Abogados de Quilmes.

1. Introducción:

Ya a se ha escrito largamente respecto de la naturaleza del conflicto societario como conflicto humano abordándose el mismo desde diversas perspectivas jurídicas, inclusive desde la negociación técnica y la Mediación aplicándosele al mismo los principios y herramientas conceptuales y comunicacionales propios de la Mediación, atento que se trata del abordaje de un conflicto.

El conflicto societario cuando ya se encuentra instalado tiene graves consecuencias jurídicas y patrimoniales tanto para la compañía como para los miembros que integran la organización: accionistas, Directores, empleados, profesionales y proveedores.

El conflicto cuando se produce también produce consecuencias económicas disvaliosas, el deterioro financiero de la compañía y la distorsión en la estructura de costos de la compañía afectando a los costos por su variabilidad, por su naturaleza y afectando todas las ratios económicas y contables que componen los indicadores de la evolución económica de la empresa.¹

Puede producirse este deterioro a niveles extremos llevando a la compañía a la pérdida de escala, de mercados, a la pérdida de clientes, a la discontinuidad del proceso productivo, al cese completo del proceso productivo, a la totalidad de capacidad ociosa, e inclusive el deterioro de los

bienes de uso, entiéndase las herramientas que componen el proceso productivo que sin mantenimiento, ni seguros, ni service, acelerarán su depreciación económica por deterioro, además de la contable por amortización.

La crisis puede llegar al extremo en los supuestos de colocar a la compañía en estado de sensación de pagos del artículo 79 de la LCQ, o la decisión de disolución y liquidación de la compañía por parte de los socios o si el conflicto fue judicializado, dispuesto por la Justicia.

Ahora bien, resulta posible intentar evitar todos estos males de la evolución inflacionaria del conflicto societario si los protagonistas del conflicto pudiesen transitar el mismo desde el inicio a través de un método profesional y técnico de toma de decisiones.

Probablemente, si los accionistas en conflicto recordarse que hicieron una inversión de capital con la espera de una rentabilidad del capital invertido, - muy probablemente sin haber calculado el TIR-, como resultado de los dividendos percibidos por cada ejercicio considerasen la pérdida del valor económico de todo ese capital acumulado reflexionasen respecto de la pérdida de los mercados, la caída de los ingresos por ventas totales o la caída total de los ingresos; considerasen que la máquina más valiosa –de mayor productividad del capital- si no tiene producción –ni venta de dicha producción- tiene cero rentabilidad, tal vez se considere un cambio en el proceso de Toma de Decisiones, hacia su profesionalización, transitando el proceso de toma de decisiones, posiblemente el conflicto sería gestionado en Pos de una solución que asegure la continuidad de la organización productiva, que asegure la continuidad de la actividad económica.

Por tal motivo resulta fundamental conocer, para poder aplicar en la praxis profesional: ¿en qué consiste y cómo se describe este proceso de Toma de Decisiones que proviene de la teoría de la Ciencia de la Administración?

¿Cómo podemos tomar dentro de la organización mejores decisiones que generen mejores resultados para nuestros clientes inclusive para nosotros como profesionales?

2. Conceptualización:

“Decidir es realizar un proceso mental, deliberado, voluntario y sistemático, basado en un razonamiento con la finalidad de seleccionar un curso de acción entre un conjunto de cursos de acción alternativos. La palabra decidir proviene del latín *decidere* que significa cortar. Esto es porque cuando se toma una decisión se separan cursos de acción no deseables. Para Peter Drucker (1998), la toma de decisiones es el resultado de un proceso sistemático, compuesto de elementos claramente definidos y escalonado en una secuencia de etapas bien determinadas. Para Henry Mintzberg (1991), decidir es un compromiso de acción, es elegir entre varias alternativas. La decisión es previa a la acción. No existe un método o sistema que permita reunir todas las alternativas a las distintas situaciones de decisión que presenta un planteo determinado. Identificar el tipo de situación o el problema que requiere una decisión es fundamental. No obstante, en la toma de decisiones juega un papel importante la percepción como elemento del comportamiento humano. Un mismo problema puede ser percibido por distintos sujetos en forma diferente. Aunque la realidad es una sola, cada uno la interpreta de distinta manera con un alto grado de subjetividad. Esto es así porque cada uno entiende la situación a través de su propia personalidad, preferencias, deseos, prejuicios, educación, experiencia, etcétera... El comportamiento responde a pautas de conducta internalizadas en el ser humano. Pueden hacerse algunas consideraciones sobre las mismas:

- Estas pautas existen como formas de combatir la incertidumbre e imponer estructuras sobre un entorno complejo.
- A nivel inconsciente se desarrollan poderosas operaciones lógicas cuyos resultados son percibidos únicamente por el sujeto.

- La memoria abstrae los elementos que reconoce más fácilmente y olvida otros.

- Se tamiza automáticamente la información recibida, aceptando la que confirma creencias previas, rechazando la información que puede resultar conflictiva respecto de esas creencias. Como consecuencia se acomodará la información a las creencias pre concebida.”²

2. Toma de decisiones:

Se trata de un proceso técnico, muy estudiado en Ciencias Económicas, particularmente para Administración y Gestión, Finanzas y Marketing. Se trata de una asignatura de la carrera de grado y posgrados y muy sintéticamente forzando una síntesis conceptual extrema podríamos describir los pasos necesarios para un proceso de toma de decisiones en forma profesional con la finalidad de abandonar las decisiones espasmódicas y emocionales propias del conflicto humano y en particular del conflicto societario, hacia un cambio paradigmático que posibilite transcurrir de un proceso decisorio más profesional.

3. El modelo de Simon:

“La secuencia a seguir por el proceso decisorio, interpretando a Simon (1978), sería:

1. Identificar los problemas a resolver: es el punto de partida de todo proceso de toma de decisiones, definir de la forma más exacta posible cuál o cuáles son los problemas que originan tomar una decisión al respecto.

2. Establecer las alternativas posibles de solución en cada caso: es decir, cuáles serían las alternativas que podrían dar lugar a una solución del problema.

3. Evaluar las alternativas más relevantes: cuáles serían, de las alternativas posibles, aquellas que, racionalmente, pueden considerarse satisfactorias para solucionar el problema planteado.

4. Elegir la alternativa más conveniente: esto es elegir entre las más relevantes aquella que es compatible con el logro de los objetivos organizacionales.”³.

4. El Modelo de Peter Draker –abogado-:

“Para Drucker (1999) ⁴ existen seis elementos secuenciales en un proceso de toma de decisiones. Son:

1. Clasificación del problema: (estructurados y mal estructurados).
2. Definición del problema.
3. Especificación.
4. Decisión.
5. Acción.
6. Control.” ⁵.

5. Conclusión:

Si además de la objetivación del conflicto societario abordándolo desde el análisis económico, contable y financiero, utilizando herramientas conceptuales y comunicacionales propios de la Negociación profesional (Mediación) y transitando el proceso de toma de decisiones de los modelos citados precedente, u otros, que abundan en la doctrina de gestión administrativa, muy posiblemente las decisiones que se tomen en el contexto del conflicto societario resulten más beneficiosas para las partes y para el macro y el micro entorno social donde la compañía se encuentre inserta.

1. El costo del conflicto societario. El costo para la Sociedad y para el socio. Pizzano Germán Alberto, Jornadas Nacionales de Derecho Comercial.
2. Organización y Administración de Empresas. UNQ. Juan José Gilli y Amanda Tartabini, pág. 62.
3. Organización y Administración de Empresas. UNQ. Juan José Gilli y Amanda Tartabini, pág. 63.
4. Peter Ferdinand Drucker (Viena, 19 de noviembre de 1909-Claremont, 11 de noviembre de 2005) fue consultor y profesor de negocios, tratadista austriaco, y abogado de carrera, considerado el mayor filósofo de la administración (también conocida como *management*) del siglo xx. Fue autor de más de 35 libros, y sus ideas fueron decisivas en la creación de la Corporación Moderna. Drucker escribió múltiples obras reconocidas a nivel mundial, sobre temas referentes a la gestión de las organizaciones, sistemas de información y sociedad del conocimiento, área en la cual es reconocido como padre y mentor en conjunto con Fritz Machlup. Drucker dejó en sus obras la huella de su gran inteligencia y su incansable actividad. Hoy es considerado el padre del *management* como disciplina y sigue siendo objeto de estudio en las más prestigiosas escuelas de negocios. (https://es.wikipedia.org/wiki/Peter_F._Drucker).
5. Organización y Administración de Empresas. UNQ. Juan José Gilli y Amanda Tartabini, pág. 64.

LXXVIII ENCUENTRO DE INSTITUTOS DE DERECHO COMERCIAL DE LOS COLEGIOS DE ABOGADOS DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES.

Mar de Ajó, 30 de noviembre y 1 de diciembre de 2023.-

FINTECH Y CONCURSO PREVENTIVO.

Autor: Diego Alberto Rapoport. Instituto de Derecho Comercial “ Angel M. Mazzetti” del Colegio de Abogados de Lomas de Zamora.

“El presente trabajo pone en discusión la situación de las Fintech, frente a su estado de cesación de pagos y la posibilidad de acceder a la solución preventiva, como sujetos concursables”.

1. Introducción:

El llamado “ecosistema Fintech” es muy amplio y abarcativo de diversas empresas que se vinculan con la actividad financiera y tienen fundamentalmente como característica común el empleo de la tecnología para concertar las distintas operaciones relacionadas con el mundo financiero.

El término “Fintech” es simplemente una contracción de dos palabras en inglés; Financial Technology, es decir la tecnología aplicada a las finanzas, ya sea a través de plataformas en páginas web, aplicaciones (Apps) o diversos medios vinculados con la tecnología de la información y de las comunicaciones (Tics).-

Utilizar la palabra “Fintech” para unificar la caracterización de distintos sujetos que desarrollan una actividad empresarial en mencionado ámbito de las finanzas es como cuando nos referimos a las ONGs. Ambos términos no denotan una categoría legal en nuestro derecho, sino son un genérico que incluye a una variada cantidad de sujetos.

Por ello debemos analizar en el caso de las llamadas “Fintechs” cada una de las empresas que desarrollan esa actividad y que en algunos casos se encuentran reguladas por normas específicas y en otros supuestos, no.

Ello, más aún respecto de la cuestión que se abordará más adelante respecto del posible concursamiento o no de las “Fintechs”, por lo cual en tal sentido debemos considerar la cuestión a través de los distintos sujetos que son incluidos dentro de ese concepto, que como dijimos, per se no denotan connotación ni regulación legal genericamente hablando.

Como principales características podemos identificar la posibilidad de ofrecer todos sus productos de manera online y sencilla, evitando el desplazamiento de los usuarios; añadir valor a los productos y servicios tradicionales situando al cliente en el centro del negocio con una excelente experiencia de usuario; ofrecer servicios financieros especializados e innovadores con el apoyo de la tecnología, y, sobre todo, personalizados. Además se destacan por su rapidez, agilidad, eficiencia y reducción de costos respecto de servicios actuales; transparencia y desintermediación llegando a sectores sociales menos bancarizados¹, utilizándose comúnmente el nombre de inclusión financiera para describir tales acciones.

Tal como sostiene Barreira Delfino, la tecnología financiera viene dando posibilidades de acceso al crédito a sectores de la población que les resulta difícil acceder al financiamiento tradicional, simplificando los trámites y acelerando las decisiones de otorgamiento. En esta línea, las "fintech" evalúan la capacidad de pago de los solicitantes y elaboran perfiles de riesgo basados en datos y comportamientos de interesados; la tecnología permite utilizar datos alternativos y modelos de "scoring" más sofisticados, para delinear a los usuarios y llegar a diversos sectores de la población. Es por ello, que el sistema resulta muy favorable para las Pymes, principalmente cuando el financiamiento tradicional se restringe².

¹ Fintech en Argentina: Impacto y desafíos de su aplicación en la actualidad. DIRECTOR: Prof. Pablo David Majowka pablo.majowka@fce.uncu.edu.ar UNCUYO – FCE Mendoza - 2 0 2

² Barreira Delfino, Eduardo A., Desarrollo de la banca y del mercado de capitales RDCO 292, 01/11/2018, 419 Cita Online: AR/DOC/3473/2018

2. Clasificación y operatoria:

Como se anticipara en el punto anterior, el conjunto de empresas que conforman el universo fintech es múltiple y variado.

A continuación haremos una breve descripción de acuerdo a la actividad desarrollada por los distintos sujetos y que además se encuentran actualmente reguladas por normas específicas. Ello sin perjuicio, que a casi todas las entidades del ecosistema “Fintech”, le son aplicable: Ley 21.526, las normas consumeriles (Ley 24.240 y Arts. 1092 y ss.ss. del Código Civil y Comercial), Arts. 1378 y ss.ss. del Código Civil y Comercial, Ley 25.326, Leyes cambiarias y de lavado de dinero y Ley 25.065.

Podemos agruparlas tentativamente de la siguiente manera:

Financiamiento colectivo

Las empresas que la conforman buscan facilitar dinero o crédito a empresas y a individuos particulares, el cual es destinado a financiar un proyecto determinado.

b) Crowdfunding. Es una modalidad de financiamiento colectivo mediante el cual se obtienen los aportes o inversiones a través de una plataforma de financiamiento colectivo (PFC). De esta manera la PFC permite la puesta en contacto de manera profesional, y exclusivamente mediante portales web u otros medios análogos, a inversores con emprendedores, a fin de que estos últimos lleven adelante proyectos de financiamiento colectivo³. En nuestro país, la modalidad regulada por la Ley 27.349, es el llamado equity-based crowdfunding que supone la solicitud de fondos por parte de los emprendedores, mediante la publicación de su proyecto empresarial en la página web de la plataforma, y, a cambio de su aporte dinerario, los inversores reciben una participación en el capital del vehículo del emprendedor. Por lo general, la plataforma de crowdfunding revisa el proyecto a publicar, con el objeto de evaluar su idoneidad y rentabilidad. A partir de dicha evaluación, se seleccionan aquellos proyectos que se adecuen a los estándares previamente establecidos por la plataforma y/o la legislación aplicable. Las únicas formas de participación de los inversores en un proyecto deben ser a través de: (i) acciones de sociedades anónimas (SA) o sociedad por acciones simplificada (SAS); (ii) préstamos convertibles en acciones

³ Funes, María Victoria - Carro, Lucía. La regulación FinTech en Argentina. LA LEY 09/03/2020, 09/03/2020, 1. AR/DOC/571/2020

de una SA o SAS; y (iii) certificados de participación en un fideicomiso. Se destaca que los valores negociables emitidos por los emprendedores que requieran financiamiento por medio de las PFC quedan excluidos de los requisitos y exigencias del régimen de oferta pública que autoriza la Comisión Nacional de Valores, quien reglamentó la operatoria a través de la Resolución General N° 717-E/2017⁴.-

a) Crowdlending. Es similar a un préstamo tradicional y se lleva a cabo mediante una plataforma, en donde se ofrece al inversor el retorno de la cantidad invertida más el interés aplicado, pero sin intermediarios. Actualmente se encuentra regulada por la Comunicación A 7406 del 25/11/2021 que aprobó, con vigencia a partir del 3/1/22, el Texto Ordenado sobre “Proveedores de servicios de créditos entre particulares a través de plataformas”⁵

⁴ Funes, Maria Victoria, Ob. Cit.

⁵ Farinati, Eduardo N. *“Las fintech frente al derecho bancario y el sistema nacional de pagos. Un rompecabezas para armar”* DECONOMI. AÑO V – NÚMERO 15

. Posibilita invertir en pequeños negocios con personas humanas con proyectos particulares que necesitan financiarse; dependiendo del riesgo que se quiere asumir.

Proveedores de Servicios de pago

En esta categoría de Fintech, encontramos las llamadas Proveedores de Servicios de pago (en adelante PSP), específicamente aquellas que ofrecen cuentas de pago.

La regulación de las PSP, tuvo su punto de partida con las Comunicaciones A 6859 y A 6886 del BCRA. Antes de ellas el ente regulador adoptó una serie de medidas, entre las que podemos mencionar la Comunicación "A" 6212 del 31/03/2017 que fijó el máximo de las tasas de intercambio en un 2% para las tarjetas de crédito y en un 1% para las tarjetas de débito, ordenando llevar dichos máximos gradualmente hasta 1,3% y 0,6% para 2021. Asimismo, mediante la Comunicación "A" 6425, del 0/01/2018, el BCRA estableció un estándar para pagos a través de códigos de respuesta rápida (códigos QR), y mediante la Comunicación "A" 6510 del 15/05/2018 el BCRA creó la llamada "Clave Virtual Uniforme" (o "CVU"), todo ello en miras a permitir la interoperabilidad entre distintos negocios de pago⁶. La Comunicación A 6859 establece que ellos son "las personas jurídicas que, sin ser entidades financieras, cumplan al menos una función dentro de un esquema de pago minorista, en el marco global del sistema de pagos, tal como ofrecer cuentas de pago —cuentas de libre disponibilidad ofrecidas por un PSP a sus clientes para ordenar y/o recibir pagos. Los fondos de los clientes acreditados en cuentas de pago ofrecidas por Proveedores de Servicios de Pago (PSP) deberán encontrarse, en todo momento, disponibles —con carácter inmediato ante su requerimiento por parte del cliente— por un monto al menos equivalente al que fue acreditado en la cuenta de pago. A tal efecto, los sistemas implementados por el PSP deberán poder identificar e individualizar los fondos de cada cliente.

Es importante destacar, a los efectos en la forma que más adelante se circunscribe este trabajo, que la normativa en cuestión dispone que las PSP "para la realización de transacciones por cuenta propia (pago de proveedores, pago de sueldos, etc.), los PSP deberán

⁶ Mora, Santiago J., La regulación de los "proveedores de servicios de pago" por el Banco Central de la República Argentina. Comunicaciones "A" 6859 y "A" 6885 RDCO 301, 22/04/2020, 3 Cita Online: AR/DOC/743/2020

utilizar una cuenta a la vista 'operativa' (de libre disponibilidad) distinta a la cuenta donde se encuentren depositados los fondos de los clientes.

Claramente tanto la disponibilidad del 100% de los fondos, la inmediatez de su devolución y la separación o distinción dispuesta en la normativa del BCRA obedece a la necesidad de mantener separados los patrimonios, con el objetivo que ante un supuesto de quiebra de la PSP no se vean afectados los fondos depositados por los clientes.

Tácitamente el BCRA reconoce que las PSP pueden de esta manera recurrir a los mecanismos previstos en la Ley de Concursos y Quiebras, ante un eventual estado de cesación de pagos.

Las Comunicaciones mencionadas dispusieron la inscripción de las empresas proveedoras del servicio de billetera virtual o electrónica ante el registro llevado por la Superintendencia de Entidades Financieras y Cambiarias, no implicando ello una autorización para la intermediación financiera.

La Comunicación A 6886 complementaria de la anterior, dispuso, asimismo que la publicidad efectuada a través de cualquier medio y la documentación emitida por los PSP deberán incluir una mención clara y expresa a que: (i) se limitan a ofrecer servicios de pago y no se encuentran autorizados a operar como entidades financieras por el Banco Central; y (ii) los fondos depositados en cuentas de pago no constituyen depósitos en una entidad financiera, ni cuentan con ninguna de las garantías de que tales depósitos puedan gozar de acuerdo con la legislación y reglamentación aplicables en materia de depósitos en entidades financieras⁷.

Préstamos

Esta categoría resulta la más desarrollada y está formada por empresas que otorgan préstamos tanto de capital de trabajo como de consumo, por lo que sus ingresos provienen del interés que aplican.

A través de sus plataformas, el tomador del préstamo puede seleccionar el monto requerido y el plazo de devolución deseado, variables que son posteriormente validadas por la compañía. La tasa puede variar según decisión de negocio como aspecto diferenciador o

⁷ Funes Maria Victoria, ob. Cit.

adaptarse utilizando modelos de scoring más eficientes, lo que permite muchas veces una mejor segmentación de los clientes y para casos específicos, la aplicación de tasas personalizadas.⁸

Recordamos al respecto, que quienes efectúan los préstamos lo hacen con fondos propios o deben obtener los fondos a través de otros medios que no impliquen intermediación financiera.

El Banco Central de la República Argentina (BCRA) diferencia a las entidades que proveen crédito en dos grupos. El primero comprende a las entidades financieras, integrado por bancos y compañías financieras. El segundo abarca a las entidades no financieras y está compuesto por los “Proveedores no financieros de créditos” (PNFC), los “Fideicomisos financieros” y los “Proveedores de servicios de créditos entre particulares a través de plataformas”. Los PNFC se definen como aquellas personas jurídicas que, sin ser entidades financieras, realizan (como actividad principal o accesoria) oferta de crédito al público en general, otorgando de manera habitual financiaciones. A su vez, el BCRA diferencia a los PNFC en dos grupos, los “Otros proveedores no financieros de crédito” (OPNFC) y las “Empresas no financieras emisoras de tarjetas de crédito y/o compra” (ETC-NB). Mientras el registro de ETCNB comprende a aquellas emisoras de tarjetas de crédito no bancarias, el registro de OPNFC incluye a las empresas que otorgan los restantes tipos de financiaciones⁹.

En lo que al presente trabajo respecta, nos centraremos en los “otros proveedores no financieros de crédito” (OPNFC), definidas como todas aquellas personas jurídicas que, sin ser entidades financieras de conformidad con la Ley de Entidades Financieras, realicen – como actividad principal o accesoria– oferta de crédito al público en general, otorgando

⁸ DIRECTOR: Prof. Pablo David Majowka Fintech en Argentina, Ob. Cit.

⁹ BCRA, Informe de Proveedores No Financieros de Crédito, Junio 2023

de manera habitual financiaciones fuera de las empresas no financieras emisoras de tarjetas de crédito, “ya sea que la oferta de crédito la realicen de manera presencial y/o mediante medios electrónicos o remotos”.

La autoridad de aplicación dispuso, entre otras pautas, respecto de dichos entes:

Extender la aplicación de las disposiciones de la Ley de Entidades Financieras a los “Otros proveedores no financieros de crédito” alcanzados por las normas sobre “Proveedores no financieros de crédito”, con un alcance circunscripto a las financiaciones que otorguen en el marco de esas normas, al efecto del cumplimiento de las disposiciones de esta comunicación y demás reglamentaciones del Banco Central de la República Argentina (BCRA) que se establezcan como aplicables a ellos. 3. Disponer que la inscripción en el “Registro de otros proveedores no financieros de crédito” sea obligatoria para los otros proveedores no financieros de crédito y para las empresas no financieras emisoras de tarjetas de crédito y/o compra –por las financiaciones no incluidas en la Ley 25.065 de Tarjetas de Crédito–, en ambos casos, cuando hayan otorgado financiaciones alcanzadas por un importe superior a \$ 10 millones, reciban o no asistencia de entidades financieras, ya sea que la oferta de crédito la realicen de manera presencial y/o mediante medios electrónicos o remotos. 4. Establecer que los proveedores no financieros de crédito y los miembros de sus órganos de gobierno, administración y fiscalización estarán sujetos a la aplicación de las sanciones previstas en los artículos 41 y 42 de la Ley de Entidades Financieras y disposiciones concordantes por los incumplimientos que se constaten respecto de las normas que dicte el BCRA para regular su actividad. La inscripción en el “Registro de empresas no financieras emisoras de tarjetas de crédito y/o compra” y/o en el “Registro de otros proveedores no financieros de crédito” no implicará autorización para realizar operaciones de intermediación financiera, captación de recursos del público, realización de publicidad o uso de denominaciones reservadas a entidades autorizadas para ello, o que ofrezcan dudas acerca de su naturaleza, individualidad u objeto. 5. Aplicar a los otros proveedores no financieros de crédito alcanzados por las normas sobre “Proveedores no financieros de crédito” –incluyendo las empresas no financieras emisoras de tarjetas de crédito y/o compra por las financiaciones no incluidas en la Ley de Tarjetas de Crédito–, por las financiaciones que otorguen, las disposiciones de las Secciones 1. “Aspectos ge-

nerales”, 3. “Expresión de las tasas” y 4. “Publicidad” de las normas sobre “Tasas de interés en las operaciones de crédito”.¹⁰

El número de Proveedores No Financieros registrados en el BCRA alcanzó a marzo de 2023, a 456 empresas, ello según lo informado por dicha entidad en su página web¹¹.

Bancos

Toda vez que la amplitud del término “Fintech” que hace referencia al desarrollo de la actividad financiera mediante la utilización de la tecnología a través de portales, plataformas, páginas web o aplicaciones, perfectamente podría incluirse a los Bancos o demás sujetos incluidos en el Artículo 2 de la Ley 21.526 (Ley de Entidades Financieras, en adelante, la LEF), que llevan adelante la intermediación financiera prevista en el Art. 1º de la LEF.

Tal actividad podemos verla, no sólo a través de los bancos enteramente digitales como Openbank, Brubank, Wilobank, entre otros, que operan 100% online, sino también cuando la operatoria bancaria se canaliza a través de medios electrónicos tales como home banking o demás aplicaciones bancarias en PC’s o celulares.

3. Intermediación financiera. Otros supuestos de aplicación de la LEF.-

Recordamos que el Artículo 1º de la LEF, define como intermediación financiera a la intermediación habitual entre la oferta y la demanda de recursos financieros que realicen los sujetos comprendidos en la Ley.

La intermediación financiera, abarca también la captación del ahorro o fondos del público en general y en forma indeterminada, mediante publicidad dirigida a tales fines.

Para ello las entidades deben contar con la expresa autorización/habilitación de la Superintendencia de Entidades Financieras y Cambiarias del BCRA.

¹⁰ Comunicación A 7146

¹¹ <https://www.bcra.gob.ar/noticias/Informe-sobre-proveedores-no-financieros-credito-0623.asp#:~:text=El%20n%C3%BAmero%20de%20Proveedores%20No,respecto%20a%20agosto%20de%202022.>

Fuera del supuesto de intermediación financiera, la Ley de Entidades Financieras, en su art. 3º permite al BCRA aplicar esta norma a aquellas *“personas y entidades públicas y privadas no comprendidas expresamente en ella, cuando a juicio del Banco Central de la República Argentina lo aconsejen el volumen de sus operaciones y razones de política monetaria y crediticia”*.

Bajo esta última norma el BCRA reglamentó la actividad, requisitos y funcionamiento de varias “fintechs” tales como Proveedores de Servicios de Pago, Plataformas de Crowdfunding y Proveedores no financieros de crédito, a los cuales en función de la norma mencionada en el párrafo anterior se les extendió la aplicación de las previsiones de la LEF y entre otras exigencias la de inscribirse en un registro especial. Esto último no implica en modo alguno la autorización para la intermediación financiera, sino una registración a los fines de llevar adelante la actividad regulada por las distintas Comunicaciones A de las Fintechs antes mencionadas.

Con relación a los PSP justamente en las Comunicaciones que los reglamentan, determinan que la publicidad efectuada a través de cualquier medio y la documentación emitida por los PSP deberán incluir una mención clara y expresa a que: 1.- Se limitan a ofrecer servicios de pago y no se encuentran autorizados a operar como entidades financieras por el Banco Central; y 2.- Los fondos depositados en cuentas de pago no constituyen depósitos en una entidad financiera, ni cuentan con ninguna de las garantías de que tales depósitos puedan gozar de acuerdo con la legislación y reglamentación aplicables en materia de depósitos en entidades financieras.

4.- Del concursamiento de las “Fintechs”.-

En función de lo más arriba expuesto, no resulta posible plantear genéricamente que las “Fintechs” sean sujetos concursables, de conformidad con lo dispuesto por el Artículo 2º de la Ley 24.522.-

La cuestión radica o se vincula con la actividad que despliegan las “Fintechs”.

Si la Fintech es un banco y por lo tanto tiene por objeto la intermediación financiera en los términos del artículo 1º de la Ley 24.522, claramente no será un sujeto con-

cursable. Se aplica al caso el Artículo 50 de la LEF que dice: *“Las entidades financieras no podrán solicitar la formación de concurso preventivo ni su propia quiebra. No podrá decretarse la quiebra de las entidades financieras hasta tanto les sea revocada la autorización para funcionar por el BANCO CENTRAL DE LA REPUBLICA ARGENTINA. A partir de esa revocación regirá lo dispuesto en el artículo 52 de la presente ley. Cuando la quiebra sea pedida por circunstancias que la harían procedente según la legislación común, los jueces rechazarán de oficio el pedido y darán intervención al BANCO CENTRAL DE LA REPUBLICA ARGENTINA para que, si así correspondiere, se formalice la petición de quiebra. Si la resolución del BANCO CENTRAL DE LA REPUBLICA ARGENTINA que dispone la revocación de la autorización para funcionar, comprendiere la decisión de peticionar la quiebra de la ex entidad, dicho pedido deberá formalizarse inmediatamente ante el juez competente. Ante un pedido de quiebra formulado por el liquidador judicial el juez podrá dictarla sin más trámite, conforme lo establecido en el párrafo anterior o de considerarlo necesario, emplazar al deudor en los términos y plazos que la Ley de Concursos y Quiebras establece, para que invoque y pruebe cuanto estime conveniente a su derecho”*.

Con relación a las “Fintechs” que no se dedican a las intermediación, como por ejemplo los ya mencionados Proveedores de Servicios de Pago, Otros Proveedores No Financieros de Crédito, entre otros y a los cuales se les aplica la LEF en función del Artículo 3º de dicha norma, por decisión del BCRA, resultan en principio sujetos concursables, comprendidos en los Arts. 2 y 5 de la Ley 24.522.-

Recordamos, lo dispuesto en la Comunicación A 6859 del BCRA con relación a las PSP que para la realización de operaciones por cuenta propia (pago de proveedores, pago de sueldos, etc.), los PSP deberán utilizar una cuenta a la vista "operativa" (de libre disponibilidad) distinta a la cuenta donde se encuentren depositados los fondos de los clientes. Esto, para reducir el riesgo de insolvencia y aislar los fondos de los usuarios de los activos propios a fin de que los primeros no puedan ser embargados por los acreedores del PSP.¹²

¹² Funes Maria Victoria, ob. Cit.

Decimos, en principio que prima facie el sujeto puede ser concursable, entendiendo que tal posibilidad es la regla general (Arts. 17, 18 y 75 inc. 12) de la Constitución Nacional), pero que durante la tramitación del procedimiento concursal puede surgir que el sujeto realizara o encubriera actividades o supuestos de banca de hecho y en consecuencia de actividad bancaria ilícita.

5.- Las implicancias del caso WENANCE S.A., el concurso de otro proveedor no financiero de crédito.

WENANCE S.A. es una fintech, que actúa registrada frente al BCRA como “Otro proveedor no financiero de crédito”.

Es una plataforma que se dedica esencialmente a préstamos en forma on line y con un on boarding casi completamente digital.

La fintech en cuestión con fecha 7 de agosto del corriente año se presentó en Concurso Preventivo. Con fecha 14/08/2023, la jueza a cargo del Juzgado en lo Civil y Comercial N° 9 del Departamento Judicial de San Isidro, decidió rechazar la presentación en Concurso, con base en dos argumentos: 1.- Declararse incompetente en función del artículo 3° de la Ley 24.522, cuestión esta que no será objeto del presente trabajo y 2.- Por considerar que WENANCE S.A. lleva a cabo actividades que implican intermediación financiera, que debe ser autorizada por el BCRA. Luego de realizar un análisis de lo normativa aplicable tanto a los proveedores no financieros de crédito y a las entidades financieras, expresa la jueza en su sentencia: “...la sociedad Wenance S.A debe regirse por la Ley de Entidades Financieras. Ello así, toda vez que por el principio de "realidad económica", tramitar el concurso de una entidad que - en los hechos y parcialmente en la regulación - se equipara a una entidad financiera por medios legales distintos a los previstos para ellas resultaría perjudicial para sus acreedores y el público en general, y brindaría una "salida de emergencia" a quienes desearan incursionar en la actividad financiera sin someterse a sus exigencias”. Agrega la sentenciante que: “... corresponde enfrentar la situación verdadera si un medio jurídico es usado de un modo antijurídico para cubrir una realidad diversa. De hecho, la firma se presenta ante la sociedad como otorgante de créditos al sector privado, dificultando a los inversores la distinción respecto de si invierten en activos titulizados ("securitizados") por una entidad

financiera, o por una que - aunque se presenta al público como tal - no asume en plenitud sus obligaciones ante el regulador, como garante del orden público y la transparencia en el mercado de crédito bancario Prueba lo antedicho que, p.e., en el prospecto del Fideicomiso Financiero Wenance II se describe así: "Wenance S.A. (Wenance) es una sociedad anónima que opera desde 2002, se constituyó con el fin de resolver las necesidades de financiamiento para pequeñas y medianas empresas (pymes), para luego incorporar créditos personales a su cartera de productos. En 2008, Wenance lanzó su programa de microcréditos dirigido principalmente a emprendedores. En 2014, inició su transición hacia una compañía tecnológica y financiera al otorgar créditos 100% en línea mediante su plataforma digital". La descripción de la firma como "compañía financiera" induce a confusión al público, pues emplea la misma denominación que corresponde a aquellas entidades comprendidas en el Art. 24 de la Ley 21.526. La firma se presenta a sí misma como "compañía tecnológica y financiera" y su comportamiento y operaciones son los de una entidad financiera, induciendo a confusión al público...". La magistrada decide finalmente que: "calificando a WENANCE S:A como una entidad financiera, entiendo que se encuentra en juego la interpretación de una norma de naturaleza federal, la ley de entidades financieras 21.526 y sus modificatorias (art. 14, inc. 3° de la ley 48, Fallo Banco Buenos Aires Building Society S.A, CSJN), en tanto entiendo que el bien superior a proteger con la Ley de Entidades Financieras resulta de interés federal, por lo que encontrándose en juego, a mi juicio, la aplicación e interpretación de normas de carácter federal y la solución de la causa depende esencialmente de ello, resultando la competencia federal improrrogable, privativa y excluyente de los tribunales provinciales (arts. 116 de la Constitución Nacional y 2°, inc. 1°, de la ley 48 y Fallos: 328:68)". Por lo que finalmente la Jueza decide, también por este motivo declararse incompetente.

Conforme surge de los fallos tanto de primera instancia, como en de la Cámara (los cuales recomendamos su lectura completa), WENANCE S.A. expresa que como proveedora no financiera de créditos, a los fines de llevar a cabo su actividad y obtener los fondos propios para otorgar los préstamos requeridos por sus clientes, lo hace a través transferir los créditos a fideicomisos financieros tanto públicos como privados donde ella

resulta la fiduciante. El fideicomiso financiero, opera securitizando los créditos transferidos como medio de la fiduciante para fondearse.

Con fecha 11 de Septiembre del corriente año la Sala I de la Cámara en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de San Isidro, se pronunció sobre la procedencia del Concurso Preventivo. En tal sentido los magistrados de grado superior revocaron lo decidido por el a quo expresando, luego de un pormenorizado análisis de los hechos y el derecho que le fueron traídos a consideración: *"...El legislador nacional, al regular sobre los sujetos excluidos de la posibilidad de concursamiento no dejó librada a la discrecionalidad judicial el tema. Estableció quiénes pueden concursarse y quiénes no. A lo sumo, dejó abierta la posibilidad de excluir a personas reguladas en leyes especiales, que, obviamente, por disposición legislativa debe regularse. Y, sobre el particular, no puede entonces juzgarse, dogmáticamente como se hizo en el pronunciamiento en crisis, que, la Fintech "WENANCE S.A.", se halla excluida de la posibilidad de concursamiento, por asimilarse en la práctica -según el entender de la magistrada- a una entidad financiera. La exclusión debe ser legal, y, entonces, para así procederse debió acreditar la magistrada -y no lo hizo que "WENANCE S.A" estuviere encuadrada en algunas de las entidades previstas en el art. 2 de la LEF 21.526 y que tuviere autorización del Banco Central de la República Argentina para realizar por ende intermediación habitual entre la oferta y la demanda de recursos financieros (cf. art. 1º, Ley citada). Es decir, no hay elementos para afirmar que "WENANCE S.A." sea una entidad financiera autorizada como tal. De la consulta de la página web del BCRA (<https://www.bcra.gob.ar>) surge que dicha sociedad se halla inscripta como "Empresas no financieras emisoras de tarjetas de crédito o compra" y "Otros proveedores no financieros". Puntualmente, no se encuentra referenciada en ninguno de los grupos mencionados de la nómina de entidades financieras al ítem adas como existentes. Entonces, no habiéndose justificado en autos tales circunstancias, que permitirían excluir a la concursada de la solución preventiva, cabe concluir que la sociedad "WENANCE S.A." se encuentra autorizada por el ordenamiento argentino para solicitar su concurso preventivo, por ser un sujeto susceptible de concursamiento (cf. art. 2º primer párrafo de la ley 24.522), al tratarse de una persona jurídica de carácter privado (cf. art. 148 inc. 1º del CCyCN). En función de ello, el agravio direccionado a que se revoque la resolución apelada que había*

considerado lo contrario en los términos del art. 13 de la ley 24.522, debe prosperar, motivo por el cual, debe declararse que la sociedad "WENANCE S.A." es un sujeto susceptible de concurso preventivo (cf. arts. 2º primer párrafo de la LCQ citada), y, además, que la juez a-quo, a cargo del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial N° 9 de este departamento judicial, resulta competente también en razón de la materia para intervenir en estas actuaciones, pues aquel a está reservada a los jueces ordinarios -y no federales- y en este caso locales, con competencia comercial (cf. 3ª primer párrafo -su arg. y doct.- de la ley 24.522)...”

Cabe destacar que prestigiosos doctrinarios han expresado en sendos trabajos posturas críticas a la solución a la que arriba la Cámara Departamental sobre la procedencia del concurso preventivo.¹³

¹³MARTORELL ERNESTO EDUARDO_ “Wenance” o la fantasía de "reproducir panes y peces" ¿Se podrá cobrarle? <https://abogados.com.ar/wenance-o-la-fantasia-de-reproducir-panes-y-peces-se-podra-cobrarle/33493>, viernes 29 de Septiembre de 2023 y FAVIER DUBOIS El caso de la Fintech "Wenance". encuadramiento jurídico y protección de los ahorristas <https://abogados.com.ar/el-caso-de-la-fintech-wenance-encuadramiento-juridico-y-proteccion-de-los-ahorristas/33685r>, viernes 27 de Octubre de 2023.

6.- Conclusión:

Como consecuencia de lo antes expuesto entendemos que en principio, las “fintechs”, específicamente las que fueron objeto de análisis tales como los proveedores de servicios de pago y los otros proveedores no financieros de créditos resultan sujetos concursables, en los términos de los Artículos 2º y 5º de la Ley 24.522. No así claramente si la “fintech” se dedica a la intermediación financiera (arts. 1 y 2 de la Ley 21.526).

Entendemos que la regla general es la concursabilidad en sentido amplio del sujeto, en especial en caso de duda o zonas grises en la legislación, con lo cual prima facie la solución concursal debe viabilizarse, pero luego con el trámite del procedimiento, podrán surgir elementos propios de la primacía de la realidad económica que demuestren en el caso, que el sujeto esté excluido de la posibilidad, atento a la existencia de una intermediación financiera (Art. 2 y 5 Ley 24.522 y 50 y ss.ss. de la Ley 21.526).-

BIBLIOGRAFIA Y DOCUMENTOS DE CONSULTA:

- BARREIRA DELFINO, EDUARDO A., Desarrollo de la banca y del mercado de capitales RDCO 292, 01/11/2018, 419 Cita Online: AR/DOC/3473/2018.
- BCRA COMUNICACIONES “A” 6859, 6886 y 7146.
- BCRA, Informe de Proveedores No Financieros de Crédito, Junio 2023.
- CHOMCZYK, ANDRÉS, Reflexiones respecto de la regulación de la industria fintech a partir del dictado de las comunicaciones "A" 6859 y "A" 6885 sobre los proveedores de servicios de pago, LA LEY 19/02/2020, 19/02/2020, 5 - LA LEY2020-A, 852 - Enfoques 2020 (abril), 23/04/2020, 114 Cita Online: AR/DOC/206/2020.-
- FARINATI, EDUARDO N. ***“Las fintech frente al derecho bancario y el sistema nacional de pagos. Un rompecabezas para armar”*** DECONOMI. AÑO V – NÚMERO 15.
- FAVIER DUBOIS, EDUARDO, El caso de la Fintech "Wenance". encuadramiento jurídico y protección de los ahorristas <https://abogados.com.ar/el->

[caso-de-la-fintech-wenance-encuadramiento-juridico-y-proteccion-de-los-ahorristas/33685r](#), viernes 27 de Octubre de 2023.

- FUNES, MARÍA VICTORIA - CARRO, LUCÍA. La regulación FinTech en Argentina. LA LEY 09/03/2020, 09/03/2020, 1. AR/DOC/571/2020.
- LEVI, DANIEL Marco legal de las actividades "fintech" en la Argentina: RDCO 290, 9/06/2018, 593 Cita Online: AR/DOC/3139/2018.
- MAJOWKA PABLO DAVID, Director y otros/as, Fintech en Argentina: Impacto y desafíos de su aplicación en la actualidad. pablo.majowka@fce.uncu.edu.ar UNCUYO – FCE Mendoza - 2 0 2.
- MARTORELL, ERNESTO EDUARDO_ “Wenance” o la fantasía de "reproducir panes y peces" ¿Se podrá cobrarle? <https://abogados.com.ar/wenance-o-la-fantasia-de-reproducir-panes-y-peces-se-podra-cobrarle/33493>, viernes 29 de Septiembre de 2023 .
- MORA, SANTIAGO J., La regulación de los "proveedores de servicios de pago" por el Banco Central de la República Argentina. Comunicaciones "A" 6859 y "A" 6885 RDCO 301, 22/04/2020, 3 Cita Online: AR/DOC/743/2020.
- <https://www.bcra.gob.ar/noticias/Informe-sobre-proveedores-no-financieros-credito-0623.asp#:~:text=El%20n%C3%BAmero%20de%20Proveedores%20No,respecto%20a%20agosto%20de%202022>.
- WENANCE SA S/ CONCURSO PREVENTIVO(GRANDE) Expte. n° SI-26132-2023 San Isidro, 14 de agosto 2023.
- WENANCE SA S/CONCURSO PREVENTIVO (GRANDE) Tribunal: Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Isidro - Sala I Fecha: 11-09-2023 N° de Resolución: SI-26132-2023 Cita: IJ-IV-DCCCXLIX-194

Empresas Fintech. Aplicación de la Ley de Concursos y Quiebras o Ley de Entidades Financieras.

Autor: Axel Ivan Sanchez

T° XXVII F° 158 C.A.L.Z.

Miembro del Instituto de Derecho Comercial del Colegio de Abogados de
Lomas de Zamora

“Dr. Angel M. Mazzetti”

Ponencia: Las “Fintech” por la aplicación de la tecnología en sus procesos vinieron a transformar la industria financiera. Más allá de los enormes esfuerzos y los avances normativos realizados por las instituciones resulta imposible prever los nuevos escenarios posibles que plantean estas empresas innovadoras. Actualmente, Wenance S.A. es la primera empresa “Fintech” en presentarse en concurso preventivo, reviviendo viejos debates respecto de la aplicabilidad del concurso preventivo a las empresas dedicadas a la industria financiera. ¿Las “Fintech” son sujetos susceptibles de ser declarados en concurso preventivo o deben recurrir al proceso liquidatorio previsto en la Ley 21.526?

1. Nuevos Negocios Digitales

En la actualidad, la tecnología tiene un rol fundamental en la vida de las personas y la enorme cantidad de operaciones que pueden realizarse por medios electrónicos y digitales dio origen a muchas empresas dedicadas a la industria “Fintech”. “Fintech” es la conjunción de dos vocablos: finanzas y tecnología.

El término “FinTech” refiere a las innovaciones tecnológicas en servicios financieros que podrían dar lugar a nuevos modelos de negocios, aplicaciones, procesos o productos con un efecto asociado en los mercados financieros, en las instituciones financieras y en la provisión de servicios financieros.

Mediante la aplicación de tecnologías de la información y de la comunicación, estas compañías desarrollan productos y servicios bancarios optimizados a través de canales digitales. Estos dinamizan la innovación financiera, agilizando procesos, reduciendo costos y permitiendo llegar a nuevas personas usuarias otorgando una ventaja competitiva respecto de otras empresas dentro de su misma industria. De este modo, la digitalización está transformando el sistema financiero.

Así hoy, pueden realizarse pagos sin usar efectivo con una billeteras electrónicas, abrir una cuenta de forma remota validando la identidad mediante fotos tomadas en el momento, solicitar préstamos desde el teléfono celular, entre otros ejemplos.

2. Wenance S.A. y su complejo modelo de negocios:

Más allá de las innovaciones llevadas adelante por estas empresas y las ventajas competitivas que tiene su modelo de negocio, todo este mundo digital encuentra sus límites al enfrentar las mismas condiciones económicas que cualquier otra empresa dentro de la industria financiera.

En el año 2014 Wenance S.A. se colocó entre las empresas líderes del mercado en el otorgamiento de créditos personales en forma 100% on-line, junto con Afluenta y Moni, ofrece estos servicios a los usuarios por medio de las páginas de sus marcas Welp (www.welp.com.ar) y Mango (www.holamango.com), conforme surge de su sitio web (<https://wenance.com/nuestras-marcas/>).

Wenance, es una fintech dedicada al otorgamiento de préstamos personales con fondos propios. Sin embargo, la clave para el crecimiento de esta empresa estaba en el esquema de financiación, Wenance comenzó a securitizar su cartera de créditos y así obtener liquidez.

Una vez otorgados los préstamos, Wenance procedía a su cesión fiduciaria a diversos fideicomisos financieros, actuando la compañía como Fiduciante y Administradora de los Fideicomisos Financieros, ejerciendo asimismo la función de Agente de Cobro como parte de sus funciones de Administrador.

En contraprestación por tal cesión fiduciaria, el fiduciario correspondiente emitía a favor de Wenance valores de deuda fiduciarios (VDFs). Sobre estos

instrumentos se celebraba contratos de cesión con terceros inversores, a cambio de un precio pactado en pesos.

Finalmente, los pesos obtenidos producto de tales ventas de VDFs permitían a la Sociedad obtener la liquidez necesaria para otorgar nuevos préstamos a sus clientes.

De esta manera podemos observar que el rol de la empresa como cobrador de esos créditos tiene un carácter fundamental para su estructura de negocio.

El cambio de reglas jurídicas (retiro de los débitos en cuenta bancaria); el incremento de la mora como consecuencia de la situación económica del país; la inflación que genera que las tasas de interés no compensen la desvalorización de la moneda y; el costo de la operación llevaron a la empresa a una situación de estrés financiero que derivó en la presentación de su concurso preventivo.

3. Wenance S.A., la primera “Fintech” en presentarse en concurso preventivo:

El concurso preventivo de esta Fintech dedicada al otorgamiento de créditos personales en forma 100% on-line, tuvo su tratamiento ante el Juzgado Civil y Comercial 9 del Departamento Judicial de San Isidro a cargo de la jueza Dra. Paladin Gabriela Antonia.

En el primer despacho, se rechazó la competencia para entender en estas presentaciones en razón de territorio y materia.

Respecto a la competencia territorial, se entendió que el domicilio de “Wenance S.A.” se encontraba en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y conforme lo establecido en el art. 3 inc 3 de la ley 24.522, en el caso de concurso de personas de existencia ideal de carácter privado regularmente constituidas entiende el juez del lugar del domicilio.

Por último, rechaza la competencia en razón de la materia al calificar a Wenance S.A. como una entidad financiera a la que deberán aplicarse las disposiciones establecidas en la Ley de Entidades Financieras 21.526 que prevé un marco de fiscalización, regulación y liquidación especial y distintiva de las Entidades Financieras. Señala que esto excede el marco del derecho

común, al constituir el esquema regulatorio del sistema financiero y de la economía nacional, determinando la competencia del fuero federal.

Sostiene que por el principio de "realidad económica", tramitar el concurso de una entidad que - en los hechos y parcialmente en la regulación - se equipara a una entidad financiera por medios legales distintos a los previstos para ellas resultaría perjudicial para sus acreedores y el público en general, y brindaría una "salida de emergencia" a quienes desearan incursionar en la actividad financiera sin someterse a sus exigencias.

Afirma que la complejidad, especificidad y experticia requeridas para abordar y resolver adecuada y equitativamente el acogimiento a la protección dispensada por la Ley 24.522 para la reorganización de los negocios lleva a que no resulte por las razones antedichas, de aplicación lo dispuesto en el último párrafo del Art. 2 de la misma y sí lo previsto al efecto en los Art. 50 y ss. de la Ley 21.526 , en razón de resultar equivalente - en los hechos y a estos efectos - la inscripción en el registro previsto en la normativa vigente en la Superintendencia de Entidades Financieras y Cambiarias (SEFyC) del Banco Central de la República Argentina (BCRA) al otorgamiento de la autorización para funcionar que reciben las entidades financieras.

Es dable destacar que la inscripción de Wenance S.A. como Proveedor no financieros de crédito no implica autorización para realizar operaciones de intermediación financiera, captación de recursos del público, realización de publicidad o uso de denominaciones reservadas a entidades autorizadas para ello, o que ofrezcan dudas acerca de su naturaleza, individualidad u objeto y que la empresa se dedica al otorgamiento de créditos personales con capital propio sin realizar intermediación financiera.

4. ¿Sujeto concursable o excluido por la Ley 21.526?

El rechazo de la apertura del concurso fue apelado y en la Sala II de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de San Isidro, la Dra. María Fernanda Nuevo y el Dr. Jorge Luis Zunino resolvieron la cuestión.

En relación a la competencia territorial se manifestó que el domicilio social de “WENANCE S.A.” se halla ubicado, al momento de la presentación en concurso de fecha 07/08/23, en el Departamento Judicial de San Isidro, en la sede de la localidad de Vicente López, y que no se ha probado que aquella radicación -por cambio aprobado a principios de 2021 y concluido registralmente ante DPPJ a finales de 2022- fuere ficticia, por lo que resulta competente para intervenir, en razón de territorio la juez a-quo, a cargo del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial N° 9 de San Isidro.

Respecto a la consideración de sujeto concursable o no de la firma “WENANCE S.A.” y la competencia en razón de la materia, sostiene que no puede entonces juzgarse dogmáticamente que la Fintech “WENANCE S.A.”, se halle excluida de la posibilidad de concursamiento, por asimilarse en la práctica a una entidad financiera.

La exclusión como sujeto concursable, sólo puede alcanzar a las entidades a las que menciona el art. 2º de la LEF citada y sostiene que el legislador nacional, al regular sobre los sujetos excluidos de la posibilidad de concursamiento no dejó librada a la discrecionalidad judicial el tema. Estableció quiénes pueden concursarse y quiénes no. A lo sumo, dejó abierta la posibilidad de excluir a personas reguladas en leyes especiales, que, obviamente, por disposición legislativa debe regularse.

Resuelven que la exclusión debe ser legal, y, entonces, para así procederse debió acreditarse que “WENANCE S.A” estuviere encuadrada en algunas de las entidades previstas en el art. 2 de la LEF 21.526 y que tuviere autorización del Banco Central de la República Argentina para realizar por ende intermediación habitual entre la oferta y la demanda recursos financieros.

La sociedad se halla inscripta como "Empresas no financieras emisoras de tarjetas de crédito o compra" y "Otros proveedores no financieros" pero no se encuentra referenciada en ninguno de los grupos mencionados de la nómina de entidades financieras detalladas en el BCRA como existentes.

Concluye que la sociedad “WENANCE S.A.” se encuentra autorizada por el ordenamiento argentino para solicitar su concurso preventivo, por ser un sujeto susceptible de concursamiento (cf. art. 2º primer párrafo de la ley 24.522), al

tratarse de una persona jurídica de carácter privado (cf. art. 148 inc. 1º del CCyCN)

Más allá de lo dispuesto por la Sala II de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de San Isidro, devueltos los autos al Juzgado Civil y Comercial 9 del Departamento Judicial de San Isidro se rechazó nuevamente la apertura del concurso preventivo fundado en el incumplimiento de lo previsto en el art. 11 de la Ley de Concursos y Quiebras

5. Conclusión:

El expediente traído a análisis es actual y novedoso, es por ello que resulta de gran interés para los colegas dedicados al Derecho Comercial.

Considero que no puede asimilarse a Wenance S.A. a una entidad financiera solo por la inscripción de la empresa como Proveedor no financiero de Crédito. La propia normativa del BCRA define este concepto como aquellas personas jurídicas que, sin ser entidades financieras de conformidad con la Ley de Entidades Financieras, realicen—como actividad principal o accesoria— oferta de crédito al público en general.

La Superintendencia de Entidades Financieras y Cambiarias (SEFyC) cuenta con dos registros, el Registro de empresas no financieras emisoras de tarjetas de crédito y/o compra y el Registro de otros proveedores no financieros de crédito. En la comunicación realizada por el Banco Central de la República Argentina señala que la inscripción no implica autorización para realizar operaciones de intermediación financiera, captación de recursos del público, realización de publicidad o uso de denominaciones reservadas a entidades autorizadas para ello, o que ofrezcan dudas acerca de su naturaleza, individualidad u objeto. Es por ello que al no contar con autorización para realizar operaciones de intermediación financiera, estas empresas no pueden acceder a las soluciones propuestas por el art. 50 de la Ley 21.526.

El Dr. Eduardo Favier Dubois, ha publicado “El caso de la Fintech "Wenance". Encuadramiento jurídico y protección de los ahorristas”, en donde señala que la invitación a terceros para comprarle a “Wenance” los títulos de deuda del fideicomiso se hacía en forma profesional por, al menos, una empresa

organizada a tal fin controlada por “Wenance” (Arrayanes Capital S.A. “Big capital”) y se dirigía por parte de sus empleados, boca a boca, a terceros. En consecuencia, al ser una invitación dirigida a personas indeterminadas, configuraría una situación de habitualidad en la oferta y demanda de servicios financieros al público, lo que encuadraría en el art. 1° de la Ley de Entidades Financieras.

Respecto al caso propone posibles soluciones. Señala la necesaria la intervención de los Organismos que deben custodiar el interés público en la materia. Así, el BCRA, por vía de Superintendencia, podría investigar y, en su caso, disponer el cese de las actividades de “Wenance” y la liquidación del patrimonio (art. 38 LEF).

Por su parte, la Inspección General de Justicia, como autoridad registral de los fideicomisos inscriptos en su registro, podría convocar a la asamblea de tenedores para evaluar la conducta del fiduciario, declarar la ineficacia administrativa de los fideicomisos y/o pedir su nulidad judicial.

Finalmente, señala que los inversores afectados deben considerarse consumidores financieros y deben gozar de todas las acciones legales tendientes a la reparación de los daños de los incumplimientos.

Por mi parte, comparto el criterio de la Sala II de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de San Isidro el cual reconoce que Wenance S.A. se encuentra dentro de los sujetos comprendidos por el art. 2. Los sujetos excluidos del proceso concursal se encuentran determinados por la ley 24.522 o en su caso mediante las leyes especiales. Esta excepción es determinada por el legislador y no puede quedar al arbitrio judicial, todos los cuestionamientos se resuelven con la misma ley y el principio amplio que la rige respecto del presupuesto subjetivo del concurso preventivo.

Por último, teniendo en cuenta la complejidad del caso, la intervención del juez natural en el marco de un proceso concursal resulta la única alternativa para atender esta situación y terminar con el estado de incertidumbre de los acreedores a los fines de garantizar la tutela efectiva de sus derechos.

AUTOR: Sebastián Scoccia

COLEGIO: Bahía Blanca

COMISIÓN: Temas actuales del Derecho Comercial

TEMA: Responsabilidad del Fiduciario y alternativas de los Fiduciantes. Nuevamente sobre la falencia en solicitar la rendición de cuentas.

SUMARIO: Recientemente, la Sala II de la Cámara Civil y Comercial de Bahía Blanca, falló sobre la responsabilidad del Fiduciario en un emprendimiento constructivo. Impuso sanciones contra el patrimonio personal del Administrador. Entendemos que el Tribunal tiene conceptos erróneos en el funcionamiento de la figura.

Los hechos. Se trata de un emprendimiento constructivo en la ciudad de Tres Arroyos, en los cuales los departamentos que recibieron los beneficiarios, no respetaban las calidades constructivas que se habían fijado en el contrato. Había falencias en la calidad y mucho material faltante u otro de mucha menor calidad. Fue encontrado el Fiduciario responsable de tales deficiencias.

Trataremos por separado las cuestiones que se quieren tratar en el presente. Dejamos de lado otra cuestión que se trató en el fallo respecto al valor de la multa impuesta porque sería una discusión del quantum que no tiene sentido tratarla en el presente.

1) Deficiencias de obra.

En este aspecto, la responsabilidad imputada al administrador radica en no haber controlado lo suficiente lo realizado por la empresa constructora.

Aún en el caso que la mentada empresa haya sido contratada por los Fiduciantes o hubiera sido contratada antes que el Fiduciario comenzara a ejercer su cargo, la obligación de vigilancia pesa sobre el administrador. Aunque el mismo no sea profesional del área, supuestamente debe tener la capacidad para controlar o el personal para hacerlo. O si no posee ninguno de dichos atributos debería exculparse de dicha carga por vía del contrato y ejercer dicho control los Fiduciantes de otra manera.

Una discusión aparte sería si el Fiduciario puede contractualmente eximirse de este tipo de responsabilidades. Anticipamos nuestro criterio que podría. Pero será materia de otra ponencia.

2) Disminución del valor recibido por el Beneficiario (departamento)

La otra cuestión que se discute en el fallo, es la reducción del valor de la unidad funcional que recibieron los Beneficiarios, producto de utilizar materiales de inferior calidad a la establecida o de faltantes de materiales o elementos que habían sido estipulados en el convenio de adhesión.

Ante esta circunstancia, la Cámara resolvió hacer responsable de la disminución del valor de esos departamentos, al Fiduciario. Era una suma muy importante.

En este caso, no estamos de acuerdo con lo resuelto. Si bien existe responsabilidad del Administrador por la merma en la calidad del edificio, no es menos cierto que de haber buscado una terminación superior -premiun como dicen los actores-, ese dinero tendría que haber salido del bolsillo de los mismos Fiduciantes -hoy actores-. Y dicho dinero, obviamente no les fue solicitado. Esto se deduce porque no se infiere del fallo ningún reclamo en el sentido de haber recibido dinero el Administrador y no haberlo afectado a la obra. Además, en ese caso estaríamos ante un delito penal que no es lo que aconteció aquí.

En consecuencia, de cumplir la condena por parte del Fiduciario, los Fiduciantes se verían beneficiados ya que obtendrían un beneficio -departamento- con unas terminaciones por las cuales no pagaron. Porque esa diferencia la estaría poniendo el Fiduciario. Esto marcaría un enriquecimiento sin causa para con los Fiduciantes.

Lo correcto, ante esta actuación del Administrador que no requirió el dinero y que como consecuencia de ello no colocó las terminaciones que se habían dispuesto contractualmente, es que se le haga responsable por la diferencia entre valor de venta y costo de la unidad funcional con las terminaciones actuales, versus misma diferencia de valor de la unidad funcional con las terminaciones prometidas y no realizadas. Es decir, si con la conformación actual tuvo un costo de \$ 1.000.000 y valor de venta \$ 1.200.000, obteniendo una ganancia de \$ 200.000; y por otro lado, si con las terminaciones prometidas y no completadas hubiera tenido un costo de \$ 1.300.000, y su valor de venta hubiera sido \$ 1.600.000, la ganancia eventual hubiera sido de \$ 300.000. La diferencia entonces de entre ambas ganancias, sería de \$ 100.000 (\$ 300.000 - \$ 200.000). Este es el monto testigo por el cual el Fiduciario debería responder. No erróneamente por todo el valor de las terminaciones no completadas.

3) Alternativas para los Fiduciantes

Entendemos que los Fiduciantes, si bien tenían derecho al reclamo realizado, tendrían que haber tomado otro tipo de medidas. La primera es la rendición de cuentas que por ley, debe realizarse por lo menos una vez al año.

¿No fue solicitada la misma? ¿O la misma obvió información? Como sea, no se menciona nada de ello en el fallo. Esta facultad de los Fiduciantes rara vez es ejercida.

Entonces nos preguntamos: ¿era necesario llegar al final del emprendimiento para verificar la mala actuación del Administrador? ¿No hay también un cierto consentimiento a su actividad al no hacer ningún reclamo previo?

Para definir qué entendemos por rendición de cuentas, recordemos lo expuesto por la justicia civil que se aplica perfectamente al ámbito comercial: “no basta para cumplir con la responsabilidad de rendir cuentas, poner a disposición de la asamblea o de la nueva administración los libros del consorcio. Es necesario un acto positivo consistente en un informe documentado, amplio, claro y preciso, suscripto por el administrador. En él deben detallarse con meridiana exactitud el flujo de ingresos y egresos y el eventual saldo resultante; todo ello debidamente avalado por la documentación pertinente” (CNCiv, Sala J, 5/10/2009, “Consortio de Propietarios Avda. Coronel Díaz 1489/97 c. Administración Aníbal Azulay S.R.L.”, LL 2010-B, pag. 159)

La doctrina civilista por medio de Gabás sostiene que toda rendición se compone de 3 fases, o si se quiere, dos fases, la primera de ellas desdoblada: a) información, b) demostración o acreditación y c) entrega. La primera, como su nombre indica, es donde el administrador informa detalladamente cuál ha sido su gestión, no sólo contable; realiza la memoria descriptiva, qué se hizo y qué no; detalla de manera pormenorizada el manejo de los ingresos y egresos; y por supuesto determina el resultado. De ello emergerá un saldo a favor o en contra del administrador respecto de su mandante. La demostración es la comprobación documental de lo informado, el respaldo instrumental con el que se acredita la verdad de los dichos. Y la tercera fase es la de entrega de todo aquello recibido en ocasión o con motivo del mandato, por parte del mandante; es decir la devolución de o entregado por el mandante por el ejercicio del mandato. Las cuentas deben ser comunicadas en forma fiel y documentada, debiendo resultar transparente tanto el resultado económico de la gestión, como la calidad de acreedor o deudor del administrado, y particularmente claras, de fácil interpretación para todos los interesados, con el objeto de lograr la visión más certera posible de la situación del ente. Sus resultados deben ser inteligibles para expertos y profanos en la materia. (conf. Gabás,

Alberto A., "La aprobación de las cuentas rendidas por el administrador del consorcio, como condición de viabilidad de cobro del saldo resultante", LA LEY, 2006-A, 767).

La rendición de cuentas del fiduciario debe ser tal que permita dar a conocer los procedimientos y resultados de la gestión. Máxime cuando nos encontramos ante fideicomisos ordinarios donde el común de los fiduciantes o beneficiarios son personas ajenas a la profesionalidad de las entidades financieras o las sociedades que se nutren de calificados profesionales.

Conclusión

En primera medida, preocupa la solución de la Cámara bahiense por no entender debidamente la función y responsabilidades del Fiduciario.

La segunda cuestión a analizar es la actitud de los Fiduciantes. ¿Es lógico esperar al final del emprendimiento para analizar la actividad del Fiduciario? Cuando si hubieran ejercido su derecho a la rendición de cuentas podrían haber previsto la situación e incluso excluir al mismo Fiduciario de sus funciones.

Está claro que una cuestión no impide la otra. La responsabilidad del Administrador por sus errores debe reclamarse. Pero también nos preguntamos si la negligencia de los Fiduciantes al no exigir la rendición de cuentas -que quizás alguien podría entender una convalidación conforme los artículos 862 y 863 CCCN y ss- no podría generar consentimiento a la actividad fiduciaria en contra de ellos mismos.

ARTÍCULO 862.- Aprobación. La rendición de cuentas puede ser aprobada expresa o tácitamente. Hay aprobación tácita si no es observada en el plazo convenido o dispuesto por la ley o, en su defecto, en el de treinta días de presentadas en debida norma. Sin embargo, puede ser observada por errores de cálculo o de registración dentro del plazo de caducidad de un año de recibida.

ARTÍCULO 863.- Relaciones de ejecución continuada. En relaciones de ejecución continuada si la rendición de cuentas del último período es aprobada, se presume que también lo fueron las rendiciones correspondientes a los periodos anteriores.

Nada de esto menciona el fallo -tampoco se usó como argumento del demandado-. Pero es crucial para este tipo de contratos, cómo se ejercita la mentada rendición de cuentas. Es tan importante que es una de las pocas cosas que las partes no puede disponer. Sin embargo, nada se dijo al respecto. Es un tema sobre el que deberemos profundizar y mucho en este tipo de contratos.

AUTOR: Sebastián Scoccia

COLEGIO: Bahía Blanca

COMISIÓN: Temas actuales del Derecho Comercial. Consumidor

TEMA: Nuevamente sobre la posibilidad que las personas jurídicas sean consumidoras. De la desigualdad de posiciones ante las entidades financieras.

SUMARIO: A raíz de dos fallos de Bahía Blanca, uno de la Cámara Federal y otro de la Cámara Civil y Comercial provincial, ambos opuestos ante situaciones prácticamente similares, es que queremos traer nuevamente a colación la posibilidad que una persona jurídica sea consumidora o no en sus contratos bancarios.

I. Introducción.

En el estado actual de las cosas está fuera de toda discusión que las personas jurídicas pueden revestir la calidad de consumidor, encontrándose total o parcialmente amparadas por el bagaje de protecciones previstas en la normativa consumeril. De hecho la normativa dispone quién es consumidor por el objeto y no por el sujeto.

En tal sentido doctrinarios de la materia enseñan que “Se puede admitir el carácter de usuario o consumidor de la persona jurídica, cuando pese a que los bienes o servicios son adquiridos dentro del ámbito de la actividad de la empresa, ellos no se relacionan ni directa ni indirectamente con el objeto propio de aquella.” (Farina Juan, “Defensa del consumidor y del usuario”, Ed. Astrea, 3ra. Edición actualizada y ampliada, Bs.As., 2004)

Por su parte, el actual ministro de la CSJN, Ricardo Lorenzetti, había esbozado (en “Consumidores”, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2003), como una de las categorías de relaciones jurídicas que merecen protección de la LDC, aquella en la que, atendiendo a un criterio objetivo, tenga por destino principal el consumo o uso personal. Es decir que, respecto de determinado bien o servicio, si se usa tanto en el ámbito empresarial como para uso personal, pero mayormente en éste último, esa relación queda bajo la tutela del consumidor. Así por ejemplo podemos citar el caso del vehículo que se utiliza para fines personales y esporádicamente en alguna actividad inserta en el ámbito empresarial. Otro caso, sería el que traemos a consideración, una cuenta corriente bancaria que se destina para uso personal, y en algunos casos con fines comerciales.

La jurisprudencia ha reconocido además del destino que se le otorgue al bien o servicio de que se trate, que habrá protección de la LDC toda vez que, en razón de la magnitud o profesionalización del proveedor del bien o servicio respecto del consumidor o usuario, exista una evidente desproporción en desmedro de éste último, pudiendo considerársele la parte débil del contrato y, por ende, merecedor de la tutela del consumidor. Huelga aclarar que existe un evidente desequilibrio estructural entre cualquier PyME y una entidad financiera.

Jurisprudencialmente se ha dispuesto que del hecho que una persona -física o jurídica- ejerza el comercio no se desprende que esté en pie de igualdad con la empresa prestataria: “En determinadas circunstancias un comerciante, sea persona física o jurídica, puede presentar la misma hiposuficiencia económica, jurídica, técnica o informativa que un consumidor; asimetría que se manifiesta a su vez en la falta de dominio de la prestación característica del contrato.” Cám. Apelac. Azul 65332 S 24/06/2021 Juez PERALTA REYES (SD) Carátula: "(C) GALLO FABIÁN CÉSAR C/ COOPELECTRIC SERVICIO DE ENERGÍA ELÉCTRICA S/ DAÑOS Y PERJ. INCUMP. CONTRACTUAL (EXC. ESTADO)"

Este desequilibrio es aún más manifiesto cuando se trata de entidades financieras o aseguradoras, ámbito en el cual la extrema regulación les obliga más que a cualquier otra, extremar las medidas de seguridad respecto de su clientela.

La Excma. Cámara de apelaciones de Bahía Blanca ha establecido que: "*Si bien desde el punto de vista conceptual son consumidores también las personas jurídicas, es cuestión distinta resolver si estas requieren una protección especial, conferida por un sistema jurídico específico; al respecto, parece incuestionable una respuesta negativa, pues la protección acentuada que se otorga al consumidor, se sustenta en la carencia de suficiente discernimiento y perspicacia en cuestiones económicas y jurídicas; y ello no ocurre, como regla, con las personas jurídicas, que presuponen un conocimiento y experiencia en el mercado, asistencia técnica, etc. (conf. Stiglitz, G., "Interpretación del Contrato por Adhesión entre Empresas -el espíritu del Derecho del Consumidor está ligado a la defensa de las personas físicas-, ll 1995-c-18)". No toda persona jurídica debe ser considerada consumidora, sólo lo será en la medida en que pueda ser calificada como destinataria final del bien y siempre que exista un desequilibrio estructural entre las partes. Siguiendo a Álvarez Larrondo podemos decir que ello es viable sólo si se dan los siguientes requisitos: a) la debilidad estructural concebida en términos de profesionalidad, es decir, idoneidad técnica; b) que la adquisición o la utilización del bien o del servicio constituya un valor de uso, es decir que no se incorpore directamente a la cadena de producción; y c) la relación de dimensionamiento empresario entre proveedor y adquirente o usuario, de manera tal que permita predicar el desequilibrio que justifica la tutela del plexo consumeril (Álvarez Larrondo, Federico, "El impacto procesal y de fondo de la nueva ley 26.361 en el Derecho del Consumo", en Suplemento Especial, Reforma de la ley de defensa del consumidor, LL 01/01/08, p. 25). " (C. Civil y Com. de B. Bca. Sala II, Expediente Nro.*

150622, Gralumar Garcia Srl c/ Bustos Norma y Panamer Sa s/ Vicios Redhibitorios, 25/04/2019, Libro de Sentencias Nro. 1)

II. Fallo AGROASA S.A. C/ BANCO BBVA ARGENTINA S.A. S/ MEDIDAS CAUTELARES, CCiv y Com B. Blanca, Sala I, 8/6/23

a) Opinión de la minoría a favor de empresa consumidora (Dr. Restivo)

Corresponde también señalar que el art. 2º de la Ley 26.361 suprimió la exigencia que contenía la norma de idéntica numeración de la ley 24.240, atinente a la exclusión de la noción de consumidor a quienes consumían bienes y servicios para integrarlos a procesos productivos; modificación ésta de trascendente importancia pues la norma amplió el concepto del sujeto merecedor de la tutela legal. Esa modificación permite interpretar que aquéllos que adquieran un bien o servicio en su carácter de comerciantes o empresarios quedarán igualmente protegidos por esta ley siempre que el bien o servicio no sea incorporado de manera directa a la cadena de producción. De tal forma, las personas jurídicas y los comerciantes ven ahora ampliado el campo de supuestos en el que podrán revestir el carácter de consumidores y, en consecuencia, bregar por la protección de la ley (CNCom, Sala F, "Tassone, Sergio Ricardo c/ Agroservicios Chacabuco S.A." , 24.2.11; v. Álvarez Larrondo, en "El impacto procesal y de fondo de la nueva ley 26.361 en el Derecho del Consumo"; también Ariza, en "Más que una reforma. Desplazamientos del Derecho del Consumidor en el Derecho Privado", ambos en "Suplemento Especial Reforma de la ley de defensa del consumidor", LL., 1.1.08, págs. 25 y 49, respectivamente). La modificación legislativa referenciada me parece marcar un camino hermenéutico claro: la adquisición de un bien o servicio aplicado a la gestión empresarial, no descarta la existencia de un acto de consumo y, por lo tanto, la presencia de un consumidor, en tanto aquellos no sean reinsertados en el mercado. En definitiva, resulta obvio que las personas jurídicas pueden ser calificadas como consumidores, pero para que tal calidad pueda ser otorgada en los hechos, se requiere que haya adquirido o utilizado esos bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio. Claramente, resulta más sencillo identificar el uso personal o doméstico del bien o servicio en una persona física; mientras que para determinarlo en la persona jurídica es necesario conocer previamente su giro comercial o profesional para luego definir si la prestación tuvo por destino final a la empresa y si fue incorporado a su giro comercial o profesional, o a una función ajena a su objeto

En definitiva, y ciñéndonos al caso de las personas jurídicas, el acto podría ser interpretado como de consumo cuando los bienes o los servicios adquiridos no se relacionen de manera específica con el ciclo productivo o, dicho de otro modo, con su particular competencia profesional, lo que supone que su obrar sea fuera de su objeto social o giro comercial específico (Carlos A Hernández, "La noción de consumidor y su proyección sobre la legitimación para accionar", en Consumidores, Revista de Derecho Privado y Comunitario, 2009-I, ed. Rubinzal Culzoni, pág.: 268/9; Ariel Ariza, en "Más que una reforma. Desplazamientos del Derecho del Consumidor en el Derecho Privado", Suplemento Especial Reforma de la ley de defensa del consumidor, LL., 1/1/2008, pág. 49).

Es evidente que el acceso al sistema financiero es necesario para cualquier persona -humana o jurídica-, que quiera realizar una actividad comercial. Sin embargo, eso no implica que el uso de las cuentas bancarias resulte integrado al giro comercial de la empre-

sa o aplicado al proceso de producción o comercialización, en el caso, venta de insumos y servicios al sector agrícola ganadero. Reseñando lo expuesto, y a fin de determinar si la relación jurídica en estudio resulta atrapada por la legislación consumeril, resulta dirimente distinguir entre los bienes adquiridos con ánimo de ser comercializados -ya sea, revendiéndolo en la misma forma en que se los obtuvo o transformados en otros productos diferentes- de aquéllos otros que "abonen el capital de trabajo", resultando el propio empresario el único destinatario de ellos, siendo tal el caso traído a nuestra consideración. Es que claramente Agroasa SA, si bien utiliza la cuenta corriente bancaria para su operatoria, lo hace como destinataria final de ese servicio financiero. Por el solo hecho de que a través de ella canalice alguna de sus gestiones comerciales, no corresponde sustraerla del régimen tuitivo regulado por la ley 24.240. Resalto que la actora accedió al sistema a fin de utilizar la cuenta bancaria para su propia gestión, convirtiéndose así en consumidora final de ese servicio (art. 1, 2, 3 y ccdtes. ley 24240) -ver Diego Martín Parducci, "Contratos bancarios con consumidores y usuarios", Sup. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Contratos en particular 2015 (abril), 21/04/2015, pág.: 241 - AR/DOC/1127/2015).

b) Opinión de la mayoría en contra de empresa consumidora (Dres. Kalemkeriam y Peralta Mariscal)

No comparto el criterio sostenido por el distinguido colega que abrió la votación. A diferencia del derecho europeo, nuestra legislación, como la de otros países latinoamericanos, consiente que las personas jurídicas puedan ser consideradas consumidores (art. 1 de la ley 24.240). La solución legal, que es comprensible cuando se trata, por ejemplo, de una entidad sin fines de lucro, o incluso de algunas asociaciones que adopten la forma de sociedad, como admite el régimen societario (v. art. 3 ley 19.550), se muestra menos clara cuando se trata de una sociedad comercial, caracterizada como una organización de dos o más personas, que adopta un tipo de los previstos a los efectos de "producir e intercambiar bienes y servicios" (art. 1 LS)

El argumento que suele ofrecerse no me convence. Según alguna doctrina, pueden ser tratadas como consumidoras, con todas las consecuencias que ello implica, siempre que actúen fuera de su actividad profesional, es decir, alejadas de su objeto social o giro comercial específico (conf. HERNANDEZ, Carlos A., "La noción de consumidor y su protección sobre la legitimación para accionar", Revista de Derecho Privado y Comunitario, año 2009, No 1, p. 257), razonamiento que encuentro difícil de compatibilizar con el modo en que la ley ha organizado el mecanismo de imputación de los actos sociales y el marco de competencia atribuido a los representantes de la personal moral. El objeto social, que a tenor del artículo 11, inc. 3 de la LSC debe ser "preciso y determinado", está constituido por los actos o categorías de actos que por el contrato constitutivo podrá realizar la sociedad para lograr su fin, mediante su ejercicio o actividad (HALPERÍN, Isaac, en HALPERÍN, Isaac y BUTTY, Enrique M., "Curso de derecho comercial", 4ta Edición, Depalma, Buenos Aires, 2000, V. I, p. 280)

Superada la idea del "ultra vires", que consideraba encorsetada la capacidad de derecho al objeto social, comparto la idea más moderna de que la función jurídica inmediata del objeto societario es fijar los límites dentro de los cuales deben desenvolverse los órganos societarios (art. 58 LS). Si bien no constituye el límite de la capacidad de la sociedad, conforme la teoría del órgano, permite imputar al ente aquellos actos que no sean notoriamente extraños a su objeto, que no obligan a la sociedad, sino a la persona física que los lleve a cabo. ¿Cuáles son, entonces, aquellos actos que, pese a poder imputarse a

la sociedad, no exhiben relación con su objeto específico? Fuera de los que son propios de éste último, accesorios, preparatorios, vinculados, o simplemente neutros, podría pensarse, quizás, en aquellos que, a pesar de no guardar vinculación con el objeto social, responden a una sana y prudente política empresarial. Será en definitiva una cuestión de hecho determinar cuándo los actos ajenos dejan de constituir una real inversión para constituirse en una actividad propiamente extraña al objeto social (conf. BENSEÑOR, Norberto R., Legitimación del representante societario en Actos extraordinarios exorbitantes al objeto social, Publicado en: Revista del Notariado 894, 27)

Sin embargo, cuando se trata de la contratación de una cuenta corriente bancaria, y en el estrecho margen de conocimiento que admite la medida cautelar, esa indagación me parece imposible.

Por otro lado, pese a que pudieran imaginarse ejemplos de actos en los que la sociedad comercial actúe como destinataria final, en los términos del artículo 1 de la LDC, la contratación de una cuenta corriente bancaria, en principio, y sin que promedien elementos de juicio que indiquen a ciencia cierta lo contrario, impide considerar que tuviera dicho destino, ajeno a la finalidad productiva que constituye su objeto.

Tampoco puedo dar por sentado, al menos en este estadio, el restante criterio que suele emplearse para dispensar el trato de consumidor, de carácter subjetivo, dado por la situación de vulnerabilidad, inferioridad o asimetría informativa, propia de la relación de consumo

Agrego que solo puede decirse que una persona jurídica es "destinataria final" de un bien o servicio contratado si no lo incorpora, directa o indirectamente, a la cadena de producción. Por lo tanto, en la gran mayoría de los casos, la persona jurídica no actuará como consumidora. Por supuesto que no lo es cuando los bienes y los servicios los incorpora directamente a la cadena productiva, por ejemplo los insumos de producción. Pero tampoco lo es cuando la incorporación es indirecta, utilizándose el bien o servicio, junto con otros tantos, para cumplir el fin productivo. Ese es el caso de autos, pues una cuenta bancaria es imprescindible para el giro ordinario de una persona jurídica y si bien, excepcionalmente, podría utilizarse alguna cuenta bancaria exclusivamente con otro fin, se trataría de un caso excepcional que debe ser probado por el interesado (art. 375, Código Procesal) y en la especie no lo ha sido. ¿Cuál podría ser el caso en que una persona jurídica utiliza bienes o servicios "como destinatario final"? No son muchos, pero los hay: por ejemplo, cuando compra un vehículo para uso exclusivo y personal de un directivo de la empresa, cuando adquiere elementos recreativos para uso del personal fuera del horario de trabajo, cuando contrata un servicio de catering para agasajar a los empleados a fin de año o -acercándonos a un hipotético ejemplo asociado al caso de autos- cuando contrata una cuenta bancaria exclusivamente para ser utilizada para la adquisición de regalos empresariales

III. Fallo Instituto John Newman SA c. Banco de la Nación Argentina s/ Ley de Defensa del Consumidor, CFed B. Blanca, Sala II, 8/8/23, (TR LALEY AR/JUR/93497/2023)

En este caso, sumariamente la Cámara Federal menciona que existe una desigualdad entre las partes, lo que no se ve alterado por el hecho de ser una de ellas una persona jurídica, las que pueden resultar incluidas en la categoría del "consumidor empresario"

(conf. art. 1º ley 24.240), como es el caso de autos.

Así, el encuadre de la relación jurídica en el marco del derecho del consumidor sobre el que se dio cauce a la acción principal, coloca al actor en un régimen protectorio especial, ya que se encuentra en una situación en donde debe primar la norma más favorable a su posición, como expresión del favor debilis (art. 3º, ley 24.240), en la que, además, debe ponderarse adecuadamente su situación de inferioridad económica o técnica frente a la institución bancaria.

A lo que cabe agregar que, por otra parte, la responsabilidad del banco tiene un carácter profesional que impone que su conducta deba ser valorada con mayor rigor (por aplicación de la pauta establecida por el art. 1725 del Cód. Civ. y Comercial y la naturaleza de la actividad bancaria, vinculada a la confianza que los clientes depositan en dichas entidades) y su actividad se encuentra alcanzada por la ley 24.240 de Defensa del Consumidor.

IV. Conclusión.

Nuestra opinión coincide más con el voto mayoritario del fallo Agroasa. Creo no hay desacuerdo en que las personas jurídicas pueden ser consumidoras porque de hecho, lo marca así la norma. El tema es en qué situaciones una empresa comercial puede no vincular directa o indirectamente a su objeto social, determinados actos jurídicos.

Puntualmente y en lo que toca en esta ponencia, debemos clarificar la relación de las empresas comerciales con las entidades financieras. Como dice el fallo mayoritario del fallo arriba mencionado, cuesta creer que la cuenta bancaria será utilizado para fines que no impulsen el objeto social tendiente a maximizar la ganancia de la sociedad. Puede ser que para determinados hechos aislados sea utilizada para otros fines.

Ahora bien, ¿es normal que se abra una cuenta corriente bancaria al sólo efecto de realizar actos fuera del objeto social? Peralta Mariscal menciona como ejemplo la compra de un vehículo para el presidente para su uso personal. Hasta esa circunstancia nos hace dudar sobre si ese hecho no es también un beneficio indirecto para lograr mejor posicionamiento de la misma empresa. Una cuestión de status, parte del convenio salarial del presidente, o una mejora para que su vinculación laboral sea más firme y fructífera. Porque hay que dividir también los actos. Puede ser que la compra del vehículo pueda catalogarse como acto de consumo. Pero la apertura de cuenta corriente es un contrato distinto. Y se abre la cuenta bancaria a ese sólo fin? Porque si así fuera, debería cerrarse inmediatamente. Se mantiene para utilizarla para fines consumeriles extra objeto? Y no se usaría para otra cosa? Difícil convencerse de esa circunstancia.

Actualmente las sociedades comerciales no pueden moverse mínimamente sin utilizar productos bancarizados. Por lo tanto, es de presumir que ese será su uso normal y habitual. El hecho que aisladamente utilice ese servicio para actos de consumo -que insistimos, en una empresa comercial son muy aislados- no puede hacer caer el contrato bancario en un contrato de consumo. Sólo podríamos entenderlo así si la cuenta se abrió con una finalidad determinada -se pone como ejemplo en un fallo la compra de obsequios a los empleados- y no se utilizó mas. Pero esas cuentas, rara vez tendrían

problemas de saldos deudores. Y cabría al actor que está en mejor posición, probar dichos extremos.

Podríamos hablar de operaciones puntuales de consumo que entran en la órbita de la cuenta corriente. Pero el contrato no sería igualmente de consumo. ¿Cómo juega el artículo 1379 CCCN cuando prescribe que el banco debe determinar al momento de contratar si la operación es de consumo o de cartera comercial? Porque al ser banca empresa, seguramente lo imputarán como comercial. De esta forma, las operaciones de consumo que hiciera en la cuenta no le quitarán a la misma el carácter NO consumeril de la misma.

Apoyarse en la desigualdad de fuerzas como hace la Cámara Federal, nos parece no corresponde. Porque salvo las empresas multinacionales o nacionales de primera línea - y hasta podríamos sentar alguna duda al respecto-, ninguna sociedad podría ponerse a la altura de las entidades financieras. Por patrimonio, por estructura organizativa y de asesoramiento, etc. De tal manera, se eliminarían los contratos de NO consumidores con los bancos. Esto claramente no es lo que dispone la normativa vigente. El hecho que una sociedad no pueda competir mano a mano con una financiera, no quita que no tenga su asesoramiento y pueda entender perfectamente las consecuencias patrimoniales de sus actos. Y sin duda, aplican los beneficios bancarios a obtener un lucro.

Por consiguiente entendemos que es atinado el voto mayoritario del fallo Agroasa.

Título: "El caso Wenance S.A. – La ilusión de control de la actividad financiera digital con medios analógicos"

Autor: Marcelo U. Spanghero

Colegio de Abogados de Morón

Palabras claves: Fintech - Entidades Financieras - Plataformas de Pago – BCRA - Ahorro Público - Bases de Datos - Información Sensible - Protección de Datos Personales - Costos de Cambio - Defensa de la Competencia - Defensa del Consumidor – Concurso Preventivo – Deudores concursables - Wenance S.A.

Sumario: La actividad llevada a cabo por las plataformas de pago, involucra mucho más que pagar mediante una billetera digital o virtual. Las Fintech sin el adecuado control, tienen la posibilidad de defraudar a sus adherentes, quienes las identifican con entidades financieras. La publicidad las hace ver como tales, cuando formalmente solo cuentan con un sitio en el registro de Proveedores de Servicios de Pago (PSP) del Banco Central de la República Argentina (en adelante BCRA). Por su parte, el BCRA como autoridad de aplicación de la Ley de Entidades Financieras, no termina de llevar a delante los controles necesarios para proteger el ahorro público ante la proliferación de estas entidades.

Desarrollo: Se denominan “fintech” aquellas empresas que prestan servicios financieros a partir de aplicaciones móviles o sitios web. De este modo, las fintech prescinden, por su naturaleza, de puntos de atención físicos.

Cabe remarcar que los fondos prestados provienen del capital propio de la fintech, o bien de operaciones de endeudamiento con el sistema financiero local o del exterior, o de fondos obtenidos en el mercado de capitales¹

Por esta razón, se encuentran en posibilidad de ofrecer estos recursos financieros propios, sin quedar encuadrados como sujetos que realizan la actividad de “intermediación” entre la oferta

¹ <https://www.bcra.gov.ar/Noticias/Ideas-de-peso-Exportaciones-Fintech-creditos.asp>

y la demanda de estos recursos financieros y, por tal razón, fuera del adecuado control del BCRA².

En oportunidad de llevarse a cabo el Encuentro de Institutos de Derecho Comercial de Colegios de Abogados de la Provincia de Buenos Aires en noviembre de 2018 me referí a lo que entendía como una actividad creciente y central del comercio nacional, que carecía de control³ indicando que esa actividad debería ser analizada adecuada y cuidadosamente, para cuidar el ahorro público.

Retome el tema en Encuentro de Institutos de Derecho Comercial de Colegios de Abogados de la Provincia de Buenos Aires en noviembre de 2022 ratificando aquel temor, pero analizando la evolución de estas entidades poniendo el acento en aquella oportunidad, en la clara violación de la privacidad de las personas humanas, las leyes de protección de datos personales, la ley de defensa de la competencia y de defensa del consumidor y el creciente poder de estas entidades⁴.

Cuando no hay controles, todo puede suceder y, sucedió con el ahorro público.

Sabemos que las billeteras virtuales, no son más que un modo de acceso a los fondos propios, alojados en alguna cuenta, para proceder luego a realizar una transferencia.

Esto requiere una cuenta donde se alojen mis fondos y un sistema simple o más complejo de acceso y orden de transferencia al destinatario.

Son familiares los sistemas simplificados de respuesta rápida o “Quick Response” conocidos con el nombre comercial y ameno de QR.

Este código, que reemplaza al código de barras, contiene toda la información necesaria del destinatario o receptor del pago o transferencia.

² Ley 21.526 - ARTICULO 1º — Quedan comprendidas en esta Ley y en sus normas reglamentarias las personas o entidades privadas o públicas oficiales o mixtas- de la Nación, de las provincias o municipalidades que realicen intermediación habitual entre la oferta y la demanda de recursos financieros

³ “Actividades financieras sin control del BCRA – Algunas plataformas de ECommerce”, Ponencia en el 68º Encuentro de Institutos de Derecho Comercial de la Provincia de Buenos Aires” – Mar del Plata – Noviembre de 2018, Libro de Ponencias, pág.: 107-112

⁴ “Fintech y Plataformas de pago vs. Instituciones Financieras y el BCRA – El Universo que nadie quiere mirar”, Ponencia en el 75º Encuentro de Institutos de Derecho Comercial de la Provincia de Buenos Aires” – Mar del Plata – Noviembre de 2022, Libro de Ponencias, pág.: 165-174

Ingresando mediante un teléfono móvil a la cuenta que contiene los fondos (de un comprador) se escanea o fotografía el código QR del vendedor o proveedor y automáticamente, el programa de pago ordena el destino que habrán de tener los fondos a transferir, sin necesidad de realizar una transferencia tradicional mediante el ingreso de los veintidós dígitos de la Clave Bancaria Uniforme (CBU) o de la Clave Virtual Uniforme (CVU) o el “Alias”. La única diferencia entre la CBU y la CVU es que los fondos de origen se encuentran en una cuenta bancaria o en una cuenta virtual.

Hasta aquí un sistema de pago simple que requiere, necesariamente una cuenta bancaria o virtual con fondos, para proceder a realizar un pago.

Brindando este servicio de pago, que brindaban las entidades financieras, nacieron las entidades Proveedoras de Servicio de Pago (PSP) que sin ser entidades financieras brindaron este servicio.

El auge de este servicio se vio incrementado en la pandemia, permitiendo realizar transacciones de todo tipo tener contacto físico con el dinero, por un lado, pero por otro, su nacimiento se debió a que estas PSP no requerían la cantidad de datos que requieren las entidades financieras.

Para el año 2017 el CEO del mayor PSP de Argentina indicó que contaba con una red de 29 millones de compradores y 8 millones de vendedores a los que les resulta muy fácil darles servicios financieros ⁵.

Pero como dijimos que, para poder funcionar, se requieren fondos propios del titular que paga, en una cuenta bancaria tradicional o en una Fintech.

Ahora bien, el ingreso del dinero a la cuenta de la Fintech, provendrá de una transferencia de origen bancario, de otra Fintech o, de un depósito en efectivo en dicha cuenta a través de las bocas de recepción (entre otras Pago Mis Cuentas, Pago Fácil, etc.)

Esa masa de dinero, por disposición de la autoridad de aplicación deberá estar depositada en cuentas a la vista en instituciones bancarias tradicionales y, las PSP que cuentan con estas billeteras virtuales, las cuentas de pago con sistema QR; las Fintech y las entidades

⁵ (Usina del Arte, Marcos Galperín CEO ML charla organizada por la Fundación Endeavor – junio 2017)

financieras deberán cumplir con el marco de protección de las relaciones de consumo, equiparándolas, al fijar para ellos las mismas normas de protección de los usuarios, a saber:

- Ajustar sus términos y condiciones para cumplir con todas las exigencias que fija el BCRA para los contratos financieros;
- Incluir las siguientes pautas: identificación del usuario de servicios financieros, detalle de comisiones y cargos, e información sobre el derecho de revocación;
- Brindar un resumen informativo de los términos y condiciones;
- Asegurar que los términos de la contratación puedan ser leídos, descargados y guardados de manera inalterable;
- Contar con hipervínculos para que el usuario pueda revocar la aceptación del producto o servicio contratado (botón de arrepentimiento) y rescindir relaciones contractuales (botón de baja)⁶

Mientras en Argentina la protección estaba puesta en los fondos, en la República de Chile se promulgó la Ley N°21.521 o “Ley Fintech” que pone todo el acento en la protección de datos personales indicando que estas entidades quedarán sometidas a la fiscalización de la Comisión el Mercado Financiero.

Recordemos que en Argentina, se produjo, y continúa, una tensión entre las entidades financieras nucleadas en la Asociación de Bancos Argentino (ADEBA) y las Fintech, más concretamente contra la mayor de ellas, la BigTech Mercado Pago (MP) a través de la cual los bancos que, en un primer momento solicitaron primero y luego exigieron (con idéntico nulo resultado) que se le aplique a MP la Ley de Entidades Financieras (LEF)⁷, mutaron su reclamo para que MP, y su hermana Mercado Libre (ML) compartan, por un precio sus bases de datos, a fin de tener conocimiento de los hábitos de consumo de sus usuarios.

Para sustentar este pedido, encargaron a la Fundación de Investigaciones Económicas Latinoamericanas (en adelante FIEL) un estudio en el cual se resaltaba que esta información no está disponible para el resto del mercado.

⁶ <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/comunicaci%C3%B3n-7593-2022-374194/texto>

⁷ <https://www.cronista.com/finanzas-mercados/Bancos-reclaman-a-BCRA-tener-igual-carga-impositiva-que-MercadoLibre-20171127-0037.html>

El este trabajo se propone las bondades del sistema de “*sandboxes*”⁸ y “*hubs*” de innovación (o de datos)⁹ como aceleradores en el desarrollo de un modelo de “*Open Banking*”¹⁰ para serle aplicado a la bigtech regional - Mercado Libre.

Para que quede claro qué requieren los bancos nacionales, se indica en el informe “...*Los areneros regulatorios otorgan permisos a bajo costo a los innovadores para proveer nuevos servicios, en un contexto controlado de riesgos. Los “hubs de innovación buscan facilitar la inserción en la actual regulación de las nuevas firmas, a través del diálogo y el conocimiento de las nuevas tecnologías por parte del regulador. Los aceleradores intentan premiar las innovaciones, incluso con ayuda financiera, para incentivar la aparición de nuevos servicios. Finalmente, el modelo de Banca Abierta busca hacer competir a todos los oferentes, bancos y fintechs, a través del intercambio digital de información de cuentas de los clientes, minimizando los costos de transacción o “switching costs”¹¹ para la migración de los clientes hacia diversas instituciones.*”¹².

Se entiende entonces el eje de la regulación Chilena, resaltando la imbricada relación entre bases de datos, datos personales, utilización de medios digitales para acceder al público y el uso de esos datos.

Ello es así, porque una Fintech, no ya en su mera actividad de Proveedor de Servicio de Pago, sino en su rol de prestamista, los utiliza, y de modo intensivo, veamos.

Las *fintech* cuentan con la fama de ser los que proveen servicios financieros a todos, sin las trabas de las entidades bancarias tradicionales. A diferencia de estos, al otorgarse un préstamo por primera vez, no existe un vínculo previo entre cliente y entidad y esto representa un riesgo para el prestamista, que se verá reflejado en el tipo de interés aplicado.

En orden, se deberá identificar al cliente, lograr un consentimiento útil del contrato, y obviamente la evaluación crediticia.

⁸ Areneros Regulatorios

⁹ Un “*hub*” de datos es un “centro” de datos. Es una arquitectura informática, o estructura de almacenamiento moderna, centrada en los datos, que permite a las empresas consolidarlos y compartirlos (el resaltado en letra *itálica* me pertenece).

¹⁰ Banca Abierta

¹¹ Costos de cambio

¹² <https://www.cronista.com/finanzasmercados/Bancos-nacionales-piden-al-BCRA-que-salga-a-regular-a-Mercado-Libre-20190611-0062.html>

Recordemos que los fondos que presta una *fintech* son propios, por lo cual, se encuentran fuera de la intermediación entre la oferta y demanda de recursos financieros (es decir utilización de fondos que no son propios) y por lo tanto, fuera del control del BCRA, tanto en las tasas de interés que aplican, cuando otras formas de control, para esta operatoria, que no es la típica de servicio de pago.

Se refuerza la publicidad, indicando que el mecanismo es simple “con solo un click”.

El mecanismo es remoto y desde el registro del usuario, su identificación con su cuenta de correo electrónico, teléfono de contacto, documento, CUIT, dirección postal, ingresos mensuales, selección del producto (préstamo) información de los intereses, plazos y montos finales, hasta el depósito en la cuenta de destino.

Para continuar, el cliente habrá de aceptar los *términos y condiciones* al inicio del proceso de registración, los cuales establecidos en contratos de adhesión.

Es en ese momento en el cual el cliente acepta, además de sus responsabilidades, la utilización de sus datos personales, validación de identidad, y obviamente el análisis de riesgo (Scoring), mediante la consulta en bases de datos públicas (BCRA, AFIP) cuanto privadas (Gnosis, Veraz) y la consulta de calificaciones en las plataformas de comercio electrónico. Todo ello, con el consentimiento aceptado por el cliente y contenidos en los términos y condiciones iniciales.

Una vez aceptadas las condiciones, la aceptación será mediante el uso de firma electrónica mediante el método “Click-Wrap”, oprimiendo la tecla “Enter” o el ícono de “Aceptar” en la pantalla.¹³

Si el cliente no es titular de una cuenta bancaria, la *fintech* puede abrir una cuenta y asignarle al cliente una CVU.

Las expresiones más reiteradas en las publicidades son “sistemas ágiles” “simples” “sin papeleo”, etc.

¹³ Cane Marcos – Heffes Julieta Heffes - Sánchez Sol. “Las Fintech y la oferta de créditos online: una aproximación a sus aspectos jurídicos” en <https://www.bcra.gob.ar/Noticias/Ideas-de-peso-Exportaciones-Fintech-creditos.asp>

Ahora bien, no son entidades financieras y por lo tanto sus límites en el cobro de intereses, son más laxos.

Por suerte, y solo por suerte, la mayoría de estas entidades despliegan su actividad de modo lícito, conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio y cumpliendo los fines para las que fueron creadas, dentro de su objeto.

Pero estas entidades, al utilizar la Internet (red internacional) tampoco tienes límites territoriales, ni ley común aplicable.

Generación Zoe, una *fintech* fue la pionera en el país en la utilización de estos sistemas, para estafar al público, con un perjuicio estimado en los 120 millones de dólares¹⁴.

Nos encontramos ahora con la entidad Wenance S.A. que se presentó en concurso preventivo, aduciendo que sus clientes no le pagaron los créditos que otorgó, y por tal razón no puede devolver los fondos que recibió.

La presentación fue rechazada en primera instancia por dos cuestiones. Una menor referida al domicilio, y otra de profunda referida a la actividad financiera y consecuentemente el óbice para utilizar la solución preventiva por serle aplicable la ley de entidades financieras.

Me referiré al segunda.

El rechazo fue apelado y la concursada, quien adujo que si era un sujeto concursable pues solo era un PSP y se encontraba inscripto en el registro del BCRA; y que al no realizar intermediación habitual entre la oferta y la demanda de recursos financieros, no le era aplicable la ley de entidades financieras.

La Cámara de apelaciones recriminó sin decirlo, al Tribunal de Primera Instancia y revocó el fallo indicando que, el Tribunal era competente en razón del domicilio y además, que Wenance S.A. era un sujeto concursable por no realizar la actividad de intermediación, sino solamente, la referida a la de ser un Proveedor de Servicio de Pago.

Ahora bien, además de ser un PSP ¿realiza intermediación de recursos financieros?

¹⁴ <https://www.infobae.com/sociedad/politicas/2022/10/19/la-estafa-de-leonardo-cositoro-con-su-generacion-zoe-ascenderia-a-los-120-millones-de-dolares/>

El nudo está dado en determinar si, los fondos con que otorgaba mutuos eran propios o no.

Si eran de terceros, entonces había intermediación, si eran propios no.

Analicemos entonces, cómo obtenía los fondos Wenance S.A.

Lo hacía mediante la constitución de fideicomisos, en los cuales cedía en fideicomiso los bienes provenientes de sus carteras de créditos otorgados. Se constituía en agente de cobro o fiduciario a través de sus controladas, las cuales emitían títulos de deuda, a favor de Wenance y ésta los cedía a los ahorristas a cambio de los fondos con los que otorgaba los mutuos.

Los fideicomisos pagaban los títulos de deuda, en la medida Wenance S.A. o su controlada, cobraba los créditos otorgados.

Consecuentemente, al ser el titular de los fondos, proveía la demanda de recursos financieros con recursos propios.

Con esta mecánica Wenance captó fondos (internet mediante) en Uruguay, México, Perú, Argentina y España, aunque también se detectaron operaciones en Holanda, Suiza y los Estados Unidos. En Argentina los acreedores superan los 2500.

La controlada fiduciaria, indicó que relevó a Wenance del cobro de los créditos y se presentará a verificar.¹⁵

Ahora bien, su argumento habrá de caer por su propio peso. Si se concursa porque no puede devolver a los fiduciantes los fondos, queda claro que esos fondos no son propios y, consecuentemente habrá de caerle la ley de entidades financieras.

Queda claro que existía habitualidad en la demanda de recursos financieros a terceros, y que por otro lado ofertaba y proveía esos recursos. Esta conducta encuadra adecuadamente con el artículo primero de la ley de entidades financieras y las referidas a su actuación en los fideicomisos configuran claramente un fraude y por otro el delito

¹⁵ Favier Dubois Eduardo "El caso de la Fintech "Wenance". Encuadramiento jurídico y protección de los ahorristas" en <https://abogados.com.ar/el-caso-de-la-fintech-wenance-encuadramiento-juridico-y-proteccion-de-los-ahorristas/33685>

reprimido por el artículo 310 del Código Penal, sin perjuicio de la emisión de cheques sin fondos por la suma aproximada de \$268.000.000

El CEO del grupo Alejandro Muszak, fue apresado en su casa de Nordelta, donde además del embargo de su vivienda, se secuestraron un automóvil Ferrari 458 Italia y un Austin Healey 3000 MKIII descapotable, todo en el marco de la causa por estafa en la que también se encuentra implicado el vicepresidente de Wenance S.A. Santiago Hardie¹⁶

Wenance tiene actualmente unos 8.000 inversores -entre grandes y pequeños- que depositaron sus ahorros en fideicomisos por más de \$ 35.000 millones de pesos que no han sido devueltos¹⁷

Se estima que en Uruguay existen 600 acreedores, por un monto de U\$S 10.000.000; con el fondo Latam Consumer Credit la deuda rondaría los \$500.000.000, el despido de unas 200 personas las que recibieron un telegrama con el siguiente texto: “Notificamos que prescindimos de sus servicios a partir del día de la fecha, atento a la grave situación económica que transita la empresa, la que impide la continuidad del vínculo. En consecuencia, su indemnización será abonada a la espera de algún ingreso de dinero que lo permita”.

Estas cifras son solo demostrativas, no para indignarse ni condenar la actividad de las *fintech* ni mucho menos de los PSP. Son para tomar dimensión de las actuales implicancias masivas de la actividad financiera mediante la utilización de medios digitales. Simplicidad no implica seguridad. La captación del ahorro público debe contar con una seria intervención estatal, fin de poder controlar los desvíos indeseados.

La reiterada utilización de fideicomisos financieros con fines fraudulentos tales como el caso Bonesi y otros, debieron servir de ejemplo para modificar la legislación, y no ha sucedido.

¹⁶ <https://www.lanacion.com.ar/economia/wenance-embargan-al-dueno-de-la-fintech-una-ferrari-y-una-casa-en-nordelta-mientras-avanza-la-nid09082023/>

¹⁷ <https://www.ambito.com/uruguay/niegan-wenance-el-concurso-acreedores-y-se-demora-una-solucion-600-os-n5796706>

La utilización abierta del llamado al ahorro público mediante la utilización de plataformas, que sirvieron para estafar a cientos de ahorristas como en el caso de Generación Zoe, tampoco fue adecuadamente atendida por la legislación.

Desde hace tiempo observo y comparto estas preocupaciones con los colegas. Analizamos jurídicamente el mecanismo de hecho y jurídico con el cual se desarrollan las actividades lícitas, y muy necesarias de crédito; pero observamos con preocupación, la falta de control adecuado.

Estamos viendo ahora, la complejización de la ley aplicable en estos casos.

Creo que deberá haber un tipo de control más adecuado por parte del BCRA y observar con mayor detalle las actividades realizadas con estas plataformas.

A nadie escapa quién Elon Musk, ni su talento. Muchos nos preguntamos qué estaría detrás de la adquisición de Tweeter, por un genio de la tecnología, las comunicaciones y el transporte ecológico. Actualmente 354 millones de usuarios usan X (ex Tweeter) de los cuales 260 millones lo usan a diario.¹⁸

El uso constante y la selección de noticias y artículos a leer, y las reacciones, exteriorizan nuestros gustos. Recibimos publicidades en función de nuestras búsquedas, conforme al perfil generado por el algoritmo.

Recordemos cuál fue el último requerimiento de los bancos hacia la mayor *fintech* del país, y por qué.

El 25 de julio de 2023 Elon Musk indicó por Tweeter fue adquirido por su empresa “X Corp.” en nombre de la libertad de expresión y para avanzar en el desarrollo de su "aplicación para todo", que también se llamará "X" e indicó que, en los próximos meses, los usuarios pueden esperar dirigir "todo su mundo financiero" en la plataforma¹⁹ y el 26 de octubre de 2023 indicó que la plataforma financiera X estará disponible para finales de 2024.

¹⁸ <https://www.expressvpn.com/es/blog/el-universo-twitter-en-cifras/>

¹⁹ <https://es.cointelegraph.com/news/elon-musk-says-x-will-offer-an-entire-financial-world-in-the-coming-months>

**LXXVIII Encuentro de Institutos de Derecho Comercial de Colegios de Abogados de la
provincia de Buenos Aires – Mar de Ajó – 31 de noviembre y 01 de diciembre de 2023
Marcelo U. Spanghero - Colegio de Abogados de Morón**

La dimensión universal de esta *bigtech* global, nos hará repensar no solo las posibilidades financieras, sino también las normas internacionales de comercio electrónico y protección contra estafas digitales.

Son momentos en los que el avance se siente a cada paso, pero podríamos iniciar en casa, analizando lo que tenemos y tratando de entenderlo y regularlo adecuadamente.

Por lo pronto, no podemos actuar sobre actividades digitales, con leyes analógicas.

**SOBRE LA APLICACION DE LA PRESCRIPCION QUINQUENAL A
LAS CLAUSURAS POR FALTA DE ACTIVO.-**

por Eduardo Ángel Teplitzchi.-

En el Capítulo VIII - Sección I Clausura del Procedimiento por distribución final, de nuestra ley concursal, vemos, que realizado totalmente el activo el Juez resuelve la clausura, pero, los efectos de la quiebra, continúan, conforme lo establece el art. 230 L.C.Q.-

Mientras que el art. 231 L.C.Q. indica, que el procedimiento universal, puede reabrirse, si aparecen nuevos bienes, los cuales debería denunciar el acreedor que tenga la intención de presentarse a verificar.-

Al fin, el procedimiento concluye si luego de transcurridos dos años desde que se haya adquirido firmeza la clausura, no aparecieran nuevos activos susceptibles de desapoderamiento y liquidación.-

Ya en la Sección II, surge la Clausura por falta de activo, presupuesto que ocurre cuando concluida la verificación de créditos, por los acreedores, y realizada la labor investigativa de la Sindicatura, en los registros respectivos, e “*in situ*”, tampoco se obtienen bienes susceptibles de valor pecuniario.-

También se declara la clausura del procedimiento por falta de activos, cuando existiendo bienes de propiedad del fallido, el producido que se obtiene con su enajenación, no alcanza siquiera a cubrir el monto de los gastos de conservación y justicia.-

Esta resolución, con vista al fallido, es apelable.-

Por fin, el artículo 233 de la Ley 24.522 reza, que cuando dicha suposición ocurre, ello importa la presunción de fraude, lo que acarrea para el fallido, el pase de las actuaciones a la Justicia de Instrucción, a los fines de instruir el sumario pertinente.-

Qué es lo que tenemos en claro, que en los supuestos del arts. 230 y 231, el activo del fallido, se integra por bienes susceptibles de ser realizados, y que poseen valor económico, en la sociedad capitalista, es decir, que aportaran fondos líquidos, posibles de ser distribuidos, entre los acreedores de la masa.-

Si bien, no alcanzan para satisfacer la totalidad del pasivo verificado, pero algo es algo, el fallido contribuyó en moneda de quiebra, a dar lo que pudo.-

En la distribución final no se observa este pase al infierno; pero en la clausura por falta de activos, pareciera ser que sí.-

Tan particular circunstancia, puede conducir a ciertos sujetos fallidos, a depositar un importe mínimo en el expediente, pero que resulte suficiente para responder a los gastos de conservación y justicia previstos por el art. 240 L.C.Q.-

De esta manera, ese monto que deposita el fallido, se destina al pago de los gastos del juicio, y el remanente aunque sea mínimo, se lo afecta a favor de los acreedores, generándose como consecuencia, que la quiebra ya no se clausure por falta de activos, sino por distribución final.-

Se ve, entonces un premio para el deudor poco solvente?.-

No lo creo, así.-

En la práctica, habiéndose eliminado el incidente de calificación de conducta, la ejecución colectiva ha perdido su intención de coacción, que poseía con el "*aciant regim*", de la ley 19.551.-

Por lo que, el pase a Instrucción en la clausura por falta de activo, es solo un susto para el comerciante, sin práctica en estas lides.-

Tampoco conmueve, que en la clausura del proceso por falta de activo como resuelve el sentenciante, haya que esperar cinco años, para poder adquirir nuevos bienes; pues es dudoso, que cualquier comerciante incorpore nuevos bienes a su patrimonio, acogándose a ese plazo propuesto, excepto que este mal asesorado.-

En realidad, en sus efectos pese a estar en secciones diversas del Capítulo VIII, ambas clausuras, no aportan para el acreedor, efectos diversos, que lo satisfagan a los fines del cobro de sus créditos.-

Y eso, por qué?

Porque tanto en una ejecución colectiva, como en otra individual, la fuerza de la ley, no es diversa.-

Si no hay activos, solo podremos inhibir al sujeto deudor, en los plazos de la ley procesal local, excepto expreso pedido sindical.-

Aclaremos, que en Instrucción, tanto con la vieja como con la nueva ley de concursos, la labor investigativa de los fiscales, conmovía a los Jueces en manera suficiente, como para citarlos a una Indagatoria, pero ello, es harina de otro costal.-

Lo que resuelve el fallo firme de la 1era Instancia de la Justicia Nacional en lo Comercial SHEJINA S.A. s/QUIEBRA (110255/2002), se da de bruces, con mi pensamiento.-

En efecto, S.S. opina, que el plazo binario dispuesto en el art. 231 L.C.Q. no es aplicable a los casos encuadrados en el art. 233.-

Entendiendo, que por algo el Legislador, lo incluyó en la Sección I, y no así, en la Sección II, debido a que el aporte de bienes, aunque sea en escasa relación con el pasivo a satisfacer, importa una clara colaboración del fallido, para con los Sres. acreedores.-

Puede, quizás, interpretarse, queridos lectores, que un escritorio, dos sillas, una computadora con su pantalla, y un florero, dar por cumplido el deber colaborativo denunciado?

Ese desapoderamiento, quizás disminuido, podría servir para descalificar el pase a Instrucción, que castiga, la clausura impuesta por el art. 232 L.C.Q.?

Pero, además, para justificar lo injustificable, pregonar la aplicación de la ley general, por sobre la ley especial.-

Así, entiende que la vigencia del CCCN del 01/08/2015; prevalecerá sobre nuestra querida 24.522, sancionada en el año 1995.-

Remitiendo, a lo previsto por los arts. 2537 y 2566 de la legislación madre; infringiendo lo dispuesto por el Capítulo III Reglas Procesales Sección I Normas Genéricas, donde en el art. 273, e Principios Comunes.-

Reza: *"Salvo disposición expresa contraria de esta ley, se aplican los siguientes principios procesales" ... finalizando que: "Es responsabilidad del Juez, hacer cumplir estrictamente todos los plazos de la ley. La prolongación injustificada del trámite, puede ser considerada mal desempeño del cargo".-*

O sea, que entiende, que *"el algo es algo"* del deudor aportante, lo hace diferente del deudor contumaz, insolvente, quebrado.-

Situación que en la práctica, no tiene importantes diferencias, a los fines del beneficio a la masa, porque cobrar poco y nada, después de años de procedimiento, es nada.-

Y además, el apartamiento, de la ley especial, a conveniencia de una idea, no solo rompe el principio de la aplicación de la ley concursal y sus normas, si no que además, conlleva, tener abierto un procedimiento universal, con la participación de funcionarios y auxiliares de la Justicia, que no cobran, mientras el trámite, no se finaliza.-

También, otro tema, nace o renace, con la extensión del plazo de conclusión, propuesto por el Dr. Malde, qué ocurre con los acreedores, posteriores a la clausura por falta de activo?.-

Situación por lo demás, posible, pues entre la clausura y la conclusión, hay nada menos, que tres años.-

"Los efectos genéricos de la conclusión no están descriptos positivamente en esta sección, y tampoco en el capítulo VII; porque los artículos 224 y 227 se refieren específicamente a los efectos de actos conclusivos determinados –concordato y avenimiento– y en el art 228 se limita a indicar que el saldo dinerario existente en el concurso sea entregado al deudor debe pues inferirse que la conclusión de la quiebra hace cesar los efectos patrimoniales del

concurso" (conf.: QUINTANA FERREYRA - ALBERTI, "Concursos Ley 19.551 - Comentada Anotada y Concordada", T° III, pág. 940, "§ 3.- Situación de los Eventuales Nuevos Acreedores Ulteriores a la Clausura").-

Si para el momento de la conclusión los efectos personales del concurso hubieran cesado por rehabilitación del fallido individual, con aquélla terminará todo efecto de la sentencia de quiebra.-

Se ve maravilloso, innovar, positivamente, en beneficio de todos, pero el caso en crítica, no nos ayuda, a permitir avanzar en el mundo, de por sí espinoso e interminable, del dar a cada uno lo suyo.-

Privilegio de “Multas Laborales” e intereses por causa laboral en la jurisprudencia de la Provincia de Buenos Aires.

Por Cristian H. Ubalton ()*

() Cristian H. Ubalton es Titular de Estudio Ubalton Servicios Profesionales. Abogado. Contador Público. Coordinador del Instituto de Derecho Concursal del Colegio de Abogados de San Isidro. Coordinador de Jurisprudencia de la Revista Jurídica de San Isidro, Serie Contemporánea. Profesor en FCE-UBA de Derecho Crediticio, Bursátil e Insolvencia.*

PONENCIA

SE DEBE EXIGIR QUE TODA SENTENCIA DE VERIFICACION LE OTORQUE EL CARÁCTER DE PRIVILEGIADO A LAS “MULTAS LABORALES” ASI COMO A CUALQUIER OTRO DERIVADO DE LA RELACION LABORAL Y ASIMISMO SE ORDENE EL DEVENGAMIENTO DE INTERESES POSTERIORES A LA QUIEBRA SOBRE TODO EL CREDITO LABORAL VERIFICADO.

I. Introducción

A la luz de un reciente fallo de la Sala III de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de Lomas de Zamora¹, se puede comenzar a vislumbrar una aplicación uniforme de la norma concursal en el ámbito de las relaciones de trabajo según el cual se le deben atribuir privilegio general a las denominadas “multas laborales” y que tampoco se suspenden los intereses compensatorios devengados con posterioridad a la declaración de quiebra que correspondan a créditos laborales.

II. Breve reseña del caso:

Un trabajador inicio un reclamo laboral contra ORGANIZACION COORDINADORA ARGENTINA SRL (O.C.A.), en virtud de un despido indirecto de fecha 03/11/16. El cual mereció una sentencia de fecha 26/10/2021 en la cual consideran procedentes diferentes rubros indemnizatorios laborales entre los cuales se incluyó la Indemnización del art. 8 de la ley 24.013, Indemnización art. 15 de la ley 24.013, Art.80 LCT e incremento del art. 53 ter de la ley 11.653.

En lo que aquí nos interesa con fecha 14/04/2022, se presentó el acreedor laboral ante el Juez falencial a los fines de promover incidente de verificación de créditos solicitando doble privilegio para el capital, para los intereses hasta los dos años, y el carácter quirografario para los restantes intereses devengados.

¹ Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial, Sala III, Lomas de Zamora, "CORONEL, CLAUDIO NORBERTO S/ INCIDENTE VERIFICACION DE CREDITO (ORGANIZACION COORDINADORA ARGENTINA SRL. S/ QUIEBRA (GRANDE))" (EXPTE. 103.429)", 26/09/2023.

El a quo declara admisible el crédito laboral siguiendo el dictamen de la Sindicatura efectuando una indebida aplicación de la normativa sobre privilegios concursales, admitiendo rubros indemnizatorios como quirografarios, cuando el insinuante había solicitado que sean admitidos como privilegiados y modificando también, en desmedro del patrimonio del trabajador, la base de cálculo de los intereses, principalmente la de los intereses privilegiados.

En particular consideró como quirografarios lo rubros Indemnización art. 8 de la ley 24.013, Indemnización art. 15 de la ley 24.013, Art.80 LCT e incremento del art. 53 ter de la ley 11.653, denominadas comúnmente como “multas laborales”².

En virtud de ello, la sentencia fue apelada, correspondiendo su radicación ante de la Sala III de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de Lomas de Zamora.

La Sala realizando un análisis Convencional, jurisprudencial y doctrinario, determinó que, por aplicación del art. 6 inciso d) del CONVENIO OIT 173 y de la doctrina sobre convencionalidad sentada por la CSJN en “Pinturas y Revestimientos”, los rubros indemnizatorios denominados comúnmente como “multas laborales”, debieron ser admitidos como un crédito con carácter de privilegiado y no con carácter de quirografario como erróneamente se estableciera en la resolución recurrida.

También admitió que debe reconocerse intereses al crédito laboral desde la fecha de partida de su devengamiento hasta la efectiva percepción del pago del crédito laboral verificado, siendo los accesorios que se devengan con posterioridad a los ya tutelados con su respectivo privilegio legal, se ajustarán al orden de prelación general que establece el título IV, capítulo I de la LCyQ, con el carácter de quirografarios.

III.- Determinación del carácter privilegiado de las denominadas “multas laborales”.

Hace algunos años se comenzó a discutir si las indemnizaciones que fija el RCT y las leyes laborales complementarias tienen o no privilegio, y en caso de tenerlo había que determinar de qué norma legal emana.

Las diferencias de interpretación nacen a partir de que esos rubros son identificados bajo el

² Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial N°10, Lomas de Zamora, "CORONEL, CLAUDIO NORBERTO S/ INCIDENTE VERIFICACION DE CREDITO (ORGANIZACION COORDINADORA ARGENTINA SRL. S/ QUIEBRA (GRANDE)" (EXPTE. 112.424)", 15/12/2022.

concepto de “multa” generando de ese modo una distinta visión sobre esta última, dada su naturaleza; mientras para una parte de la jurisprudencia debe ser considerada como integrante del privilegio del que goza la indemnización; otra parte sostiene que por definición y en razón del carácter restrictivo que impera en la interpretación de aquello que obedece a la aplicación de un privilegio, no se encuentra comprendido dentro de tal concepción.

Así fue como la CSJN en el precedente “Pinturas y Revestimientos”³ se refirió al Convenio n° 173 de la OIT (“sobre la protección de los créditos laborales en caso de insolvencia del empleador”), ratificado por la ley 24.285 (art. 1°), el cual establece que los créditos adeudados a los trabajadores en razón de su empleo deben: a) quedar protegidos por un privilegio de modo que sean pagados con cargo a los activos del empleador insolvente antes de que los acreedores no privilegiados puedan cobrar la parte que les corresponde (art. 5°), y b) contar con un rango de privilegio superior al de la mayoría de los demás créditos privilegiados y, en particular, a los del Estado y de la Seguridad Social (art. 8°)

Allí el tribunal cimero estableció que la norma supralegal era clara respecto del alcance de la protección que debe otorgarse al crédito laboral ante un supuesto de insolvencia del empleador, recordando que las normas convencionales pueden ser directamente aplicadas a los casos concretos en el ámbito local sin necesidad que una medida legislativa, adicional a la ratificación ya acordada al instrumento internacional, les confiera operatividad.

Por lo tanto y según manda el art. 6 inc. d) del CONVENIO OIT 173⁴ : “...*El privilegio deberá cubrir al menos los créditos laborales correspondientes: ...d) a las indemnizaciones por fin de servicios adeudadas al trabajador con motivo de la terminación de la relación de trabajo*”, el crédito con origen laboral debe estar resguardado por un privilegio que lo coloque en un plano superior al de los demás créditos privilegiados, en especial, a los del Estado y a los de la Seguridad Social.

Es así que nuestra norma local recepta la disposición convencional en el art. 246 inc. 1) de la LCQ y establece “*son créditos con privilegio general: 1) Los créditos por remuneraciones y subsidios familiares debidos al trabajador por SEIS (6) meses y los provenientes por indemnizaciones de accidente de trabajo, por antigüedad o despido y por falta de preaviso, vacaciones y sueldo anual complementario, los importes por fondo de desempleo y cualquier otro derivado de la relación laboral. Se incluyen los intereses por el plazo de DOS (2) años contados a partir de la mora, y las costas judiciales en su caso.*”.

³ CSJN, Fallos 337:315 “Pinturas y Revestimientos Aplicados SA s/ quiebra s/ RECURSO DE HECHO”, 26/03/2014.

⁴ Convenio sobre la protección de los créditos laborales en caso de insolvencia del empleador, 1992.

A los fines de comenzar a echar luz sobre la discusión planteada, la CNCom en Pleno se aboco en los autos **“Sociedad Alemana de Socorro a Enfermos Asociación Mutual. Plenario s/ Inc de verif de crédito de los Santos Aníbal”**⁵

La minoría del Plenario sostenía que los privilegios, en este especialísimo ámbito, son excepciones a los principios de universalidad e igualdad o paridad de trato rectores en materia concursal. Más si bien se configuran por esta vía, excepciones al principio general de derecho privado que asigna al patrimonio la significación de ser garantía común de los acreedores, también se resguarda y mantiene el principio de igualdad dentro de cada categoría de acreedores. En consecuencia, es claro que no pueden reconocerse privilegios por extensión ni por analogía y que debe asignarse carácter quirografario al crédito cuyo encuadre privilegiado fuere razonablemente dudoso.⁶

Y que la imposición de cargas adicionales por inconductas del deudor que no involucran estrictamente una retribución por una prestación a cargo del empleado, ni una indemnización por la indebida privación de retribuciones incumplidas sino que su esencia están constituidas por una suerte de multa o sanción por faltas de atención de ciertas obligaciones por parte del empleador, las que habrán de adicionarse a las indemnizaciones legalmente establecidas, incrementándolas, pero que obedecen a una ratio legis distinta.

Los privilegios sólo pueden surgir de la ley, y si el crédito no está entre ese número cerrado de créditos prioritarios, resulta ser quirografario, aún si en otra normativa no lo fueren. Es decir, se reitera, que bajo la situación concursal los únicos privilegios son los que surgen de la ley, incluyendo sus reenvíos, pero no pudiendo ser suplida o integrada.

En efecto, estas “multas” responden en su télesis a una sanción contra los empleadores, cuya finalidad es disuadirlos de continuar con el incumplimiento que se les imputa y no constituyen un derecho propio del acreedor laboral, inherente o derivado de su fuerza de trabajo. Es por ello que no corresponde reconocer a esta porción agravada de las acreencias, por extensión, el rango privilegiado general pretendido.

Sostienen que carecen del carácter de haber adeudado o retribución que constituya un crédito con origen en el contrato de trabajo, por lo cual la naturaleza restrictiva de toda

⁵ CNCom., En Pleno, Sociedad Alemana de Socorro a Enfermos Asociación Mutual. Plenario s/ Inc de verif de crédito de los Santos Aníbal, 28-dic-2015, **Cita:** MJ-JU-M-96983-AR | MJJ96983 | MJJ96983, del voto de la mayoría.

⁶ Rouillón, Adolfo A. N. “Régimen de Concursos y Quiebras.” Ley N° 24,522, Bs.As. Astrea , 2006, 15a edición, pág. 343).

atribución de privilegio impide reconocer a estas acreencias por extensión, carácter privilegiado. Lo único que la ley ha protegido con esa calidad son los salarios, sueldos o indemnizaciones de los trabajadores inherentes al contrato de trabajo.

En definitiva, el Plenario por mayoría determinó *“... De esa interrelación laboral de dependencia nacida de ese contrato de trabajo se impone a uno de los contratantes llevar a cabo la tarea encomendada y al otro pagar un precio (salario) por ese trabajo, lo cual conlleva a su vez, como obligación contractual e inescindible de aquella principal, la integración ante los organismos correspondientes de los aportes pertinentes. Esos aportes integran el salario y, por ende, si no son efectivizados por el empleador producen una merma en el ingreso del trabajador no palpable durante la relación; ese proceder impropio genera la aplicación de la sanción que, al tener su razón de ser en el incumplimiento de una obligación legal y que además es parte integrante del salario, debe seguir la suerte del crédito principal.”*

“No Significa desconocer que la interpretación de la aplicación de los privilegios debe ser restringida.”

“Aun teniendo en cuenta esa premisa y aunque la pena sea de carácter sancionatorio, corresponde hacer abstracción de que se trata de una multa y tomarla como parte integrativa de la indemnización y por ende del privilegio”

“No corresponde obviar que el espíritu de la ley es la protección amplia del derecho del trabajador, protección que se manifiesta en distintas situaciones, pero que encuentra su mayor expresión en el principio del derecho laboral “in dubio pro operario””

Se estableció que el art. 246 inc. 1) de la LCQ habilita a esclarecer que el objetivo del legislador fue el de otorgar una amplia protección al trabajador como consecuencia de la pérdida de su fuente de ingresos. Interpretación esta que se condice con el análisis de las normas laborales que establecen dichos créditos a favor del trabajador cuando el empleador incumple con las obligaciones a su cargo. Así, tanto el art. 8, como el art. 15 de la ley 24.013 consagran una “indemnización” a favor del trabajador. En el mismo sentido en el art. 2 de la ley 25.323 y el art. 80 de la L.C.T. utilizan dicho vocablo. Lo expuesto no puede dejar lugar a dudas que estamos ante indemnizaciones establecidas por la ley a favor del trabajador perjudicado por las omisiones del empleador.

Además del análisis literal del art. 246 inc. 1 de la LCQ, en su redacción actual, que establece que queda comprendido en el privilegio *“(...) cualquier otro (crédito) derivado de la relación laboral (...)”* El diccionario de la Real Academia Española señala que el término “cualquiera” en su tercera acepción significa “uno u otro, sea el que sea” (adj. Indef.) y en la segunda expresa la totalidad del conjunto por el nombre al que modificó (adj. Indef.). Del análisis expuesto “cualquier” indica que no distingue, que incluye a todos los otros créditos derivados de la relación laboral que no se encuentran enumerados en la

disposición. Solo exige que sean “derivados de la relación laboral”⁷⁸⁹¹⁰

En definitiva, entonces, no pareciera caber duda que, las denominadas “multas” son consecuencia mediata de una mal ejecutada relación laboral por parte del empleador y, por ende, se encuentran comprendidas en la norma en la medida que constituyen una “derivación de la relación laboral”, lo cual, como ya expresáramos, es refrendado por los principios generales que conforman el ordenamiento del trabajo, principalmente el principio protector que establece que, tanto en la aplicación como en la interpretación de la norma, debe prevalecer la posición más favorable al trabajador (art. 9 L.C.T.).

Aunque la regla es la interpretación restrictiva en materia de privilegios, podemos aseverar que las indemnizaciones que fija el RCT y las leyes laborales complementarias se deben considerar incluidas dentro de las indemnizaciones a la que hace referencia el art. 246 inc. 1 LCyQ “(...) cualquier otro (crédito) derivado de la relación laboral (...)”.

IV.- Devengamiento de intereses posteriores a la declaración de Quiebra sobre todo el crédito con origen laboral.

En este tópico el art. 129 de la LCyQ (en su redacción por ley 26.684) reza: “Suspensión de intereses. La declaración de quiebra suspende el curso de intereses de todo tipo. Sin embargo, los compensatorios devengados con posterioridad que correspondan a créditos amparados con garantías reales pueden ser percibidos hasta el límite del producido del bien gravado después de pagadas las costas, los intereses preferidos anteriores a la quiebra y el capital. Asimismo, tampoco se suspenden los intereses compensatorios devengados con posterioridad que correspondan a créditos laborales.”

En la última parte del art. 129 se incorporó, al igual que en el art. 19, una excepción a la suspensión de intereses que beneficia a los créditos laborales.

El acreedor hipotecario o prendario puede reclamar los intereses compensatorios posteriores a la declaración de quiebra hasta el límite del producido del bien gravado después de pagadas las costas, los intereses preferidos anteriores a la quiebra y el capital.

En ese sentido la mayoría de los doctrinarios nos han referido que debemos considerar que

⁷ Casadío Martínez, Claudio A, “Privilegio concursal de la indemnización prevista por el art. 80 de la LCT. Comentario al plenario «Sociedad Alemana de Socorro a Enfermos Asociación Mutual”, 5-may-2016, Cita: MJ-DOC-9867-AR | MJD9867.

⁸ Lloveras, Nestor "Los Privilegios en la Ley de Contrato de Trabajo", ED 58-717, N° 20; DICT. 62215, "Quimpey SA S/ Quiebra s/ Inc. De Verificación por Roosz Lazlo"

⁹ CNCom. Sala C, "Club Atlético San Lorenzo de Almagro Asociación Civil S/ Concurso preventivo S/ Incidente de Verificación de Créditos por Dogliotti, Oscar S/ Concurso Preventivo" 29/03/2005

¹⁰ Cámara Civil y Comercial, 84306 RSD-191-6 S 13/06/2006 JUBA Sum. B950940

los arts. 19 y 129, luego de la reforma de la Ley 26.684, han previsto que no suspenden los intereses de estos créditos; por lo tanto, se ha pretendido dotarlos de mayor protección.¹¹

1213

En el precedente de la CSJN “Club Ferrocarril Oeste”¹⁴, siguiendo el dictamen del Procurador General, estableció que es arbitraria la sentencia que rechazó la pretensión del acreedor laboral de obtener el reconocimiento de los intereses devengados con posterioridad al decreto de quiebra, toda vez que la misma se apartó del texto y de la finalidad del artículo 129 de la ley 24.522 introduciendo una limitación a las garantías constitucionales que tutelan los créditos de origen laboral.

En este caso se apeló la sentencia de la Sala “D” de la CNCom que había establecido que los acreedores laborales no devengaban “intereses compensatorios”, entendiendo que estos solo se devengan por el uso de capital ajeno, mientras que los intereses de los créditos laborales son de origen legal (Art. 137 LNE), y que los Plenarios “Seidman & Bonder”¹⁵ y “Club Atlético Excursionistas” solo se encuentran circunscriptos al ámbito del Concurso Preventivo.

El Procurador, dictamino que es arbitraria la sentencia que rechazó la pretensión del acreedor laboral de obtener el reconocimiento de los intereses devengados con posterioridad al decreto de quiebra, toda vez que la misma es contraria a literalidad y la finalidad del artículo 129 de la ley 24.522 (Modif. 26.684) introduciendo una limitación a las garantías constitucionales que tutelan los créditos de origen laboral.

La reforma efectuada a la LCyQ 129 por la ley 26684 tuvo como finalidad reconocerles a los acreedores laborales el derecho a percibir los intereses devengados con posterioridad al decreto de quiebra, con lo cual cuando la norma alude a intereses "compensatorios" debe ser entendida, en sentido amplio, en tanto son intereses que hacen posible el mantenimiento del valor del crédito laboral (de naturaleza alimentaria) ante la insolvencia.

¹¹ Casadío Martínez, Claudio A, “Privilegio concursal de la indemnización prevista por el art. 80 de la LCT. Comentario al plenario “Sociedad Alemana de Socorro a Enfermos Asociación Mutual”, 5-may-2016, Cita: MJ-DOC-9867-AR | MJD9867.

¹² Miguens Campos, Hugo, “El pronto pago laboral en el concurso y la quiebra” Revista Argentina de Derecho Empresario - Número 19; 27/05/2020; Cita: IJ-CMX-700

¹³ Chomer - Frick "Concursos y Quiebras Ley 24522 Comentada anotada y concordada...." Edit. Astrea año 2016 pág. 605

¹⁴ CSJN, “Club Ferrocarril Oeste s/ quiebra/ incidente de levantamiento/ incidente de apelación”, COM 49430/2000/1/4/1/RH2, de fecha 26/11/2020.

¹⁵ Seidman y Bonder SCA s/ Concurso Preventivo s/ Incidente de verificación de créditos por Piserchia, Raúl O. ED 136:452.

La exegesis que la CNCom le otorgo al texto legal, vaciaría de contenido a la reforma y por lo tanto el rechazó a la pretensión del acreedor laboral de obtener el reconocimiento de los intereses devengados con posterioridad al decreto de quiebra, no puede ser considerada como una derivación razonada del derecho vigente pues, prescindió del texto y de la finalidad del artículo 129 de la ley 24.522 y de lo establecido por las normas federales de jerarquía supra legal protectorias de los derechos del trabajador¹⁶

Hoy podemos decir que existe también una doctrina legal al respecto, en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires ya que este tema también fue tratado por la Sala III de la Cámara de Apelaciones de Lomas de Zamora¹⁷, en donde se estableció, con los mismos fundamentos que utilizo la CSJN en el precedente “Club Ferrocarril Oeste”, que no debe prescindirse del texto y de la finalidad del art. 129 de la ley 24.522 (t.o. ley 26684) y de lo establecido por las normas federales de jerarquía supra legal protectorias de los derechos del trabajador y que se debe dejar puntualmente establecido que debe reconocerse intereses desde la fecha de partida del devengamiento del crédito laboral verificado hasta la efectiva percepción del pago del crédito laboral.

V.- Consideraciones Finales.

El poder contar en el ámbito provincial con jurisprudencia originada en instancia de apelación, que era casi inexistente a la fecha, nos hace vislumbrar una aplicación uniforme de la norma concursal en el ámbito de las relaciones de trabajo, que expresamente reconoce el Privilegio para las “Multas Laborales” y sobre el devengamiento de intereses por causa laboral posteriores a la declaración de quiebra, y nos facilita la tarea a los operadores del derecho, que veíamos como injustamente algunos juzgados, resolvían incidentes de verificación de créditos laborales en forma contraria a lo que manda la ley en su redacción actual, mientras en el ámbito capitalino estas cuestiones habían sido zanjadas hace ya algunos años.

En cuanto al devengamiento de los intereses posteriores a la declaración de la quiebra que mereció la reforma de la Ley 26.684 del año 2011, vemos como este tema se encuentra totalmente interrelacionado con el fenómeno inflacionario del que es víctima nuestro país, fenómeno recurrente y ya instalado en nuestra historia, en conjunción con la prohibición

¹⁶ Op. Cit. 3 y 4

¹⁷ Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial, Sala III, Lomas de Zamora, "Coronel, Claudio Norberto S/ Incidente de Verificación de Crédito (ORGANIZACION COORDINADORA ARGENTINA SRL. S/ QUIEBRA (GRANDE))" (Expte. 103.429)", 26/09/2023.

de actualización¹⁸ y/o indexación¹⁹ de los créditos que surge de la Ley de Convertibilidad²⁰, que continua vigente.

Parecería que hoy no es suficiente con el criterio ha sentado ya hace tiempo la C.S.J.N. que ha reiterado continuamente la vigencia del reseñado criterio al sostener que *"la prohibición de indexar impuesta en las leyes federales aludidas [en referencia a las leyes 23.928 y 25.561] procura evitar que el alza de los precios relativos correspondientes a cada uno de los sectores de la economía, al reflejarse de manera inmediata en el índice general utilizado al mismo tiempo como referencia para reajustar los precios y salarios de cada uno de los demás sectores, contribuya de manera inercial a acelerar las alzas generalizadas de precios. Por tal motivo, la recomposición de la pérdida del valor adquisitivo ha de darse sector por sector y caso por caso"*²¹.

Cabe preguntarse, quizás siendo el puntapié para una próxima ponencia, cual debería ser la medida y el verdadero grado protección para el crédito laboral, que le otorgue una real y efectiva protección, con posibilidades ciertas de cobro por parte del trabajador y que no se vea envilecido por la degradación constante de la moneda de curso legal y forzosa, y la larga distancia temporal entre el inicio del proceso judicial y su culminación²², y pensando que quizás no sea solo el reconocimiento de intereses la mejor herramienta para conseguir tal fin.

¹⁸ "Perez Lozano, Roberto c/ Compañía Argentina de Televisión S.A. S/Concurso preventivo s/ Incidente de verificación de crédito" LL 1981:D, 425.

¹⁹ Seidman y Bonder SCA s/ Concurso Preventivo s/ Incidente de verificación de créditos por Piserchia, Raúl O. ED 136:452.

²⁰ Art. 7, Ley N° 23.928

²¹ C.S.J.N. "Chiara Díaz" del 07/03/2006, consids. 10° y 11° del voto de los doctores Petracchi y Maqueda).

²² C.S.J.N. "Clínica Marini SA s/quiebra - recurso de hecho" del 01/08/2013

78 ENCUENTRO DE INSTITUTOS DE DERECHO COMERCIAL DE COLEGIOS DE ABOGADOS DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES – MAR DE AJO (UAA).

Autor: ALEJANDRO MARTÍN VÁZQUEZ.

INSTITUTO DE DERECHO COMERCIAL DE MAR DEL PLATA.

Tema: Derecho Cambiario.

Ponencia: El pagaré sin fecha de creación ni vencimiento, constituye un título nulo carente de requisito esencial e imprescriptible, lo que no es concedido en el derecho. La conversión de oficio de un pretendido título cambiario, es también inadmisibile en nuestro derecho.

Fundamentación:

I. Introducción.

La ponencia trata de conectar temas vinculados del derecho cambiario, los títulos ejecutivos, los instrumentos privados y sus carriles procesales. En parte se trata de una discusión que, a pesar de no ser nueva, continúa vigente en función de la disparidad de criterios y de normas incorporadas al Código Civil y Comercial (en adelante CCyC). Al menos en el ámbito bonaerense, aunque se sabe, en otras jurisdicciones.

Se deriva de una serie de decisiones judiciales que, ante la ejecución de pagarés sin fecha de creación y con vencimiento a la vista (por ausencia de fecha de vencimiento); tuvieron criterios opuestos.

II. Pagaré a la vista sin fecha de creación.

El art. 101 del Decreto-Ley 5965/63 dispone que: *“El vale o pagaré debe contener: f) Indicación del lugar y de la fecha en que el vale o el pagaré han sido firmados;...”*.

Esa norma se completa con la siguiente (art. 102) que determina: *“El título al cual le falte alguno de los requisitos indicados en el artículo precedente **no es válido como pagaré, salvo en los casos determinados a continuación:***

El vale o pagaré en el cual no se ha indicado el plazo para el pago se considera pagable a la vista.

A falta de indicación especial, el lugar de creación del título se considera lugar de pago y, también, domicilio del suscriptor”.

La fecha de firma del librador es un requisito esencial del título de crédito pagaré que no se encuentra suplido por el ordenamiento jurídico; es decir que no resulta salvable conforme lo dispone el Decreto-Ley 5965/63.

Prestigiosa Doctrina sostiene en este sentido que: *“Habida cuenta que la disposición del art. 2 y art. 102 del decr.-ley 5965/63 no contempla la posibilidad de suplir esta falta, debemos entender que ese instrumento al que le falta la fecha de emisión, no será letra de cambio ni pagaré, dad lo formal del título, pues ello importa no sólo el incumplimiento de un recaudo esencial del título, sino que así debe considerarse por la importancia que la fecha tiene en la determinación de la capacidad del librador y la eventual determinación del vencimiento”*¹.

En igual sentido se ha dicho que: *“El art. 1º del dec.-ley 5965/63 (Adla, XXIII-B, 936), impone como requisito de forma del pagaré el lugar y fecha de creación del documento, recaudos sustanciales por cuanto integran la literalidad y completividad del título, aun cuando el art. 11 de ese cuerpo legal autorice implícitamente la emisión de documentos a los que le falten tiempo de su emisión uno o varios requisitos extrínsecos, ello es condición de que sean completados antes de la fecha de su presentación”*².

Resaltamos también que por los principios de completividad y autonomía que rigen el derecho de los títulos cambiarios; impiden considerar que cualquier otro elemento externo al título en sí; pueda integrarlo³. Al respecto se ha dicho que: *“Para que un papel de comercio pueda ser considerado como vale o pagaré debe necesariamente contener los requisitos que expresamente prevé el art. 101 del dec. ley 5965/63, ello por cuanto el art. 102 del citado cuerpo legal determina, en forma expresa, que “el título al cual le falta alguno de los requisitos indicados en el artículo precedente no es válido como pagaré”, estableciendo a continuación dos salvedades, ninguna de las cuales se refiere al requisito de la fecha en que el vale o pagaré han sido firmados (art. 101 inc. 6º, dec. ley 5965/63). Por lo tanto, si en el cartular se omite consignar la fecha o esta aparece enmendada sin que tal corrección aparezca convenientemente salvada en el mismo, el documento se considera carente de fecha de creación, por lo que no puede considerarse pagaré por haberse violado la expresa*

¹ MUGUILLO MARÍA TERESA Y MUGUILLO ROBERTO ALFREDO, *Requisitos de la Letra de Cambio y Pagaré*, en *Tratado de Derecho Comercial*, Martorell Ernesto E. (Dir.), Tomo XIV Títulos de Crédito, Editorial La Ley, año 2010, pág. 82/83.

² Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul, sala II • 26/11/1996 • Lombardi, Naldo D. c. Melendez, Andrés y otra • LLBA 1997, 566 • TR LALEY AR/JUR/4306/1996.

³ Cám. Nac. de Comercio, sala E, sent. del 26/04/2001, autos: *“Qeaca S.A. v. Agrotécnica S.R.L.”*; en el que se dijo: *“La mención de la fecha en el extremo superior derecho del documento, fuera del cuerpo del título, carece de eficacia cambiaria”*.

directiva de los artículos 101 inc. 6º y 102 del dec. ley 5965/63, resultando procedente la excepción de inhabilidad del título”⁴.

En igual sentido: “*Corresponde hacer lugar al agravio del ejecutado y revocar la sentencia de trance y remate ordenada por el magistrado anterior, toda vez que la falta de consignación de la fecha de creación del título traído a ejecución implica no sólo su invalidez como título cambiario sino su imposibilidad de servir como promesa de pago o reconocimiento de deuda”⁵.*

Cuando el título carece de fecha de vencimiento se considera que es pagable a la vista (segundo párrafo del art. 102 del Decreto Ley 5965/63). Ahora bien, ello importa que debe presentarse dentro del año de “su fecha” (conf. arts. 36 y 103).

Como consecuencia de ello, un título con vencimiento a la vista y sin fecha de creación sería uno imprescriptible, lo que constituye una conclusión evidentemente rechazada por el ordenamiento jurídico y la naturaleza jurídica de la prescripción liberatoria. Ello ha sido exclusivamente reservado a las acciones de lesa humanidad (art. 2560 CCyC).

Tal es así que si se admitiere cuando se demande ejecutivamente, sucedería que el mismo día que comienza a correr el plazo de prescripción (art. 2554 del CCyC), la misma se encuentra interrumpida (art. 2546 del CCyC).

III. La recalificación oficiosa del instrumento.

Es un tema que tuvo disparidad de criterios y los sigue teniendo. ¿Puede, o no, un Juzgado recalificar un título cambio que carece de uno o varios elementos esenciales y darle curso como título ejecutivo?.

Por supuesto que, para ello, deberían darse los elementos esenciales y constitutivos de los títulos ejecutivos (arts. 518 y 521 inc. 2do. del CPCC).

En un brevísimo repaso, decimos que existían distintas posturas.

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial en pleno en el caso: “*Krshichanowsky, Miguel c. Weliki, Daniel*” con sentencia de 22/09/1981 (LL 1981-D-253); sostuvo que el título que no tenía el lugar de creación servía como instrumento privado reconocido judicialmente para proceder de modo ejecutivo.

La Cámara Primera de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Bahía Blanca en pleno en el caso: “*Cooperativa de Servicios y Obras Públicas Ltda. de Púan c. Rodríguez, Oscar*

⁴ CC0201 LP 85571 RSD-255-97 S 08/07/1997 Juez Sosa (SD), Carátula: *Romano, Luis c. Pérez, Hernán s. Cobro ejecutivo.*

⁵ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala D, *Inversora Plana S.A v. Rozenberg, Sergio I.* • 02/02/2009, Cita: TR LALEY 70052898.

Alberto”, con sentencia del 04/03/2010 en la que se sentó la posibilidad de la recalificación y procedencia ejecutiva, salvo los faltantes de lugar y fecha de creación.

La Cámara Segunda de La Plata, Sala I, en la causa: "*Fraomeni, Agustín c. Casa Tomada SRL s. Cobro ejecutivo*", con sentencia del 3/08/2021 –voto del Dr. Sosa Aubone- ha dicho que sí procede la recalificación del título por defecto de un requisito esencial. Afirma que: "...si el título que se ejecuta no es válido como pagaré según lo dispuesto por el art. 35 in fine LCA, ello no empecé a darle validez como instrumento en la medida que comporte el reconocimiento de una deuda ejecutable en función de las disposiciones del CPCC”.

La Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata en pleno en autos caratulados "*Blanc Andrés Gabriel c. Márquez Luis Arnaldo s. Cobro Ejecutivo*", N° 152.631, RSD 173-677, sent. del 12/8/2014, tiene la tesis contraria y sostiene que: "...si la ejecución iniciada es cambiaria, lo cual implica que esté fundada exclusivamente en el título, y si éste es nulo por vicios formales, no puede concebirse que trabada la litis pueda cambiarse su basamento sustancial, alejándose de lo demandado, sin quebrantar sorpresivamente el principio de congruencia procesal y la garantía constitucional de defensa en juicio y del debido proceso (arts. 18 CN, 165 CPC)”.

Podrían citarse posiciones en uno y otro sentido de los distintos Juzgado y Tribunales de la Provincia de Buenos Aires; pues éstas han sido un mero ejemplo.

Se trata a veces de supuestos y/u omisiones de elementos esenciales distintos, como fecha de creación, indicación de beneficiario, lugar de creación, etc.

Consideramos que en la actualidad existen argumentos normativos de fondo suficientes para sustentar la posición que impide convertir de oficio un pagaré –u otro título con acción cambiaria- en un instrumento privado con acción ejecutiva.

Para ello descartamos argumentos meramente procesales, que los hay, para fundar la posición dada.

IV. La conversión del acto y los papeles de comercio.

EL Código de Vélez no preveía una norma de conversión de los actos jurídicos nulos o inválidos⁶. El CCyC sí, es el art. 384.

Lo primero a indagar es su ámbito de aplicación. En el caso planteado: ¿Se aplica a un acto jurídico que contiene una declaración unilateral?.

La ubicación metodológica de la norma y su texto nos permiten extraer una respuesta. Se encuentra contenida en la Parte General de actos jurídicos, no habiendo distinción que

⁶ Aunque sí los Proyectos del Poder Ejecutivo del año 1993 (art. 689) y del año 1998 (art. 381).

importe su exclusión (conf. art. 259 del CCyC). Tampoco su redacción parece reducirlo a actos bilaterales y/o a contratos, encontrándose aprehendido bajo el género del concepto de “acto jurídico”.

Esta es la posición de Alterini⁷, que sostiene que la conversión es aplicable a cualquier negocio jurídico, incluidos los unilaterales

El art. 384 dispone: “*El acto nulo puede convertirse en otro diferente válido cuyos requisitos esenciales satisfaga, si el fin práctico perseguido por las partes permite suponer que ellas lo habrían querido si hubiesen previsto la nulidad*”.

Sostiene Heredia que: “...*puede decirse que la conversión sirve de auxilio al negocio jurídico viciado, que acrece de los requisitos o elementos necesarios para derivar sus efectos típicos pero reúne las condiciones suficientes para producir los efectos jurídicos de otro distinto –que resultan análogos o cercanos-, siempre que, atento al fin perseguido por las partes –a determinar mediante una indagación de la voluntad hipotética de tales interesados-, puede entenderse que quisieron o hubieran querido el segundo negocio...*”⁸.

Hay varias teorías acerca de los fundamentos que justifican la incorporación de la conversión del acto (por ejemplo: la regla de la utilidad, la buena fe, el principio de conservación del negocio, etc.), existen distintas concepciones (objetiva y subjetiva) y también existen distintas clasificaciones de conversión (por ejemplo: la conversión sustancial, la conversión formal, la conversión legal, etc.).

Nos interesa destacar que nuestro Código Civil y Comercial ha receptado de modo bastante evidente la concepción subjetiva de la conversión⁹.

Tal es así que dentro de los elementos necesarios para la conversión (la invalidez de un intento de negocio jurídico, que este contenga los elementos de otro válido, que sea idóneo para producir efectos que son contenido estimable del interés de las partes); se encuentra lo que se denomina la voluntad hipotética. Es decir, lo que *ellas habrían querido si hubiesen previsto la nulidad*.

Este expreso requisito normativo demuestra que nuestro CCyC adscribe a la concepción subjetiva, pues es necesario realizar una indagación de la voluntad de las partes en circunstancias de tiempo, lugar y personas.

⁷ ALTERINI JORGE H., *Código Civil y Comercial Comentado –Tratado Exegético-*, 2da Edición Aumentada y Actualizada, Tomo II, Editorial La Ley, año 2016, pág. 882.

⁸ HEREDIA PABLO D. – CALVO COSTA CARLOS A., *Código Civil y Comercial Comentado y Anotado*, 1era Edición, Tomo II, Editorial La Ley, año 202, pág. 737.

⁹ LORENZETTI RICARDO LUIS, *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Tomo II, Editorial Rubinzal Culzoni, año 2015, pág. 512.

Se sostiene que: *“No se requiere que las partes, previendo la invalidez del intento negocial, hayan querido un negocio ulterior subordinado a la invalidez del primero; tampoco que el segundo negocio pueda presumirse querido con base en una manifestación tácita de voluntad. Se requiere, en cambio la búsqueda de una voluntad meramente hipotética: la que se hubiera querido —pero que en realidad no existió— de haberse conocido o previsto la invalidez del negocio celebrado; ello requiere recurrir a las circunstancias del caso —sobre todo a los fines perseguidos”*¹⁰.

Esta conversión en sentido propio debe diferenciarse de la conversión formal que se trata de un mismo acto que puede realizarse por distintas formas y la elegida resulta inválida; como así también de la conversión legal, que es cuando la propia ley prevé la conversión (por ej. art. 2502 del CCyC), desinteresándose de la voluntad de las partes.

Gómez Leo¹¹ sostenía que procedía la conversión sustancial del pagaré declarado nulo por ausencia de los requisitos formales y necesarios, ya que el instrumento documenta una declaración unilateral de voluntad que consiste en una promesa de pago de una suma. Esta opinión se erigió sin la incorporación del art. 382 del CCyC.

Por último, debemos indicar que un pagaré (o un título regido por el Decreto Ley 5965/63 y/u otras legislaciones especiales) no es lo mismo que un título ejecutivo. Los primeros contienen características distintivas que los simples títulos ejecutivos, como por ejemplo: la literalidad, la abstracción, la autonomía, etc. Como todos saben, estos rasgos propios de los títulos cambiarios imponen mayor estrictez y rigidez en todos sus aspectos (creación, circulación, etc.).

Ante este escenario afirmamos que, en función de la acepción subjetiva de la conversión prevista en el art. 382 del CCyC; no es posible que un Juez aplique la conversión del acto en el marco de un juicio ejecutivo al considerar que un pagaré que no reúne uno o alguno de sus elementos esenciales, puede convertirse en un título ejecutivo quirógrafo y proceder ejecutivamente.

Pues la indagación de voluntad, aún la hipotética, iría en contra de la imposibilidad de escrutar la causa en función de lo establecido por nuestro Código Procesal —salvo desnaturalización no justificada—.

Tampoco parece lógico que ello pueda extraerse de un título que pretendió ser abstracto. Pues la propia abstracción cambiaria (conf. arts. 212 del Código de Comercio, 18 del Decreto Ley N° 5.965/63 y 20 de la Ley N° 24.452) impide tal alegación causal.

¹⁰ ALTERINI JORGE H., ob. cit., pág. 875.

¹¹ GÓMEZ LEO OSVALDO R., *Tratado del pagaré cambiario*, Editorial Depalma, año 2002, pág. 196.

Estos se caracterizan por ser completos, en función que la legitimación activa como así la pasiva (es decir, los obligados cambiarios) debe surgir únicamente de instrumento; no pudiéndose hacer ninguna remisión a elementos externos al título.

Además, y en función de principios generales (la buena fe), no permite que un sujeto que pretendió obligarse por un pagaré pueda considerárselo obligado por otro acto que el resulta más gravoso, en función que carece de ciertos elementos –entre ellos declarativos y defensivos- y de la rigidez formal y sustancial del negocio que pretendió ser.

Pues recordemos que el rigor cambiario que nace del Decreto Ley N° 5.965/63 en sus tres aspectos (el formal, el sustancial y el procesal), imponen una serie de cargas formales y obligaciones sustanciales a sui beneficiario o legitimado; que un simple título quirógrafo no tiene. La conversión propiamente dicha contiene ese límite fundado en la buena fe.

Es por ello que existiendo en el CCyC una norma expresa que prevé el supuesto de “recalificación” –ahora claramente “conversión”- ésta debe aplicarse al supuesto. Sobre esa premisa, se evidencia por la propia concepción adoptada por el legislador que la conversión del pagaré con faltante de requisitos esencial no es convertible en título ejecutivo, aun cuando no existe el desconocimiento de la firma, pues no se encuentran abastecidos los requisitos de la norma naturalmente llamada la resolver la cuestión: el art. 384.

V. Conclusión.

El pagaré sin fecha de creación ni vencimiento, constituye un título nulo carente de requisito esencial e imprescriptible, lo que no es concedido en el derecho. La conversión de oficio de un pretendido título cambiario, es también inadmisibles en nuestro derecho.

ALEJANDRO MARTÍN VÁZQUEZ.