



COLEGIO DE ABOGADOS DE SAN ISIDRO
Área Académica

Acassuso 442, 2º piso (1642) San Isidro
Tel.: 4743-5720 int. 227/228/240/258 - Fax: 4732-2835
e-mail: areaacademica@casi.com.ar
Internet: <http://www.casi.com.ar>

LXV ENCUENTRO DE INSTITUTOS DE DERECHO COMERCIAL DE COLEGIOS DE ABOGADOS DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES • LIBRO DE PONENCIAS

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

EN HOMENAJE AL DR. HÉCTOR ALEGRÍA

SAN ISIDRO, 11 Y 12 DE MAYO DE 2017

LIBRO DE PONENCIAS



Colegio de Abogados de San Isidro
Área Académica

Al entrañable amigo y colega

"HUGO STEMPELS"

miembro fundador de nuestros encuentros.

En su reciente partida para

instalarse definitivamente en nuestras vidas.

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

EN HOMENAJE AL DR. HÉCTOR ALEGRÍA

SAN ISIDRO, 11 Y 12 DE MAYO DE 2017

LIBRO DE PONENCIAS



Colegio de Abogados de San Isidro
Área Académica

Autoridades del Colegio de Abogados de San Isidro

Consejo Directivo - Dres.:

Presidente:	Guillermo Ernesto Sagués
Vice Presidente Primero:	Juan Fermín Lahitte
Vicepresidente Segundo:	Santiago Quarneti
Secretario:	Luciano J. Locatelli
Prosecretaria:	Guillermina Soria
Tesorera:	María Bartoszyk de Ferrari
Pro Tesorera:	Sara Martha Calahorra

Consejeros Titulares, Dres.:

Martín Álvarez Bilbao
Sebastián Weinschelbaum
Juan Carlos Casette
Sergio Roberto Castelli
Aníbal Matías Ramírez

Consejeros Suplentes, Dres.:

Germán Diego Balaz
Fabiana Inés Bellini
Guillermo E. Lindoso
Martina I. Mateo
Horacio R. Vicente López
Fulvio Germán Santarelli
Sandra Laura Dell'Osa
Juan Cruz Nocciolino
Julio Cesar Abram

Autoridades del LXV Encuentro

Comité Honorario:

Azul:	Dra. Raquel Taccari de Santi
Bahía Blanca:	Dr. Sebastián Scoccia
La Plata:	Dr. Carlos Garobio
La Matanza:	Dra. Nora Modolo
Lomas de Zamora:	Dr. Eduardo Marsala
Mar del Plata:	Dr. Alejandro Martín Vázquez
Moreno - Gral. Rodríguez:	Dra. Paola Bartolomé Alemán
Morón:	Dra. Marisol Martínez
Lanús - Avellaneda:	Dr. Ricardo Tedesco
Quilmes:	Dr. Germán Alberto Pizzano
San Isidro:	Dr. Osvaldo E. Pisani
“ “	Dr. Carlos E. Ribera
San Martín:	Dra. Patricia D' Albano Torres

Comité Organizador - Dres.:

Marisa Maydana
M. Victoria Martinelli Phillip
Julieta Trimarco
Alberto Montes de Oca
Luciano Locatelli
Jerónimo De Francesco
Carlos E. Ribera
Osvaldo E. Pisani

Área Académica del Colegio de
Abogados de San Isidro

ÍNDICE

	Pág.
Prólogo	15
“El Espíritu de Junín”, por Hugo Stempels y José De Paula	17

PONENCIAS:

I - COMISIÓN DE DERECHO COMERCIAL

PARTE GENERAL:

1. Algunas consideraciones sobre el Derecho Mercantil en el Código Civil y Comercial de la Nación. Dr. MARCOS, Fernando Javier. <i>Colegio de Abogados de Morón</i>	23
2. Régimen Patrimonial de la Unión Convivencial. Dr. GARAGUSO, Horacio Pablo, Dr. GARAGUSO, Guillermo H. F. y Dr. GARAGUSO, Andrés A. <i>Colegio de Abogados de Mar del Plata</i>	33
3. Conjuntos Inmobiliarios. Nuevo Derecho real de Propiedad. Dra. TOMIZZI, María Isabel. <i>Colegio de Abogados de San Martín</i>	37
4. Subasta. Dra. DI MASULLO, Lidia Estela. <i>Colegio de Abogados de Lomas de Zamora</i>	41
5. Derecho Marítimo-Clorado de Aguas de Lastre. Dr. GARAGUSO, Horacio P., Dr. GARAGUSO, Guillermo H. y Dr. GARAGUSO, Andrés A. <i>Colegio de Abogados de Mar del Plata</i>	45
6. Juicio Ejecutivo. Dra. DI MASULLO, Lidia Estela. <i>Colegio de Abogados de Lomas De Zamora</i>	47
7. El secuestro prendario previsto en el Art. 39 L.P.R. Dr. MUGUILLO, Roberto A. <i>Colegio de Abogados de San Isidro</i>	51
8. Registración del Contrato de Fideicomiso. Necesidad de evitar una dualidad que conspira con la seguridad jurídica. Dr. SOSA AUBONE, Ricardo Daniel. <i>Colegio de Abogados de La Plata</i>	55

II - COMISIÓN: CONTRATOS COMERCIALES - DERECHO BANCARIO - TÍTULO VALORES - CONSUMIDOR.

9. Apuntes sobre la Resolución de los Contratos. Dr. MAKCIMOVICH, Gabriel Antonio. <i>Colegio de Abogados de La Plata</i>	69
--	----

10. Derecho de Contratos - Seguro de Responsabilidad Civil - Relación sustancial entre asegurador y la víctima. Consecuencias. Dr. VAZQUEZ, Alejandro Martin. <i>Colegio de Abogados de Mar del Plata</i>	Pág. 77
11. Responsabilidad del Patrimonio Fiduciario. Dr. SCOCCIA, Sebastián. <i>Colegio de Abogados de Bahía Blanca</i>	91
12. El Contrato de Agencia y el Viajante de Comercio- Su confundibilidad. Dr. BRIGNOLE, Horacio Arturo. <i>Colegio de Abogados de San Isidro</i>	95
13. La Incidencia de la Solidaridad del Art. 30 de la LCT en el Contrato de Franquicias Comerciales. Dra. CIVALLERO, Marcela F. <i>Colegio de Abogados de Lomas de Zamora</i>	101
14. Contrato de Cuenta Corriente, un caso en que no se configura. Dr. GARAGUSO, Horacio P., GARAGUSO, Guillermo H.F. y GARAGUSO, Andrés A. <i>Colegio de Abogados de Mar del Plata.</i> ...	107
15. Contrato de Transporte - Responsabilidad del Transportista. Dr. GARAGUSO, Horacio P., GARAGUSO, Guillermo H. y GARAGUSO Andrés A. <i>Colegio de Abogados de Mar del Plata.</i>	111
16. Responsabilidad por pérdida de equipajes en el transporte aéreo. Dr. GARAGUSO, Horacio P, Dr. GARAGUSO, Guillermo H.F. y Dr. GARAGUSO, Andrés A. <i>Colegio de Abogados de Mar del Plata</i>	115
17. Contrato de Transporte – Responsabilidad del Transportista en el Transporte Aeronáutico. Dr. GARAGUSO, Horacio H., Dr. GARAGUSO Guillermo H. y Dr. GARAGUSO, Andrés A. <i>Colegio de Abogados de Mar del Plata</i>	119
18. Contrato de Esparcimiento y Recreación .Contrato de Espectáculo Público. Responsabilidad del Estado. Dra. MARMONTI, Estela Alicia. <i>Colegio de Abogados de La Plata</i>	121
19. Cuenta Corriente Bancaria. Aplicación inmediata del Código Civil y Comercial a la totalidad de los intereses devengados de una relación jurídica que transita dos regímenes jurídicos distintos. Dra. CÁNEPA, Andrea Mariela. <i>Colegio de Abogados de Lomas de Zamora</i>	125
20. La trampa mortal del pago mínimo de las Tarjetas de Crédito. Dr. MARSALA, Eduardo. <i>Colegio de Abogados de Lomas de Zamora</i>	131
21. La Responsabilidad por la pérdida, hurto o extravío de la Tarjeta de Crédito. Diferentes Supuestos Jurisprudenciales. Dr. MARSALA, Eduardo. <i>Colegio de Abogados de Lomas de Zamora.</i>	135
22. Contrato de Servicios Educativos. Dra. MORALLI, Marta Beatriz. <i>Colegio de Abogados de Lomas de Zamora</i>	143
23. Adecuada interpretación del beneficio de Justicia gratuita en las acciones colectivas de consumo. Dra. BOQUIN, Gabriela Fernanda. <i>Colegio de Abogados de San Martín</i>	151
24. Responsabilidad en los Títulos Valores: Contradicción de los art. 1826 y 1846. Dr. PISANI, Osvaldo E. <i>Colegio de Abogados de San Isidro.</i>	157

25. Títulos de Créditos – Requisitos esenciales del Pagaré. Dr. GARAGUSO, Horacio P. y Dr. GARAGUSO, Andrés A. <i>Colegio de Abogados de Mar del Plata</i>	Pág. 159
26. Pagaré a la vista, imposibilidad de dispensarlo del protesto. Dr. PISANI, Osvaldo E. <i>Colegio de Abogados de San Isidro.</i>	163
27. El Art. 1379 del Código Civil y Comercial de la Nación, una armónica solución a la discusión respecto de la ejecutabilidad del pagaré de consumo. Dra. TRIMARCO, Julieta y Dr. PISANI, Osvaldo E. <i>Colegio de Abogados de San Isidro.</i>	171
28. Pagaré de Consumo. Dra. BICHLER, Mariela. <i>Colegio de Abogados de San Isidro</i>	175
29. Derecho Comercial: Pagaré de Consumo. Dra. DI MASULLO, Lidia Estela. <i>Colegio de Abogados de Lomas de Zamora.</i>	181
30. Títulos de Crédito: Pagaré de Consumo. Dr. GARAGUSO., Horacio P. y Dr. GARAGUSO, Andrés Alejandro. <i>Colegio de Abogados de Mar del Plata</i>	185
31. Títulos Valores cartulares abstractos: Letra de cambio y pagaré. Impacto del Art. 53 de la legislación consumeril en el DEC. Ley 5965/63. Dr. SOSA AUBONE, Ricardo Daniel. <i>Colegio de Abogados de La Plata</i>	189
32. Títulos Valores cartulares abstractos: Letra de cambio y pagaré. Impacto del Art. 36 de la legislación consumeril en el DEC. Ley 5965/63. Dr. SOSA AUBONE, Ricardo Daniel. <i>Colegio de Abogados de La Plata</i>	193

III.- COMISIÓN: DERECHO SOCIETARIO.

33. La Sociedad de Garantía Recíproca como herramienta para el desarrollo de las Pymes y la necesidad de readecuar algunas cuestiones operativas. Dra. BARTOLOMÉ ALEMÁN, Paola Lorena. <i>Colegio de Abogados de Moreno- Gral. Rodríguez</i>	203
34. Sociedades de la sección IV.- ¿Qué se prueba cuando se prueba la existencia de la sociedad de hecho? Dr. GARAGUSO, Horacio P., Dr. GARAGUSO, Guillermo H. F. y Dr. GARAGUSO, Andrés A. <i>Colegio de Abogados de Mar del Plata</i>	211
35. Responsabilidad de los Socios en las Sociedades de la Sección IV. Dr. BALONAS, E. Daniel. <i>Colegio de Abogados de Lomas de Zamora</i>	215
36. Intervención Judicial de la Sociedades de la Sección IV. Dr. MARCOS, Guillermo Andrés. <i>Colegio de Abogados de Bahía Blanca</i>	221
37. Algunos Aspectos banales de la 19.550. Dra. CELEIRO, Irene. <i>Colegio de Abogados de San Isidro</i>	225
38. Deberes Contables de los Administradores de Sociedades de la Sección IV. Dr. BALONAS, E. Daniel. <i>Colegio de Abogados de Lomas de Zamora.</i>	233

39. Desestimación de la Personalidad Societaria-Legitimados Pasivos. Dr. BALONAS, E. Daniel. <i>Colegio de Abogados de Lomas de Zamora</i>	Pág. 239
40. La inoponibilidad de la persona jurídica y el réquiem para fallos de la Corte Suprema de Justicia en Materia Laboral. Dr. BRIGNOLE, Horacio Arturo. <i>Colegio de Abogados de San Isidro</i>	245
41. Sociedades-Intervención Judicial - Co-administración. Dra. DI MASULLO, Lidia Estela. <i>Colegio de Abogados de Lomas de Zamora</i>	249
42. El suspenso en la ejecución de decisiones asamblearias. Dr. BOTTERI (h), José David. <i>Colegio de Abogados de Mar del Plata</i>	253
43. Supuestos Especiales del Art. 244 L.G.S. 19.550. Dr. MUGUILLO, Roberto A. <i>Colegio de Abogados de San Isidro</i>	275
44. Sobre la votación de la gestión de los administradores. Dr. MUGUILLO, Roberto A. <i>Colegio de Abogados de San Isidro</i>	281
45. Responsabilidad de los Administradores y asociados en la persona Jurídica- Implicancias de la unificación de los códigos. Dr. GAROBBIO, Carlos Ezequiel. <i>Colegio de Abogados de La Plata</i>	285
46. La influencia y Aplicación de las normas sobre derecho de daños del Código Civil y Comercial de la Nación en el Derecho Societario. Dr. MARCOS, Fernando Javier. <i>Colegio de Abogados de Morón</i>	297
47. La obligación de resultado de llevar contabilidad y la aplicación del factor de atribución objetivo. Dr. MARCOS, Fernando Javier. <i>Colegio de Abogados de Morón</i>	309
48. Transferencia de fondo de comercio de una SRL. El embargo trabado sobre las cuotas de un socio impide la transferencia del fondo de comercio de la sociedad? Dra. FERRONI, Claudia L. <i>Colegio de Abogados de San Isidro</i>	313
49. Sociedad Anónima simplificada en la Ley de Emprendedores. Dr. GARAGUSO, Horacio P., Dr. GARAGUSO, Guillermo H.F. y Dr. GARAGUSO, Andrés A. <i>Colegio de Abogados de Mar del Plata</i>	319

IV.- COMISIÓN: DERECHO CONCURSAL.

50. Algunas consideraciones respecto de la insolvencia de entidades aseguradoras y la actuación de la Superintendencia de Seguros de la Nación. Dra. ARNOLFO RAPOPORT, Daniela Beatriz y Dr. RAPOPORT ARNOLFO, Diego Alberto. <i>Colegio de Abogados de Lomas de Zamora</i>	325
51. Problemática que presenta el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación en orden al concurso del patrimonio del fallecido y el juez competente en materia concursal tratándose de una persona humana. Dr. SOSA AUBONE, Ricardo Daniel. <i>Colegio de Abogados de La Plata</i>	331

52. La modificación de variables macroeconómicas influye directamente en los procesos concursales y falenciales. Dr. PIZZANO, Germán. <i>Colegio de Abogados de Quilmes</i>	Pág. 335
53. El verdugo constante de los procesos concursales: La banalización de los plazos. Dr. DAVID, Marcelo A. <i>Colegio de Abogados de La Plata</i>	339
54. El tema de los intereses en el concurso como “ <i>Lo esencial puede ser invisible a los ojos</i> ”. Dr. MARTINEZ, Marisol. <i>Colegio de abogados de Morón</i>	343
55. El requisito de fecha cierta en la oponibilidad del boleto de compraventa frente al concurso o quiebra del vendedor. Dra. SANGERMANO, María Laura. <i>Colegio de Abogados de Lomas de Zamora</i>	351
56. Plazos de verificación Concursal .Los plazos del artículo 56 de la LCQ. Dra. MARTINEZ, Marisol. <i>Colegio de Abogados de Morón</i>	355
57. Prescripción Verificatoria. Dr. GARAGUSO, Horacio P. Dr. GARAGUSO, Guillermo H.F. y Dr. GARAGUSO, Andrés A. <i>Colegio de Abogados de Mar del Plata</i>	363
58. La inconstitucionalidad de los artículos 16 y 20 inc b) de la resolución general AFIP 3587/2014. Dra. BOQUIN, Gabriela Fernanda. <i>Colegio de Abogados de San Martin</i>	367
59. La verificación tardía y el plazo de prescripción. La vigencia de “REVERSAT” los actuales precedentes “MADERO TANGO” y “TRANSPORTE TOMEÓ”. Dra. BOQUIN, Gabriela Fernanda. <i>Colegio de Abogados de San Martin</i>	375
60. Categorización de Créditos. La limitadísima potestad judicial de modificarla propuesta de categorización hecha por el deudor. A propósito de un fallo que no podemos compartir. Dr. LORENTE, Javier Armando. <i>Colegio de Abogados de San Isidro</i>	383
61. Acreedor “controlante o dominante”: Exclusión del Cómputo por hostil. Dr. PISANI, Osvaldo E y Dra. MARTINELLI PHILIPP, María Victoria. <i>Colegio de Abogados de San Isidro</i>	395
62. Acuerdo Preventivo-Propuesta en fraude a la Ley. Dr. GARAGUSO, Horacio P. Dr. GARAGUSO, Guillermo H. y Dr. GARAGUSSO, Andrés A. <i>Colegio de Abogados de Mar del Plata</i>	399
63. Efectos de la denegatoria de homologación de un acuerdo de pago no impugnado, por ser considerado abusivo por el juez. Dr. PISANI, Osvaldo E. <i>Colegio de Abogados de San Isidro</i>	401
64. La “empresa “ como presupuesto de apertura del proceso de salvataje previsto en el Art. 48 LCQ, en relación al caso “CORREO ARGENTINO”. Dr. ARENAS, Pablo. <i>Colegio de Abogados de la Plata</i>	405
65. La factura y el pedido de quiebra. Dr. MUGUILLO, Roberto A. <i>Colegio de Abogados de San Isidro</i>	411
66. Presupuestos de la Quiebra . Dr. GARAGUSO, Andrés A. , Dr. GARAGUSO Guillermo H. F. y Dr. GARAGUSO, Horacio P. <i>Colegio de Abogados de Mar del Plata</i>	415

67. Revocatoria Concursal. Dr. GARAGUSO, Andrés A., Dr. GARAGUSO, H.F. y Dr. GARAGUSO, Horacio P. <i>Colegio de Abogados de Mar del Plata</i>	Pág. 419
68. <i>Efectos personales de la quiebra- fin de la inhabilitación.</i> Dr. GARAGUSO, Horacio P., Dr. GARAGUSO, Andrés A. y Dr. GARAGUSO, Guillermo H.F. <i>Colegio de Abogados de Mar del Plata</i> ...	423
69. La rehabilitación del fallido y su inscripción registral. Dr. RAHMAN Javier. <i>Colegio de Abogados de La Plata</i>	425

PROLOGO

Resulta muy grato este momento, pues nos indica que en pocos días nos volvemos a encontrar físicamente, en la realización del "LXV ENCUENTRO DE INSTITUTOS DE DERECHO COMERCIAL DE COLEGIO DE ABOGADOS DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES" con sede en el Colegio de Abogados de San Isidro el 11 y 12 de mayo próximo, para retomar nuestros fervorosos debates, que las más de sesenta ponencias presentadas (y contenidas en este libro) nos permitan mantener y de esta forma ratificar el "*Espíritu de Junin*" y sus objetivos de búsqueda y formación de una "*doctrina comercialista bonaerense*" que nos lleve por el camino de la mayor justicia posible en la resolución de los conflictos y por dicha senda lograr las pautas de convivencia y de paz, objetivos estos que seguramente nos guiaron cuando elegimos nuestra profesión de abogados.

Por último, ya a nivel personal y más allá de lo grato que seguramente resultará el encuentro. Confieso que no puedo dejar de sentir anticipadamente, durante los actos preparatorios del mismo, la ausencia física del querido Hugo Stempels, el "*abogado chacarero*" como el mismo se autotitulaba para luego dejarnos "*boquiabiertos*" analizando los temas a debate, a través de la "Teoría Egológica" de Carlos Cossio".

Seguramente lo vamos a extrañar y mucho y seguro que con mucha tristeza, pero también, en mi caso, sin el dolor que muchas veces acompaña a la tristeza, pues creo (y se que muchos creen lo mismo) que la vida de Hugo fue "*valiosamente vivida*" que tuvo la dicha de dejar "*su estela en el mar de la vida*" -diría Machado- y eso alcanza para alejar el dolor de la tristeza.

Por todo eso y por último solo quiero decir:

"GRACIAS HUGO!!!!"
"POR SIEMPRE HUGO"

**Instituto de
Derecho Concursal
de San Isidro**
Dr. Carlos Ribera
Director

**Instituto de Derecho Comercial,
Económico y Empresarial
de San Isidro**
Dr. Osvaldo E. PISANI
Director

EL “ESPÍRITU DE JUNIN”

Por: Dr. Hugo STEMPELS y
Dr. José DE PAULA.

Allá por el mes de Abril de 1985 se publicó la **Revista Nro. 1, denominada “Estudios de Derecho Comercial”** (conocida en lo sucesivo como “la revista verde clarito”, para distinguirla de la porteña Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones -RDCO- que es “la revista verde”) editada por el Instituto de Derecho Comercial del Colegio de Abogados de San Isidro, en homenaje al décimo aniversario de su fundación, en la que se incluyó **“El espíritu de Junín -Apuntes de su gestación-” debido a la pluma del Dr. José Carlos G. De Paula.**

A partir de ese artículo hemos estado hablando del ESPIRITU DE JUNIN durante estos primeros dieciocho años de nuestros (ya!..) treinta y siete Encuentros de Institutos de Derecho Comercial de Colegios de Abogados de la Provincia de Buenos Aires.

Pero no todos los colegas y menos los nuevos cuentan con un ejemplar de aquella Revista para aprehender este famoso “espíritu de Junín”, lo que me impele a **transcribir aquel artículo de Pepe ...** y sé que él no accionará en mi contra por violación de la ley de propiedad intelectual, porque ya es nuestro tanto el “espíritu” como el material por él desplegado. Ahí va.

I - “Después de haber participado en el magnífico Encuentro de Mar del Plata (28 al 30 de marzo de 1985) donde nos hemos enriquecido con un intercambio de opiniones e ideas de alto nivel científico, comprendemos cuántas inquietudes, cuántas ideas, cuantos sueños se van convirtiendo en realidad, pudiendo resumir ello en cuatro palabras: El Espíritu de Junín.

Su origen, su significado, su proyección futura han sido expuestos en forma in-superable en los discursos de apertura y cierre del Primer Encuentro de Institutos de Derecho Comercial de Colegios de Abogados de la Provincia de Buenos Aires, a través de las emotivas y vibrantes palabras de los queridos colegas Horacio P. Garaguso y Hugo J. Stempels. Serán esas palabras de ahora en más, citas obligadas para entender este fenómeno nuevo que aparece en el ámbito de la Provincia y que tuvo su formal acta de nacimiento en el Primer Encuentro celebrado en Mar del Plata y que se proyectará en algunos meses más en el Segundo Encuentro a realizarse en nuestro Colegio de San Isidro.

Simplemente queremos evocar su gestación, rescatar para el recuerdo lo anecdótico, el entendimiento a través del dialogo fecundo y del intercambio de doctrina y jurisprudencia surgida

de la excelente relación personal entre los colegas de un informal grupo, que protagonizaron una concientización que motorizó la positiva actitud de organizar para el debate creativo, a todos los Institutos de Derecho Comercial de los Colegios de Abogados de la Provincia de Buenos Aires.

II - Mediados de septiembre de 1984. Primavera en Junín. Durante la realización del Primer Congreso de Derecho Civil, Comercial y Procesal Provincial, varios abogados llegados de distintas ciudades bonaerenses dialogan animadamente, entrada la noche. En un intervalo de un recital folklórico y degustando una copa de vino, los colegas comentan las distintas ponencias y discusiones que sobre temas de Derecho Comercial se habían sucedido en la jornada.

En ese informal grupo se hallaban representadas distintas regiones de nuestra provincia: los juninenses -dueños de casa- y los llegados de lugares como Mar del Plata, Bahía Blanca, Lomas de Zamora, Morón, San Isidro.

En las Jornadas de Junín, en setiembre de 1984, donde nació el mentado “espíritu”, participamos como lo hacíamos en los Congresos similares que se realizaban en distintos rincones del país, fundamentalmente para actualizar nuestros conocimientos y -como era lógico- los profesores de Derecho Comercial eran los que exponían sus ideas y “el resto” (entre los que me encontraba y me sigo encontrando) teníamos un mínimo desempeño, generalmente ajustado a exteriorizar nuestras Ponencias llevadas bajo el brazo (los más serios y dedicados, ya las habían mandado un mes antes...) y algunos teníamos el descaro de contradecir a aquellos ilustres profesores. Y así, “se armaban” las reuniones académicas.

Pero hete aquí que el desaparecido amigo y colega Adolfo Pederoda (nuestro querido Fito) sufrió algún exceso verbal -realmente podemos calificarlo como una humillación- de parte de uno de esos profesores al criticar sus dichos y en ese momento se alzó en su defensa y sostén de lo argumentado, una voz pausada, que emergía de un corpulento señor, de blanca cabellera, que pertenecía a uno de los tribunales de alzada en lo civil y comercial de la Provincia y que -además era amigo personal del ofendido-.

Así conocí al Dr. Angel Mauricio Mazzetti, y su intervención luego de la del Dr. Peredora en aquel Congreso nos motivó para comenzar “nuestros” Encuentros, en los que todos los colegas pudieran libremente opinar, sin que “capitoste” alguno “le enderazara la plana”. Se trató de una “democratización” de los encuentros jurídicos.

Y esa noche se fueron gestando coincidencias al amparo de una naciente amistad entre los integrantes del grupo. Así se exterioriza una toma de conciencia colectiva y la decisión de romper la incomunicación existente entre los Institutos de Derecho Comercial de los distintos Colegios Departamentales. Así se tuvo noción clara que la realidad que la jurisprudencia de la Provincia de Buenos Aires interpretaba, era una realidad distinta de la Capital Federal y de las demás Provincias Argentinas, y consecuentemente el estudio de ello debía ser encarado con la particularidad que el tema requería.

Así se fue gestando el Espíritu de Junín, en la necesidad ya impostergable de ir elaborando entre todos una doctrina comercialista de la Provincia de Buenos Aires que diera solución a los prob-

lemas propios y específicos que surgen de la realidad local, una escuela comercialista nacida de las propias entrañas provinciales como acto natural del federalismo que nuestra Constitución proclama.

Y tan grande y tan rápido fue el entendimiento y la amistad surgida, que esa noche de Junín espontáneamente por unanimidad se decide propiciar el diálogo y el debate de los abogados bonaerenses comercialistas sobre temas propios, de nuestra Provincia. Esa noche, que será inolvidable para los que fuimos protagonistas o testigos, comenzaba la gestación del Primer Encuentro de Institutos de Derecho Comercial de los Colegios de Abogados de la Provincia de Buenos Aires y esa noche, cuando se apagaba el eco de las voces, la generosidad de nuestro colega Horacio P. Garaguso comprometió en nombre del Instituto de Derecho Comercial del Colegio de Abogados de Mar del Plata la realización del encuentro en esa ciudad en marzo de 1985. Y así fue, lo que seguirá en septiembre de 1985 en nuestro Colegio de San Isidro y que se continuará en marzo de 1986 en Bahía Blanca”.

Realmente en estas sentidas palabras plasmadas en el papel por el Dr. De Paula se resume a la perfección la génesis de los Encuentros

III - El Dr. Mazzetti fue un fino caballero, en dieciocho años de amistad me seguía llamando por mi apellido “Stempels”, cuando el suscripto -desvergonzadamente, aunque con cariño, que él sabía despertar- le decía: “Angelito”.

En alguna oportunidad me hizo una consulta por vía telefónica y cuando le contesté que le respondería en breve, me dijo: no, necesito que sea ahora, porque “estoy en el Acuerdo...”.

Angelito, que con Luis María Games fueron dos camaristas que nos ilustraron con su experiencia judicial y nos acompañaron en estos 18 años, blandía el índice de su mano derecha para darle fuerza a sus pareceres y -cuándo no- se agarraba con sus dos manos la cabeza para apostrofar: “¡pobres los jueces que tienen que decidir tal o cual asunto

Sus palabras certeras eran prácticamente unas más de sus sentencias y con un respeto total a la opinión ajena sabía escuchar (muchos sólo oyen) lo que otros decían. Hasta en sus múltiples salidas humorísticas demostraba su “señorío”, aunque le gustaba decir que cuando las chicas le decían: “doctor” o “señor” era porque consideraban sus blancas canas y ello abortaba cualquier interés romántico que pudiera abrigar ante una bella dama... Quería muchísimo a su esposa y “haciéndose el viejo”, más viejo de lo que realmente era, me decía: Stempels, en casa somos varios siglos...

Y cuando se refería a su casa, nos advertía que tenía varios metros de frente y que ello se lo ponía de resalto a muchos amigos, para que no creyeran que era “un pobre Juez”.

Le gustaban las armas, algunas se la robaron de su casa y en esa ocasión me dijo que era una suerte que él no estaba presente .. porque sabía usarlas.

Una anécdota que me contó fue la de aquel día en que se apersonaron en su casa un gran número de personas -hinchas simpatizantes de Temperley- quienes no se sabía con qué intención lo hacían

(Angelito integró la Cámara que rechazó la acción autónoma de nulidad del concordato pedida por el Club Temperley) y portando un ramo de flores, que si se consideraban “necrológicas”, él las recibió “para su esposa”... luego de un intercambio de palabras, se fueron del lugar y nada pasó.

No quedaba prácticamente Ponencia alguna que no mereciera su comentario, descarnado, real, que eliminaba el almidón, que tenía siempre direccionalidad hacia los jóvenes, que nos respetaba con exagerada consideración a los “menos jóvenes”. Nos decía de su dilatada experiencia tribunalicia y siempre con un gran amor a la verdad más que al amor propio rectificaba sus ideas si consideraba acertadas las críticas que se le dirigían.

Y tuvimos la suerte de contarnos entre quienes hoy seguimos diciendo: ES UN AMIGO CON EL QUE SEGUIMOS COMPARTIENDO, DESDE EL ALMA, EL “ESPIRITU DE JUNIN”.

Hugo J. Stempels

Bahía Blanca, Agosto de 2003

***FUENTE:** ver en internet “Encuentros de Institutos Derecho Comercial de Colegios de Abogados de la Provincia de Buenos Aires”*

COMISIÓN I

“DERECHO COMERCIAL”

PARTE GENERAL

Nº 1:
**ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL DERECHO MERCANTIL EN EL
CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN.**

Autor: Dr. Fernando Javier MARCOS

(Instituto de Derecho Comercial del Colegio de Abogados de Morón)

La unificación que produjo el Código Civil y Comercial de la Nación, omitió el tratamiento y consideración de instituciones típicamente comerciales cuya incorporación al derecho positivo era necesaria.

Asimismo, generó modificaciones que significan un retroceso en materia legal, pues en ciertos casos, se aplican reglas propias de las relaciones civiles a negocios jurídicos de naturaleza mercantil, apartándose de criterios jurídicos clásicos y útiles que no han perdido vigencia real y práctica.

I. Introducción

La sanción de la ley 26.994 y, con ella, del Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN) que nos rige desde el 1º de agosto de 2015, presenta importantes desafíos para la comunidad jurídica en general.

En esta ponencia, pretendo dejar plasmados en general, solo algunos temas que han generado y continúan generando controversia en la doctrina especializada y que se presentan como relevantes, en cuanto están directamente vinculados a la materia propia del Derecho Comercial.

Con ese objetivo, comenzaré señalando que si algo caracteriza a este nuevo cuerpo normativo, es que en su afán por unificarlo todo omitió considerar temas importantes de la materia mercantil, que eran y que siguen perteneciendo -a pesar de haber sido desterrados del texto legal- a este campo del derecho, o sea, al ámbito de lo comercial y de las relaciones que le son propias.

No se trata aquí de discutir en favor o en contra de la unificación, pues esta es un hecho ya consumado, sino de provocar un debate sobre la suerte que corrieron institutos que, cimentados en una rica cultura jurídica, integraron esta vital y dinámica área del derecho.

Como lo recordaba Malagarriga, “no hay diferencias sustanciales entre la relación jurídica mercantil y la relación jurídicocivil”¹. Sin embargo -agrego-, esto no significa que no existan instituciones típicas del derecho comercial que merezcan ser atendidas especialmente, pues sus propios contenidos y características así lo exigen.

¹ MALAGARRIGA, Carlos C., *Tratado Elemental de Derecho Comercial*, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1951, T. I, p. 39.

Es el caso de los comerciantes -o empresarios, si se quiere, para dar una noción más acabada y moderna del concepto-, de los agentes auxiliares del comercio, de la empresa, de la propiedad industrial, del fondo de comercio, de onerosidad y la responsabilidad solidaridad en los contratos celebrados entre empresas, entre tantos otros.

Todo esto, sin olvidar a las sociedades comerciales, que fueron de alguna manera “civilizadas”, al extremo que en una sociedad de las antes denominadas irregulares o de hecho, ahora comprendida -entre otros supuestos- dentro de la llamada “Sección IV” de la Ley General de Sociedades, la responsabilidad de sus socios es simplemente mancomunada, tal como lo era en el Código Civil, donde los socios no estaban obligados solidariamente por las obligaciones sociales (artículo 1.747 del Código Civil). Y ello es así, a pesar de su falta de inscripción, o sea, de su irregularidad (conf. artículo 7º de la ley 19.550).

Sucede que una cosa es regular de manera uniforme situaciones que lo son y, otra muy distinta, es pretender tratar a todas las posibilidades u opciones que se dan en el campo jurídico como si fuesen iguales.

Concretamente, nos encontramos actualmente ante un Código que se presenta desarticulado en muchos de sus tramos, que se ha olvidado de la “comercialidad” y de todo lo específico que de ella se deriva, como ser, la empresa y el empresario que es su titular, a quienes tímidamente refiere en diversos preceptos, pero nunca en forma sistemática.

Antes de seguir, se debe aclarar que no se trata aquí de defender a toda costa un área del derecho solo porque nos resulta afín, sino de advertir que nuestros legisladores, quienes aprobaron a las apuradas una norma de tanta importancia y trascendencia para la sociedad argentina como es el Código Civil y Comercial, pasaron por alto o se olvidaron o simplemente ignoraron -vaya uno a saber- varios siglos de tradición y desarrollo del derecho mercantil, el cual, allende la unificación, nos enseñó sobre la importancia de contar con reglas propias que tengan en cuenta las relaciones que se dan entre los comerciantes profesionales (empresarios), distintas por sus alcances y efectos, de las que se aplican entre estos y los consumidores.

II. El comerciante, el empresario y la empresa

A hora bien, hace muchos años, en referencia a la unificación del derecho civil y comercial, Zavala Rodríguez señaló, que esta “no hará desaparecer al comerciante. No interesaría, entonces, si el acto ha sido realizado por comerciantes o por civiles o si se trata de un acto mixto: la ley será siempre la misma, pero el concepto subjetivo del comerciante seguirá imperando, no ya para determinar la extensión del derecho comercial, sino para determinar la profesión comercial”².

Esa clásica noción de comerciante que contenía el artículo 1º del derogado Código de Comercio, por la influencia del Código Civil Italiano del 1942, se fue enriqueciendo para dar paso al empresario, es decir, a aquel sujeto que en forma profesional, lleva adelante una actividad económica organizada, de producción e intercambio de bienes o servicios.

² ZAVALA RODRÍGUEZ, Carlos A., *Código de Comercio, Comentado*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1964, T. I, p. 11.

Se distinguió así a la empresa (como objeto) y al empresario, este último, como titular (dueño) de aquella, “con derecho a organizarla, dirigirla y disponer de ella a voluntad y quien asume los riesgos, generalmente con propósito de lucro, aunque ello no es esencial”³.

Y si bien es verdad que la índole de la noción de empresa y de empresario no es necesariamente comercial⁴, ciertamente se debe aceptar, que casi la totalidad de las organizaciones empresarias tienen por fin último obtener ganancias (fin de lucro), que es lo mismo que decir, la realización de actividad mercantil en sentido genérico.

A tal punto el rol de la empresa tiene relevancia, que el mencionado Código Civil Italiano, como código unificado, igualmente recibió la materia comercial, legislando a partir de quien se transformó en “el eje del sistema: el empresario mercantil (arts. 2082 y 2195)”⁵.

En esa línea, el Código Civil de Brasil⁶, *corpus* legal que posee un libro dedicado al “Derecho de la Empresa” (Parte Especial, Libro II), en su artículo 966 define al empresario como aquel que “ejerce profesionalmente actividad económica organizada para la producción o circulación de bienes o servicios”⁷.

La naturaleza mercantil del sujeto empresario y de la empresa regulada en el código del vecino país, se puede apreciar en su artículo 967, norma que establece la obligatoriedad de la inscripción del empresario en el Registro Público de Empresas Mercantiles antes del inicio de sus actividades⁸.

En resumen, la empresa como tal, si bien es mencionada en algunos artículos del Código Civil y Comercial de la Nación (por ejemplo: artículos 1093 -relaciones de consumo-, artículos 2333 -indivisión forzosa-, 2377 -partición-), no es regulada en forma expresa por la reforma, lo que no encuentra justificativo alguno, especialmente cuando se contaba con un rico debate en la doctrina nacional e internacional sobre este tema.

Vale recordar que hace décadas, más precisamente en 1947, Garrigues ya se refería a la empresa, como “el tema central del Derecho Mercantil moderno”⁹. Sin embargo, por estas partes del globo, esta

³ FERNÁNDEZ, Raymundo L. y GÓMEZ LEO, Osvaldo R., *Tratado Teórico-Práctico de Derecho Comercial*, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1993, T. I, p. 267.

⁴ Véase, por ejemplo, el artículo 5 de la ley 20.744, que admite bajo el rótulo de “empresa” a aquella con fines económicos o benéficos, ocupando el empresario, el rol de dirección de esa organización.

⁵ ROUILLON, Adolfo A. N., *Código de Comercio, Comentado y Anotado*, Buenos Aires, Ed. La Ley, 2005, T. I, p. 15.

⁶ ROUILLÓN, A. N., *Ibid.*, p. 15.

⁷ Código Civil de Brasil: Art. 966. *Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.*

Parágrafo único. Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa.

⁸ Código Civil de Brasil: Art. 967. *É obrigatória a inscrição do empresário no Registro Público de Empresas Mercantis da respectiva sede, antes do início de sua atividade.*

⁹ GARRIGUES, Joaquín, *Tratado de Derecho Mercantil*, Madrid, Revista de Derecho Mercantil, 1947, T. I, V. 1, p.210).

recomendación parece que pasó de largo, a pesar -insisto- de la indiscutida relevancia que esta posee en la actividad económica en general.

Como se puede apreciar, el nuevo Código “atrás” casi un siglo, o más, si tenemos en cuenta el contenido del inciso 5 del artículo 8 del Código de Comercio derogado.

Reitero, no se define, ni se caracteriza a la empresa y, ninguna pista se da sobre su conceptualización en el Código. Es más, hasta se hace uso del concepto de forma confusa, como pasa en el artículo 320 del CCCN, que se ocupa de los sujetos obligados a llevar contabilidad.

Allí se mencionan a “... todas las personas jurídicas privadas y quienes realizan una actividad económica organizada o son titulares de una empresa o establecimiento comercial, industrial, agropecuario o de servicios...”.

Hago hincapié en la falta de precisión terminológica, porque una empresa, básicamente es “una actividad económica organizada”¹⁰, por lo que no se comprende la disyunción “o” contenida en el artículo que fue anteriormente citado, que da a entender una diferenciación entre ambos conceptos.

Insisto en esto, sin desconocer lo ardua que ha sido la discusión en torno al concepto de empresa, el cual hizo decir a Le Pera, que “la idea de conceptualizar o definir a la empresa era una tarea condenada al fracaso, porque no hay tal noción absoluta por captar”¹¹; existen ciertos acuerdos entre los especialistas sobre estos tópicos que la identifican. Por lo pronto, “es una actividad: a) económica; b) profesional; c) organizada; d) destinada a la producción o al cambio de bienes o de servicios”¹².

Por su parte, Anaya destacó que “toda referencia jurídica a la empresa requiere necesariamente, por consiguiente: a) un empresario; b) una actividad productiva; c) un resultado en bienes o servicios; d) un destino de mercado. El soporte instrumental estará constituido por la organización de los factores productivos”¹³.

De esta forma se puede apreciar, que nada impedía que el legislador emitiera una regulación básica de esta figura, especialmente en una época donde se plantea la complejidad y la trascendencia de la organización empresarial en distintos ámbitos de discusión (jurídico, económico, tributario, ambiental, social). Sin dudas, otra oportunidad interesante que se perdió.

Como lo destacó Alegría, “la empresa ocupa hoy un lugar central en el desarrollo de las distintas comunidades, del Estado y de los estamentos de la sociedad. Desde ese punto de vista ya no puede verse sólo como una emanación de la personalidad de un individuo (empresario) sino que también es el centro de generación, de potenciación y, en alguna proporción, de medios para el desarrollo individual y colectivo. Hemos comprendido hoy -pues- que la empresa no es sólo una propiedad o una fuente de renta. Es asimismo un centro de optimización de recursos, una fuente de riqueza social y un eslabón imprescindible en la

¹⁰ FERRARA, Francisco, *Teoría Jurídica de la Hacienda Mercantil*, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1950, p. 94.

¹¹ LE PERA, Sergio, *Cuestiones de Derecho Comercial Moderno*, Buenos Aires, Ed. Astrea, 1974, p. 77.

¹² FONTANARROSA, Rodolfo O., *Derecho Comercial Argentino*, Buenos Aires, Ed. Zavalía, 1997, T. 1, p. 183.

¹³ ANAYA, Jaime L., “El Mito de la Empresa Inmortal”, en *El Derecho*, T. 127, p. 426.

cadena de los valores plurales de la sociedad en su conjunto y de los grupos e individuos que la componen. Por eso y con razón se habla de la dimensión social, ética y económica de la empresa”¹⁴. Evidentemente, todo esto no fue atendido en la reforma.

Era también un momento ideal para dar un marco jurídico apropiado a la empresa en general y, particularmente al sector “pyme” (micro, pequeña y mediana empresa), el cual es representativo aproximadamente el 80% de la actividad empresarial en nuestro País; sentando las bases de un moderno derecho empresarial que permita la adecuación de las distintas normas mercantiles, como por ejemplo, la Ley de Sociedades y la Ley de Concursos.

Seguramente es esta falta de precisión y de deslinde de las distintas formas o dimensiones que efectivamente presentan las distintas organizaciones empresariales, también representan un obstáculo que conspira con su desarrollo, pues por el solo hecho de ser catalogadas como “empresas” o “empresarios”, reciben un tratamiento similar frente a distintas situaciones por demás complejas (laborales, tributarias, financieras, societarias, concursales, etc.), grandes compañías pertenecientes y aquellas que conforman el campo de las pymes.

Por otra parte, se evitaría con una legislación adecuada, dejar en manos de la Administración, establecer con resoluciones más o menos acertadas, más o menos caprichosas o interesadas, qué es una pyme, tal como sucede hoy.

III. Otras cuestiones. La comercialidad. Los títulos de crédito y la relación de consumo

También se puede apreciar en la materia que nos ocupa cierta falta de precisión y claridad en el texto de este nuevo cuerpo legal.

El concepto de lo “comercial” es objeto de un reduccionismo innecesario. Se lo utiliza en diversos casos como sinónimo de operaciones de intercambio (operaciones de compra y venta, p.e.), cuando hasta ahora, todas las actividades mencionadas en esa norma representaban actividades comerciales (en general), a la luz del viejo Código.

En este sentido, el citado artículo 320 del CCCN hace referencia a “empresa o establecimiento comercial, industrial o de servicios”.

También en el artículo 470 del CCCN (que reemplaza al actual 1.277 del C. Civ.), se hace referencia a “... d) los establecimientos comerciales, industriales o agropecuarios”, que para ser enajenados o gravados requerirán el asentimiento conyugal.

La figura del comerciante (en sentido amplio y conceptual, o sea, como profesional de la actividad mercantil -como lo trata el artículo 1° del Cód. de Com. -), lisa y llanamente es eliminado.

Se cita al “empresario”, sin definirlo, mencionándose por ejemplo, cuando se regula el contrato de agencia (artículos 1479-1501) y concesión (artículos 1502-1511).

¹⁴ ALEGRÍA, H., *Reglas y Principios del Derecho Comercial*, Buenos Aires, Editorial la Ley, 2008, p. 209.

Entre otras, se presenta de manera poco clara el término “empresarial y comercial” (artículo 2073 -conjuntos inmobiliarios-), además de referirse allí a “parque industrial y empresarial”, como si las “industrias” no fueran a su vez “empresas”.

Otro tanto sucede cuando se hace referencia a “establecimiento comercial” y a “empresa”, conceptos que se confunden. También se los asimila, a pesar que establecimiento comercial es sinónimo de fondo de comercio¹⁵, de acuerdo a lo que establece la ley 11.867.

Y todo ello, sin olvidar el concepto que de aquel da el artículo 5 de la ley 20.744, que considera al establecimiento como “unidad técnica o unidad de ejecución destinada al logro de los fines de la empresa, a través de una o más explotaciones”.

Vale resaltar que el debate en relación a los alcances, similitudes y diferencias que pueden o no presentar estos conceptos no son nuevos y, por ello, es que esperábamos que se tuviera algo más de cuidado¹⁶, de precisión en la técnica jurídica empleada.

Un último dato a tener presente, es que la ley 11.867 de fondo de comercio solo contempla la transmisión de un establecimiento comercial o industrial, “hecho que por sí excluye de sus disposiciones la actividad civil” y todos los casos de “transferencia por cualquier título de los establecimientos por los que dicha actividad se canalice”¹⁷.

Frente a esta particular situación, la ausencia de normas que establezcan parámetros para diferenciar lo comercial de lo civil (cuando ello tenga relevancia), seguramente traerá también problemas de interpretación sobre la aplicación de la citada ley.

Recuérdese que el Código Civil y Comercial no cuenta con normas tales como los artículos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7 y 8 del Código de Comercio.

En definitiva, qué corresponde a la materia comercial y qué no, va a depender básicamente de la discrecionalidad judicial, tema este que va a traer dolores de cabeza en jurisdicción de la Capital Federal, por la existencia de fueros diferenciados.

También es para destacar la falta de normas que posibiliten armonizar la relación de consumo, ya de por sí compleja y de límites no tan claros en nuestro derecho positivo, con institutos típicos y relevantes, como es el caso de los seguros¹⁸ y de los títulos valores, especialmente de los pagarés y cheques cuando son utilizados en el marco de operaciones de créditos para consumo (artículo 36 ley 24.240).

¹⁵ ZUNINO, Jorge O., Fondo de Comercio, Buenos Aires, Ed. Astrea, 1990, p. 40.

¹⁶ SATANOWSKY, Marcos, Tratado de Derecho Comercial, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina S.A., 1957, t. 3, pp. 22-24.

¹⁷ ZUNINO, Jorge O., Fondo de Comercio, Buenos Aires, Ed. Astrea, 1990, p. 93.

¹⁸ C. A. Com., sala A, autos “Espinosa Marta Roxana c/ HSBC La Buenos Aires Seguros S.A. s/ ordinario”, 18/10/2013: El Tribunal dispuso que “el plazo de prescripción de un año establecido en el art. 58 de la Ley de Seguros no puede considerarse ampliado a tres años por disposición del art. 50 de la Ley de Defensa del Consumidor, puesto que la primera es una norma específica que debe prevalecer sobre la general”. - C.A.Com., sala D, autos “Liftenegger, Roberto German c/ Mapfre Argentina Seguros S.A. s/ ordinario” (Exp. 12257/2011): “Corresponde aplicar la ley especial que rige el caso en virtud de la causa de la obligación; esto es, el art. 58 de

Sobre esto último, se está asistiendo a todo tipo de decisiones jurisdiccionales, algunas más acertadas que otras y, algunas incluso, *contra legem*, que con mayor o menor prudencia, pretenden encarar el tema haciendo foco en el pagaré y sin atreverse -porque no lo mencionan siquiera- a pensar en la suerte del cheque de pago diferido como medio de pago -*pro solvendo*- si es utilizado en una operación de crédito para consumo.

Para muestra, cito el reciente fallo plenario de la Cámara de Apelaciones de Azul¹⁹, donde no solo califica al pagaré como “de consumo”, cuando esta solo es una denominación que, por ahora, solo reconoce su origen en la doctrina y no en la ley, sino que además, asume una suerte de postura cuasi-legislativa, al decidir cómo debe ser integrado este título para poder ser ejecutado en un proceso ejecutivo, agregando recaudos para habilitar la acción cambiaria que no son exigidos por la ley especial, cuya vigencia y aplicación principal es reconocida para los títulos valores cartulares por el artículo 1.834 del Código Civil y Comercial.

Frente a este panorama, es urgente el tratamiento legislativo para tutelar efectivamente al consumidor frente en estas relaciones jurídicas, pero sin desnaturalizar a los títulos de crédito, porque de no hacerlo, continuará el actual estado de real inseguridad jurídica que, además, perjudica el poco crédito que queda en plaza, fuera del que se origina en las tarjetas de crédito.

Es para destacar, que no se ingresa en temas técnico jurídicos que permitirían una adecuada interpretación e interrelación entre las reglas especiales y las que informan el derecho de consumeril, como es el de las limitaciones que la mayoría de los ordenamientos procesales locales ponen al ejercicio de *mala fidei* (artículos 11 y 17 del dec.-ley 5965/63 y artículo 19 de la ley 24.452) y a la *exceptio doli* (artículo 18 *in fine* del dec. -ley 5965/63 y artículo 20 de la ley 24.452), vías estas jurídicamente idóneas para articular un planteo útil y oportuno cuando se advierte la existencia de un supuesto de nulidad “relativa” -porque no es para nada absoluta- como el que prevé el artículo 36 de la ley 24.240.

No es ocioso recordar, que mucho antes que en nuestro país se hablase de defensa del consumidor, Bergel ya había planteado el problema que generaban las distintas regulaciones procesales locales en relación a las demás defensas cambiarias de naturaleza sustancial²⁰, punto que a pesar de su relevancia, no fue debidamente considerado, al extremo que el estado de cosas denunciado se mantiene actualmente vigente en la mayoría de las jurisdicciones.

la ley 17.418 (esta Sala, 11.2.14, “Rossi, María del Rosario c/ Liderar Compañía General de Seguros S.A. s/ ordinario”, con cita de López Saavedra, D., El seguro frente a la reforma de la Ley de Defensa del Consumidor, diario La Ley del 10.6.09)”, entre otros.

¹⁹ Cám. Civ.y Com. de Azul, en pleno, autos “HSBC BANK ARGENTINA c/ PARDO CRISTIAN DANIEL S/ COBRO EJECUTIVO”, (Causa Nº 1-61380-2016). El pagaré de consumo puede integrarse con documentación adicional relativa al negocio causal, dentro del mismo juicio ejecutivo, conformando un título complejo que deberá contener información clara y veraz, y además cumplir con los requisitos previstos en el art. 36 de la LDC para las operaciones de financiación o crédito para el consumo. Dicha documentación debe agregarse en primera instancia, hasta el momento de la sentencia, sin que se admita su integración en la alzada. Los intereses pactados que surjan del título complejo no podrán exceder el límite de la ganancia lícita. Asimismo, resulta oportuno poner en conocimiento del legislador, a la manera de comunicación exhortativa, la conveniencia de regular el denominado pagaré de consumo.

²⁰ BERGEL, Salvador Darío, “Oponibilidad de excepciones causales al tomador inmediato en el proceso ejecutivo cambiario”, en *La Ley*, T. 120, pp. 1125-1140.

Menos aún se ha reparado en el nuevo campo de aplicación que el concepto de dolo que trae el artículo 1724 del Código Civil y Comercial en relación a la mencionada *exceptio doli*, ni las normas sobre títulos valores, autonomía y sobre defensas oponibles que contienen los artículos 1.816, 1.821 y conc. del citado Código.

En conclusión, omisiones, imprecisiones terminológicas, desarmonías y problemas semánticos, pueden encontrarse a lo largo de todo el texto del Código, más allá de sus aciertos que, por cierto, también los tiene.

IV. Algunas consideraciones sobre la Ley General de Sociedades

Para terminar, solo algunas reflexiones vinculadas a las modificaciones que trajo la reforma vigente desde agosto de 2.015 a la ley 19.550.

Cuando la abrumadora mayoría de las sociedades son de naturaleza comercial, porque su objeto y actividad real “es comercial” (en sentido amplio, o sea, comprensivo de toda actividad económica que persiga fin de lucro), ¿tenía sentido eliminar la comercialidad por el tipo, tal como sucede ahora con la reforma del artículo 1° de la ley 19.550? Creo que no, pero el tiempo lo dirá.

Hago notar que esta importante modificación, significa que en adelante, el carácter comercial de aquella va a estar determinado por el “objeto social”, de cuyo contenido deberá surgir.

Curiosamente, vamos a tener que acudir a las reglas que contenía el derogado artículo 298 del Código de Comercio Acevedo-Vélez, entre otras, para establecer si una sociedad es o no comercial.

Me pregunto también, si al unificar el régimen de sociedades, fue razonable establecer como principio la responsabilidad simplemente mancomunada en la, otrora sociedad irregular y de hecho, premiando a los socios que optan por este camino, lo que desprotege a los terceros, cuando estos últimos merecen la especial tutela del régimen legal societario.

La respuesta es, desde mi punto de vista, negativa, porque beneficia a quien no ajusta su comportamiento al efectivamente querido o esperado por la norma (artículo 2° del Código Civil y Comercial), o sea, la inscripción en el registro de una sociedad de acuerdo a uno de los tipos previstos por la ley (artículo 7° de la ley 19.550).

Esto significa que aquel que se sustrae del sistema regular que establece la legislación especial, está en mejores condiciones en materia de responsabilidad que los socios que acatan lo que el régimen legal impone.

¿Por qué se favoreció la informalidad (véanse los nuevos textos de los artículos 21 a 26 de la, ahora, Ley General de Sociedades) y se colocó en una posición más vulnerable no solo a dichos terceros, sino también, a quienes contraten con la sociedad irregular?, tampoco queda claro.

Por otra parte, las expresas modificaciones que la ley 26.994 hizo al texto de la ley 19.550, especialmente a su sección IV, no es obstáculo para afirmar, que esta última norma no ha variado en la actualidad su preferencia por las sociedades regulares.

Tampoco se menciona más en el artículo 21 de la ley 19.550 a la sociedad de hecho, ente que representa una realidad insoslayable de nuestra actividad económica, aunque en líneas generales, se puede afirmar que están incluidas en la sección antes referida.

Se insistió en la mal denominada -a mi entender- “sociedad unipersonal”, concepto que representa en sí mismo una contradicción semántica inconcebible a esta altura de los tiempos y de los debates que se han dado en torno a ello, básicamente porque de lo que se trata, es de regular al “empresario individual con responsabilidad limitada”.

Pero en lugar de ocuparse del tema, se acudió a una solución que solo generará mayor inseguridad jurídica y que deja -de hecho- en manos de las distintas autoridades de aplicación locales su reglamentación. Es que se hace una genérica remisión a las reglas sobre sociedades anónimas, pensadas para la pluralidad de socios y con una normativa propuesta por el legislador societario para una de mayor complejidad en su composición, integración y operatividad (véase la exposición de motivos de la ley 19550).

V. Cierre

Resumiendo, estas y otras tantas, contradicciones e imprecisiones, como sus aciertos, viene ocupando la atención de los estudiosos del derecho y, así será, por muchos años.

En cuanto a los temas que brevemente he presentado para el debate, se puede concluir en que la unificación que produjo el nuevo Código, omitió tratar o considerar instituciones típicamente comerciales cuya incorporación al derecho positivo era necesaria.

Asimismo, generó modificaciones que significan un retroceso en materia legal, pues se aplican reglas propias de las relaciones civiles a negocios jurídicos de naturaleza mercantil, apartándose de criterios jurídicos clásicos y que no perdieron utilidad práctica.

De todos modos, las reales y principales respuestas a todos estos interrogantes, las van a dar el tiempo, la aplicación de este Código en la vida cotidiana, pero principalmente, lo que decidan nuestros tribunales a lo largo y ancho del País.

**Nº 2:
REGIMEN PATRIMONIAL DE LA UNIÓN CONVIVENCIAL**

Autores: Horacio P., Guillermo H. F. y Andres A. GARAGUSO

Colegio de Abogados de Mar del Plata.

La regulación del Código Civil y Comercial sobre los efectos patrimoniales de las uniones convivenciales, torna de difícil aplicación las reglas de las sociedades de la Sección Cuarta de la Ley General de Sociedades, debiendo darse prioridad a las reglas especiales consagradas en la legislación vigente.

JURISPRUDENCIA

In re “M., R. C/ M., M. C. S/ DISOLUCION Y LIQUIDACION DE SOCIEDAD DE HECHO” 23/12/2016
Mendoza Cámara de Apelaciones de Familia. Rubinzal Online. Cita: RC J 1713/17

SUMARIO

“Ante el planteo de disolución de sociedad de hecho para el caso de las consecuencias patrimoniales de la finalización de una unión convivencial, se desestima el mismo por entender que en el caso no ha quedado probado la existencia de una sociedad de hecho entre las partes con los caracteres tipificantes de la misma: aportes concretos de cada conviviente, participación en las pérdidas y ganancias y affectio societatis, traducido este último elemento como el propósito de lucro dentro de una comunidad de intereses; pero sí se reconoce al conviviente su calidad de partícipe de una comunidad de bienes e intereses, aplicándose el art. 528, Código Civil y Comercial. En este sentido, siendo que ninguna de las partes es titular registral del inmueble en cuestión, no habiéndose acreditado que alguno de los miembros de la pareja detente un derecho personal exclusivo sobre el mismo o de mayor extensión uno respecto del otro, y habiéndose adjudicado el crédito y la vivienda a ambos, es que precisamente ambos gozan de un derecho personal sobre el inmueble en el que se asienta la vivienda adjudicada como cotitulares por el Instituto Provincial de la Vivienda, consistente en obtener la escrituración del mismo en partes iguales, esto es, el 50 % cada uno, y sin perjuicio que, concretada la inscripción registral en condominio, procedan a su división conforme a las reglas y procedimientos de dicho instituto. En efecto, la única prueba que acreditaría que el actor habría adquirido el lote antes de la convivencia con la demandada es un informe de la Cooperativa por la cual se adquirió el mismo, constancia extendida cuatro días antes de la interposición de la demanda, que-

dando así demostrado únicamente el ingreso del actor a dicho ente, pero no que detentara un derecho personal exclusivo sobre el inmueble en el que se construyó la vivienda a través de un crédito otorgado por el Instituto de vivienda. Por tal motivo, tratándose de un inmueble que no se encuentra registrado a nombre de ninguno de los integrantes de la unión convivencial, el actor no ha logrado acreditar que lo hubiera adquirido para sí con anterioridad al inicio de la convivencia con la demandada. Por el contrario, ambos detentan la titularidad de la misma ante el Instituto mencionado, y los dos han acompañado recibos que acreditan haber pagado las cuotas del crédito por la construcción de la vivienda, probando así los aportes dinerarios realizados por los convivientes durante la existencia de la unión convivencial; por último, tampoco ha probado el actor que él fuera el único que trabajara desde el inicio de la convivencia y que por tanto con sus exclusivos aportes se hubiera adquirido el inmueble”.

FUNDAMENTACIÓN

En ponencia presentada al Encuentro de Morón (2015) sostuvimos que: “Dispone de modo coincidente con el artículo 25 de la ley 19550, el nuevo texto del artículo 23 de la ley 19550 modificado con la sanción del Nuevo Código Civil y Comercial, que la prueba de “la existencia de la sociedad” puede concretarse por “cualquier medio de prueba”. Es innecesaria la acreditación de la existencia de la sociedad cuando se trate de uniones convivenciales regidas por un sistema especial”.

En la fundamentación de la ponencia dábamos las gracias al sistema societario por los servicios prestados y la bienvenida al régimen de las uniones convivenciales, específico para el supuesto como el que ilustra el fallo precedentemente citado.-

Ratificando lo expuesto agregábamos que: “Un fallo reciente (“Clementín Antonio Rubén c. Sucesión de Mabel Volpato y otro s/ Disolución de sociedad irregular”, fallo del 13 de agosto de 2014, Cámara de Apelaciones Civil, Comercial y Laboral de Reconquista, Provincia de Santa Fe - RCJ 1546/15) aborda la cuestión de la prueba de la sociedad irregular rechazando la demanda que pretendía la disolución y liquidación cuando el actor “no ha arrojado prueba convincente de la existencia de la sociedad, lo que hubiera necesitado por parte del actor demostrar no solo que trabajó en el campo sino que ese trabajo era un aporte industrial de su parte destinado a un negocio u objeto común con quien fuera su amante, que conllevaba reparto de ganancias o de pérdidas entre los integrantes de la presunta sociedad...”. Recurrir a la “sociedad de hecho” o en el caso a la sociedad de capital e industria irregular, de hecho o civil ya no será necesario conforme el nuevo régimen de la unión convivencial, en casos como el citado. La cuestión pasa a quedar reglada de manera especial en los artículos 524 a 528 del Código Civil y Comercial, normas que desplazan la aplicación supletoria de la ley de sociedades.-

Sancionado el Código Civil y Comercial conforme el artículo 524 será posible concretar una **Compensación económica**. “Cesada la convivencia, el conviviente que sufre un desequilibrio manifiesto

que signifique un empeoramiento de su situación económica con causa adecuada en la convivencia y su ruptura, tiene derecho a una compensación. Ésta puede consistir en una prestación única o en una renta por un tiempo determinado que no puede ser mayor a la duración de la unión convivencial. Puede pagarse con dinero, con el usufructo de determinados bienes o de cualquier otro modo que acuerden las partes o en su defecto decida el juez”. Dicha compensación puede ser judicialmente fijada teniendo en cuenta “diversas circunstancias, entre otras:

- a) el estado patrimonial de cada uno de los convivientes al inicio y a la finalización de la unión;
- b) la dedicación que cada conviviente brindó a la familia y a la crianza y educación de los hijos y la que debe prestar con posterioridad al cese;
- c) la edad y el estado de salud de los convivientes y de los hijos;
- d) la capacitación laboral y la posibilidad de acceder a un empleo del conviviente que solicita la compensación económica;
- e) la colaboración prestada a las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro conviviente;
- f) la atribución de la vivienda familiar.

La acción para reclamar la compensación económica caduca a los SEIS (6) meses de haberse producido cualquiera de las causas de finalización de la convivencia enumeradas en el artículo 523”.

Por su parte y con relación a la vivienda familiar el artículo 526 dispone:” **Atribución del uso de la vivienda familiar**. El uso del inmueble que fue sede de la unión convivencial puede ser atribuido a uno de los convivientes en los siguientes supuestos:

- a) si tiene a su cargo el cuidado de hijos menores de edad, con capacidad restringida, o con discapacidad;
- b) si acredita la extrema necesidad de una vivienda y la imposibilidad de procurársela en forma inmediata.

El juez debe fijar el plazo de la atribución. El plazo no puede ser mayor al que hubiera durado la convivencia, con un máximo de DOS (2) años a contar desde que se produjo el cese de la convivencia, conforme a lo dispuesto en el artículo 523”.

Por su parte el artículo 528 ordena “**Distribución de los bienes**. A falta de pacto, los bienes adquiridos durante la convivencia se mantienen en el patrimonio al que ingresaron, sin perjuicio de la aplicación de los principios generales relativos al enriquecimiento sin causa, la interposición de personas y otros que puedan corresponder”.

Dentro de este contexto es claro que la aplicación del sistema especial desplaza aquellos a los que se recurrió en ausencia de normas expresas.

Nº 3:

CONJUNTOS INMOBILIARIOS. NUEVO DERECHO REAL DE PROPIEDAD.

Autora: María Isabel TOMIZZI

Colegio de Abogados de San Martín.

Adecuación de complejos inmobiliarios preexistentes a la normativa del CCCyN, formas de adecuación, varias posturas: COMERCIALISTA VS CIVILISTA/NOTARIAL. Planteo como objetivo del análisis de la norma-art. 2075 último párrafo del CCCN-dos cuestiones; ¿la normativa anterior y la presente son eficaces a la hora de plantear la oponibilidad de los derechos frente a terceros?, ¿nos ofrece seguridad jurídica?

DESARROLLO:

El marco legal del art. 2075 del CCCN, tercer párrafo determina que “los conjuntos inmobiliarios preexistentes que se hubiesen establecido como derechos personales o donde coexistan derechos reales y derechos personales, se deben adecuar a las previsiones normativas que regulan este derecho real”.

El art. 2075 del CCCN en su segundo párrafo nos refiere a un Derecho real de propiedad especial.

De ello se desprende que solo es obligatoria su adecuación para los conjuntos inmobiliarios constituidos como derechos reales en combinación con derechos personales y/o derechos personales.

Para gran parte de la doctrina civilista ⁽¹⁾ y notarial, en la Pcia. de Bs. As. existe una gran cantidad de Clubes de Campo, Barrios cerrados que se encuentran organizados correctamente según el Dec. 9404/86, y según ellos- para estos conjuntos no es obligatorio adecuarse ya que están conformados sobre la base de derechos reales ya que;

1- hay propiedad y dominio de las parcelas residenciales.

2- hay propiedad y dominio de las áreas de esparcimiento en cabeza de una entidad jurídica (suele ser una asociación civil en forma de sociedad anónima - art. 3 de la ley 19550).

(1) Colman Horacio Lerner. (Jornada Notarial Argentina 2016)

3- Derecho real de servidumbre para la vinculación jurídica-funcional de los sectores residencial y recreativo deportivo. La participación accionaria de los titulares del sector residencial es correcta, no hace a la estructura jurídica del complejo inmobiliario inescindible y además no otorga derechos de propiedad sobre los inmuebles de uso común. El derecho de propiedad lo tiene la entidad jurídica y no sus socios.

Parte de la doctrina comercialista ⁽²⁾ entiende que la forma de adecuar estos conjuntos inmobiliarios es la reforma de los estatutos de la entidad jurídica, asociación civil en forma de sociedad anónima y conformar un reglamento de propiedad sobre la base de planos de mensura y subdivisión previos. "...Afirman que son derechos adquiridos, que no procede de pleno derecho ni es obligatorio transformar a la sociedad anónima en un consorcio de propiedad horizontal, sino que basta con aprobar un reglamento que satisfaga los requerimientos legales, inscribirlo en el Registro Inmobiliario y transcribirlo en las respectivas escrituras traslativas..".

Otra postura civil-notarial: "...hubiera sido correcto que aquellos emprendimientos urbanísticos preexistentes a la sanción del nuevo CCCN conservaran el marco legal adoptado y que solo fuese obligatorio registrarse por las normas de la propiedad especial a los nuevos conjuntos inmobiliarios por desarrollarse..."

A estas diferentes interpretaciones de la norma, se suma que el artículo 2075 último párrafo, no impone un plazo para adecuarse como así tampoco una sanción para aquellos que no lo hacen.

CONCLUSIÓN:

La adecuación requerida por ley sobre los conjuntos inmobiliarios es tratada en el CCCN en el Título VI –Capítulo I. art. 2075 último párrafo- en el marco y dentro de los derechos REALES: propiedad y dominio-debiéndose inscribir finalmente en el Registro de la Propiedad Inmueble. De manera que los conjuntos inmobiliarios preexistentes a la entrada en vigencia del CCCN, deben adecuarse únicamente conforme las reglas del derecho real- Ni parte de la postura comercialista que propone la continuidad de los conjuntos inmobiliarios preexistentes bajo formas mixtas y/o personales, en contra de lo normado, ni parte de la postura civilista-notarial que propone una radical adecuación ofrecen soluciones claras. Cualquiera de las formas de adecuación propuestas, en la práctica traen aparejados grandes inconvenientes para llevarlos a cabo. Un fallo reciente de fecha 13 de octubre de 2016 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial. Sala C- rechaza el cobro de expensas por parte de un conjunto inmobiliario bajo la forma de S.A. "Alto de los Polvorines S.A c/ Castaña Mariana s/ Ejecutivo"⁽³⁾. "...Siendo que no se encuentra acreditado el cumplimiento de la adecuación del conjunto inmobiliario y dado que la demandante manifestó ser una sociedad anónima que tiene por objeto el dominio y administración de los espacios comunes y régimen de expensas, no le asiste derecho a reclamar ejecutivamente su cobro, toda vez que tal posibilidad es un beneficio derivado de la configuración de un derecho real que, por lo dicho no le asiste.... Pretender el automático reco-

(2) Eduardo M F. Dubois y L. Spagnolo.

(3) Fallo publicado en Ed. Microjuris.com Argentina.

nocimiento de la existencia de un derecho real sobre un complejo que no se ha adecuado a su tipología, importaría tanto como soslayar las reglas de estructura (que son de orden público)-que rigen la materia. art. 1884..." Este fallo clarifica posturas y me lleva a plantear como objetivo del análisis de la norma-art. 2075 último párrafo del CCCN-dos cuestiones; ¿la normativa anterior y la presente son eficaces a la hora de plantear la oponibilidad de los derechos frente a terceros?, ¿nos ofrece seguridad jurídica?- Por ahora entiendo que la respuesta es negativa, sea por la dificultad que se presenta en la adecuación, sea por escasa eficacia de la norma por omisiones y/o formas claras al utilizar la técnica legislativa.

Bibliografía.

Código Civil y Comercial de la Nación Argentina.

Nº 4: SUBASTA

Autora: Dra. Lidia Estela DI MASULLO

*Instituto de Derecho Comercial del Colegio de abogados de Lomas de Zamora
"Dr. Angel M. Mazzetti"*

La facultad prevista en el art. 582 del Código Procesal de la Nación no puede utilizarse indefinidamente, ya que si bien la finalidad del instituto es para asegurarle al comprador la obtención del bien adquirido, no deben frustrarse los derechos de los acreedores a la percepción de sus créditos.

INTRODUCCIÓN

La Sala F, de la Cámara Nacional de de Apelaciones Comercial en autos "Tisminetzky, Dora c/ Carrizo Cesar Ramón s/Ejecutivo"¹ determinó que la facultad que otorga el art. 582 del CPCCN² al comprador en la subasta no puede utilizarse indefinidamente dado que de ser así se frustrarían los derechos de los acreedores a la percepción de sus créditos. En el caso de autos la decisión de la Cámara se basó en el extenso lapso transcurrido desde la subasta y en que el estado de ocupación del inmueble no era motivo que impidiera la escrituración o inscripción del bien.

LOS HECHOS

El Juez de Primera Instancia dictó una resolución por la cual intimó al comprador de la subasta "[...] para que en el plazo de 30 días acreditase la inscripción o escrituración, bajo apercibimiento de levantarse la indisponibilidad de los fondos dispuesta[...]; en una providencia posterior, no solo sostuvo ese pronunciamiento sino que además ordenó la tradición del bien. Para así decidir, consideró intrascendente el estado de ocupación del inmueble dado que la venta fue publicitada con indicación de tal estado y además porque entendió que mantener la indisponibilidad de los fondos significaba la "desnaturalización del trámite de cobro" en atención a que el tiempo transcurrido desde que la medida se adoptó era de tres años.³

¹ El fallo es de fecha 23/03/2017.

² El artículo 582 dice: "El comprador que hubiere realizado el depósito del importe del precio podrá requerir su indisponibilidad hasta tanto se le otorgue la escritura, o se inscriba el bien a su nombre si prescindiere de aquélla, salvo cuando la demora en la realización de estos trámites le fuera imputable. La indisponibilidad no regirá respecto de los gastos de escrituración y pago de impuestos"

³ CNCCom., Sala F, "Tisminetzky, Dora c/ Carrizo Cesar Ramón s/Ejecutivo", punto 2, párr.3-

El adquirente apeló la medida dispuesta y en la expresión de agravios se explayó sobre la necesidad de que se mantuviera la indisponibilidad de los fondos y a favor de su petición alegó sobre las consecuencias negativas derivadas de la ocupación del inmueble por varios moradores.

Al respecto, cabe reiterar que la publicación de edictos, previa a la subasta, se había realizado en un todo de acorde con lo dispuesto en el art. 566 del CPCCN⁴, es decir que el comprador tenía cabal conocimiento que el inmueble se encontraba ocupado.

LOS FUNDAMENTOS DE LA CÁMARA PARA CONFIRMAR EL PRONUNCIAMIENTO DE PRIMERA INSTANCIA

En principio, se hace necesario destacar que para la Cámara el memorial no constituía una crítica concreta y razonada del proveído en crisis, en la medida que no precisaba los errores de apreciación de los hechos o de la aplicación del derecho, sino que solo exhibía una diferencia de criterios; no obstante lo apuntado, se expidieron sobre la cuestión confirmando lo decidido por el a quo.

Para así resolver, coincidieron con el juez de grado en que devenía irrelevante pretender la prórroga invocando inconvenientes derivados de una cuestión de hecho -ocupación del inmueble- que era debidamente conocida por el Sr. Todesca Werberg al momento de la subasta. Justamente, estimaron que ese conocimiento previo debió servirle para preveer sus consecuencias.

Además, entendieron que el tiempo transcurrido desde que se decretó la indisponibilidad de los fondos -más de tres años-, era excesivo e injustificado en la medida que la presencia de ocupantes “[...]no obstaculiza el otorgamiento de la escritura o la realización de la inscripción[...].”⁵ y el desalojo está regulado en el art. 589 CPCC.⁶

⁴ art. 566. - El remate se anunciará por edictos, que se publicarán por DOS (2) días en el Boletín Oficial y en otro diario, en la forma indicada en los artículos 145, 146 y 147. Si se tratare de bienes de escaso valor, sólo se publicarán en el Boletín Oficial, por UN (1) día y podrá prescindirse de la Publicación si el costo de la misma no guardare relación con el valor de los bienes. Si se tratare de inmuebles, podrá, asimismo, anunciarse en diarios del lugar donde estén situados. En los edictos se indicará el juzgado y secretaría donde tramita el proceso, el número del expediente y el nombre de las partes si éstas no se opusieren; el lugar, día, mes, año y hora de la subasta; no tratándose de bienes de escaso valor, se individualizarán las cantidades, el estado y el lugar donde podrán ser revisados por los interesados; se mencionará, asimismo, la obligación de depositar el importe de la seña y de la comisión en el acto de remate y, en su caso, las modalidades especiales del mismo.

Si la subasta fuere de inmuebles, deberá indicarse, además, la base, condiciones de venta, estado de ocupación y horario de visitas; si estuvieren sujetos al régimen de propiedad horizontal, en las publicaciones y en el acto del remate deberá determinarse el monto de las expensas comunes correspondientes al último mes, y la deuda por este concepto, si fuere posible. En todos los casos, la última publicación deberá realizarse cuando menos CUARENTA Y OCHO (48) horas antes del remate. No podrán denunciarse defectos de publicidad de la subasta vencidos CINCO (5) días contados desde la última publicación.

⁵ Idem 3, punto 2, párr.10.

⁶ Art. 589. - No procederá el desahucio de los ocupantes del inmueble subastado hasta tanto no se hubiere pagado el saldo del precio y hecho la tradición. Las cuestiones que se suscitaren con motivo de la desocupación del inmueble se sustanciarán por el trámite de los incidentes, cuando la ilegitimidad de la ocupación apareciere manifiesta, o no requiriere la dilucidación de controversias que por su naturaleza y complejidad deban, a criterio del juez, ser sometidas a otra clase de proceso

Cabe reflexionar, como bien advierten los Camaristas, que el auto que decreta la indisponibilidad de fondos representa un modo de garantizar “[...] el derecho adquirido por el comprador en subasta judicial[...].”⁷; pero no debe perderse de vista que esa finalidad debe armonizarse con los derechos del acreedor, para evitar así que se malogren sus derechos; por lo tanto la medida “[...]puede aceptarse por un plazo razonable y sólo hay que levantarla cuando la demora en los trámites sea imputable al adquirente.”⁸

Además de las cuestiones señaladas, el fallo de la Cámara ameritó que de las constancias del expediente surgía que se había “[...]hecho entrega de la posesión del bien al Sr. Alejandro Jorge Todesca Werberg quien lo recibió “... de conformidad y en el estado en que se encuentra, es decir ocupado, firmando los intervinientes de conformidad...” (fs. 853).⁹

El fallo de Cámara puntualizó asimismo, que la “[...]finalidad del instituto no puede servir de excusa para frustrar la percepción de los créditos por parte de los acreedores;”¹⁰

Consecuentemente con lo razonado, los jueces decidieron confirmar el decisorio en crisis.

COLOFÓN

Lo resuelto por los Camaristas, evidencia conjugar armoniosamente dos institutos, sin desmedro del uno por el otro y atendiendo a las circunstancias del caso, que fueron debidamente ponderadas, dado que el excesivo tiempo de indisponibilidad de los fondos impedía a los acreedores la realización de sus derechos creditorios; de este modo el fallo se exhibe como una directriz a seguir.

⁷ Donato, Jorge D., (1989) , “*Juicio Ejecutivo*” . Buenos Aires: Editorial Universidad, pág. 788;

⁸ Palácio, Lino Enrique, (1977), “*Manual de Derecho Procesal Civil*”,. Buenos Aires: Abeledo – Perrot, 2:248.

⁹ Idem 3, punto 2, párr.7.

¹⁰ Idem 3, punto 2, párr.9.

**Nº 5:
DERECHO MARÍTIMO - CLORADO DE AGUAS DE LASTRE.**

Autores: Horacio P., Guillermo H. y Andres A. GARAGUSO

Colegio de Abogados de Mar del Plata.

La resolución 85/2017 del Ministerio de Ambiente y desarrollo sustentable, es vinculante tanto para los puertos bajo jurisdicción Nacional como los de las provincias o los administrados privadamente.

RESOLUCIÓN:

“Todo buque de navegación marítima internacional que proceda de puertos extranjeros, lleve a bordo agua de lastre y tenga como destino o escala puertos argentinos, debe, además del cabal cumplimiento de la Ordenanza de la Prefectura Naval Argentina 7/98, efectuar en zona de rada o similar de fondeo o amarra un procedimiento químico en tanques de lastrado, aplicando la técnica de clorado”.-

Fundamentación:

El agua se utiliza como lastre para estabilizar los buques en el mar. El agua de lastre puede contener miles de microbios marinos y acuáticos, plantas y animales, que son transportados por todo el mundo. En caso de que el agua no tratada sea liberada en el puerto de destino, se podrían introducir nuevas especies invasivas. Ya se han producido cientos de estas invasiones, algunas veces con consecuencias desastrosas para el ecosistema local.

El Convenio internacional para el control y la gestión el agua de lastre y los sedimentos de los buques (Convenio BWM) se adoptó en 2004 con el fin de introducir reglas mundiales para controlar la transferencia de especies potencialmente invasoras. Una vez que el instrumento entre en vigor, será necesario que el agua de lastre sea tratada antes de que se libere en un nuevo lugar, de manera que los microorganismos o pequeñas especies marinas sean eliminadas.

El Convenio sobre la gestión del agua de lastre entrará en vigor en septiembre del año 2017. Por tal razón es que a iniciativa de la jefatura de gabinete se adelantó su vigencia mediante la citada resolución. Prefectura Naval Argentina emitió un comunicado para manifestar que hace los debidos controles del agua de lastre que traen a la zona los buques oceánicos que transportan cereal, después de que la Justicia intimara a ese organismo naval a mejorar en cantidad y calidad su tarea preventiva ya que existe una invasión de mejillones dorados provenientes de china -que llegan en las bodegas de esos barcos- en las aguas del Paraná.

El pasado 1 de diciembre, la sala B de la Cámara Federal de Rosario resolvió ordenar a Prefectura -bajo apercibimientos de ley- que mejore los controles a los buques transoceánicos que traen en sus aguas de lastre mejillones dorados chinos, una especie “importada” que ante los deficientes controles estatales copó la cuenca del Paraná generando no sólo un fuerte impacto ambiental, sino también inconvenientes en cañerías y tomas de agua. En función de tal intimación se dicta la mencionada resolución que anticipa la vigencia de la convención y ciertamente su alcance es Federal. En efecto surge de la normativa en cuestión que la misma alcanza a puertos “argentinos”, por lo que en principio su eficacia normativa alcanza a todos los puertos sean nacionales, provinciales, privados o consorciales. Dispone en efecto el artículo 1 de la resolución indicada que: “Todo buque de navegación marítima internacional que proceda de puertos extranjeros, lleve a bordo agua de lastre y tenga como destino o escala puertos argentinos deben, además de dar cabal cumplimiento a la Ordenanza de la Prefectura Naval Argentina N° 7/98, efectuar en zona de rada o similar de fondeo o amarra, un procedimiento químico en tanques de lastrado, aplicando la técnica de clorado descrita en la Resolución N° 159/99 emitida por el MINISTERIO DE SALUD Y ACCION SOCIAL, hasta la entrada en vigencia del “Convenio Internacional para Control y Gestión del Agua de Lastre y los Sedimentos de los Buques”, aprobado por la Ley N° 27.011”.

La regulación comprende no solo el clorado de aguas de lastre sino también la eliminación de residuos y sedimentos, ya que el artículo 4 lo ordena en forma expresa:

“Respecto de sus sedimentos, todo buque alcanzado en los términos del ARTÍCULO 1° de la presente, que no pueda aplicar los métodos previstos para la limpieza de tanques de lastre en alta mar, deberá asentar los motivos del hecho en el Libro de Registro de Agua de Lastre, quedando terminante prohibido el vuelco o vertido de sus sedimentos en zonas no habilitadas por la Autoridad de Aplicación.

En caso de disponer sus sedimentos en puerto, debido a la posible limpieza de tanques de lastrado y/o reparación y posterior limpieza, la Agencia Marítima del buque estará a cargo de la disposición. Para ello, deberá colocar sus sedimentos en contenedores, a fin de ser acopiados en el sector de guarda transitoria en puerto y luego ser tratados fuera, o bien disponerlos directamente mediante tratador fuera de puerto. En ambos casos, la disposición deberá realizarse conforme la legislación local, provincial y/o nacional que corresponda”.

N° 6: JUICIO EJECUTIVO

Autora: Dra. Lidia Estela DI MASULLO

*Instituto de Derecho Comercial del Colegio de abogados de Lomas de Zamora
“Dr. Angel M. Mazzetti”*

A propósito de la declaración de inconstitucionalidad del art. 551 del Código Procesal Civil y Comercial por la Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de Junín: un fallo salomónico.

INTRODUCCIÓN

La Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de Junín en autos “Di Prinzio Gino C/Catellazzi Jorge Enrique S/Materia a Categorizar”¹ declaró “la inconstitucionalidad del art. 551 del Procesal Civil y Comercial² (art.18 CN), quedando el accionante eximido de la satisfacción del recaudo de cumplimiento previo de la condena recaída en el proceso previo”.

No obstante la implicancia de tal determinación, a renglón seguido procedió a “desestimar el pedido de suspensión cautelar de los trámites el proceso ejecutivo (art.230 CPC³)”.

Lo que a simple vista puede aparecer como una sentencia contradictoria, es claramente explicitado por la Cámara en sus considerandos.

LOS HECHOS

El Sr. Di Prinzio al resultar vencido en un juicio ejecutivo por el cual se le exigía el pago de la suma de U\$S7500 inició una acción tendiente a obtener la declaración de inconstitucionalidad del art. 551 del CPCC, con miras a evitar cumplir previamente la condena ejecutiva para tener por expedida la acción ordinaria pos-

¹ El fallo data del 8/11/2016.

² El referido artículo en la parte que aquí concierne dice: “Juicio ordinario posterior. Cualquiera fuere la sentencia que recaiga en el juicio ejecutivo, el ejecutante o el ejecutado podrán promover el ordinario, una vez cumplidas las condenas impuestas en aquéllas [...]”.

³ Artículo 230°: Prohibición de innovar. Podrá decretarse la prohibición de innovar en toda clase de juicio, siempre que:1°) El derecho fuere verosímil.2°) Existiere el peligro de que si se mantuviera o alterara, en su caso, la situación de hecho o de derecho, la modificación pudiera influir en la sentencia o convirtiera su ejecución en ineficaz o imposible. 3°) La cautela no pudiere obtenerse por medio de otra medida precautoria.

terior. Conjuntamente con el pedido de inconstitucionalidad solicitó que se dicte una medida cautelar de “no innovar” respecto del juicio ejecutivo.

La pretensión de inconstitucionalidad fue rechazada “in limine” por el Juez de primera instancia por “impropiedad objetiva” al destacar que la norma era constitucionalmente válida. Juzgó asimismo que, atendiendo a la posibilidad de flexibilizar la aplicación del citado artículo, en base a las normas de defensa del consumidor, en aquellos casos que su riguroso cumplimiento pudiere implicar un denegamiento de justicia, y dado que dicha flexibilidad no era aplicable al caso ya que no se trataba de una relación de consumo, la pretensión debía ser desestimada.

Apelado el decisorio por el accionante, en sus agravios criticó tanto el rechazo “in limine” de la demanda, como el rechazo del pedido de inconstitucionalidad y manifestó que el Juzgador interpretó equivocadamente que no existía relación de consumo, cuando ciertamente sí la había. Para abonar sus dichos señaló que el sentenciante se abocó a considerar la cuestión de fondo y no ameritó lo que surgía de las actuaciones administrativas; en tal sentido, remarcó que el demandado de autos había reconocido en el descargo ante la OMIC que la camioneta adquirida, si bien estaba facturada por motivos impositivos a nombre de una SRL -“Ginfranger SRL”-, había sido adquirida por él, y que además “...entregó un recibo contra el pago de U\$S7500”; sostuvo además que el Juez, por no examinar tales cuestiones, prescindió de la producción de prueba lo que lo llevó a realizar una interpretación parcial y errónea concluyendo que no había una relación de consumo que posibilitara la flexibilización de la norma en crisis; finalmente requirió que se haga lugar a la medida de no innovar que había solicitado en la demanda.

EL TRATAMIENTO EN LA CÁMARA

La Cámara inició el tratamiento de la apelación analizando el tema del rechazo al planteo de inconstitucionalidad. Al respecto sostuvo que “la regla general y abstracta, establecida en el mencionado artículo[...] no resulta incompatible con la Constitución Nacional”⁴, y señaló que la “declaración de inconstitucionalidad de una norma es la “última ratio” del ordenamiento jurídico”⁵ motivo por el cual para merecer tal calificación debe existir certeza en cuanto a su irrazonabilidad y desproporcionalidad. Sin embargo, sostuvo que aún cuando el artículo en crisis pueda ser considerado constitucional en abstracto, podría darse el caso de que su aplicación a un hecho concreto resultara violatoria de la Constitución Nacional; situación que se evidenciaría si la exigencia prevista en la norma deviene en una denegación de justicia, lesionándose el “derecho a la jurisdicción”.⁶

Conforme lo expresado por los Camaristas, el derecho a la debida defensa en juicio resultaría vulnerado si la exigencia de cumplimiento previo de la condena determinara -por el grado de dificultad que representaría para el deudor su satisfacción- que se le impidiera o postergara indefinidamente la posibilidad de iniciar el posterior proceso ordinario.

⁴ “Di Prinzi Gino C/Catellazzi Jorge Enrique S/Materia a Categorizar”, Punto IV, párr. 1.

⁵ Idem. Punto IV, párr.2.

⁶ El art. 18 de la Constitución Nacional en su parte pertinente dispone :”... Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos....”

En base a estas pautas y observando que el monto de la condena ejecutiva estaba expresado en dólares⁷ concluyeron que la exigencia impuesta por el artículo podría generar una demora considerable en la iniciación del juicio ordinario posterior, por lo tanto estimaron que asistía razón al peticionante y que en este caso correspondía declarar la inconstitucionalidad del artículo 551 del CPCC y consecuentemente revocar la sentencia de Juez de grado en lo atinente al rechazo del planteo de inconstitucionalidad y al rechazo “in limine” de la acción, ordenando su correspondiente traslado.

Con respecto a la otra petición del actor, es decir la concesión de la medida de no innovar; distinta fue la posición adoptada por el Tribunal de Grado. Abogados a decidir sobre el tema, ameritaron que la única forma de suspender el trámite de una sentencia de remate era a través de una cautelar de no innovar, tal y como el accionante lo había hecho al promover la acción. Pero en el caso en particular, coincidieron en señalar que no se hallaba acreditado uno de los requisitos exigidos por el ordenamiento procesal para la concesión de la medida cautelar⁸.

En efecto, juzgaron que no se hallaba cumplido el requisito de la verosimilitud en el derecho basándose en que no estaba “...acreditada ni siquiera “prima facie”[...]. la alegada relación de consumo.”⁹, coincidiendo así, con lo decidido por el Juez de Grado en cuanto a este punto.

Para arribar a esa conclusión, pusieron de relieve que en la documentación existente figuraba como adquirente del vehículo utilitario una empresa cuyo objeto social era la actividad agrícola¹⁰, circunstancia que ponía en duda su calidad de consumidora, pero que además, tampoco se había demostrado que el demandado tuviera la calidad de “proveedor”, ya que para ello la instrumental aportada debía probar que el demandado “...se dedica profesionalmente a la comercialización de automotores.”¹¹ cuestión que no surgía así; consecuentemente al no haberse acreditado la relación consumo, no se podía dar por cumplido con el requisito exigido en el inc.1 del art. 230 CPCC -verosimilitud en el derecho- lo que determinó la desestimación de la cautelar solicitada.

REFLEXIÓN FINAL

Como se apuntara al inicio de la ponencia, aunque una primera impresión podría mostrar al fallo con una aparente contradicción entre sus decisiones, un detenido análisis del mismo permite pensar que la Cámara entendió que si bien podía haber un perjuicio por la rígida aplicación del art.551CPCC, y que por ende

⁷ El valor del dólar al momento de redactar la ponencia 07/03/2017 era: Compra:15,41= Venta:15,81; es decir que para satisfacer la condena ejecutiva previa el Sr. Di Prinzi debía desembolsar la suma de \$118.575.

⁸ Artículo 230.CPCC: Prohibición de innovar. Podrá decretarse la prohibición de innovar en toda clase de juicio, siempre que: 1°) El derecho fuere verosímil. 2°) Existiere el peligro de que si se mantuviera o alterara, en su caso, la situación de hecho o de derecho, la modificación pudiera influir en la sentencia o convirtiera su ejecución en ineficaz o imposible.3°) La cautela no pudiere obtenerse por medio de otra medida precautoria.

⁹ Idem 5 párr.10.

¹⁰ Tales datos surgían de la factura, del título automotor y constancia reinscripción en Afip, según refieren los camaristas.

¹¹ Idem 5 párrfs. 11 y 12.

correspondía dar al actor el beneficio de la declaración de inconstitucionalidad, por otro lado no resultaba ajustado a derecho que se le permitiera escudarse en la legislación consumeril para obstaculizar el cumplimiento una obligación debidamente contraída.

**Nº 7:
EL SECUESTRO PRENDARIO PREVISTO EN EL ART. 39 L.P.R.**

Autor: Roberto A. MUGUILLO

Instituto de Derecho Concursal - Colegio de Abogados de San Isidro

El secuestro prendario previsto en el Art. 39 L.P.R. (DL 15348/46, Ley 12962) debe tramitar por ante la jurisdicción pactada cualquiera haya sido el domicilio del deudor y cualquiera fuere la naturaleza del negocio subyacente; pues no se advierte el sentido de mandar tramitar el secuestro al juez del domicilio del deudor, ya que ese trámite de secuestro no prevé intervención legítima alguna de ese deudor, estando resguardado su derecho de defensa en la acción (o medida cautelar) a que pueda creerse con derecho en la jurisdicción de su propio domicilio.

1.- INTRODUCCIÓN. EL SENTIDO DE LA PRENDA REGISTRADA

Como bien dijera en sus considerandos el DL 15348/46-Ley 12.962, la prenda con registro –a diferencia de la prenda común- tiende a beneficiar al deudor (cualquiera fuere este) facilitándole ..”*la utilización y disponibilidad de la cosa prendada, con miras sobre todo, a no entorpecer el proceso económico de su utilización, transformación, elaboración o comercialización...*”.

En pocas palabras se impone un cambio de la posesión de la cosa prendada en manos del acreedor, sustituyéndoselo por un simple registro con individualización de la cosa prendada; de modo tal de facilitar la utilización inmediata de la cosa por el deudor y quedando el acreedor garantizado con prenda, pero SIN COSA PRENDADA alguna.

Así entonces el secuestro del Art. 39 –ante el incumplimiento del deudor– opera simplemente para recomponer la relación prendaria y por ello (i) la no intervención del deudor en este trámite de reposición de la cosa y (ii) la remisión al Art. 585 Cod. de Com., hoy Art. 2229 C.C.C.N. propio de la prenda común con que así se revierte el registro.

2.- LA RAZÓN POR LA CUAL NO DEBE SER DE APLICACIÓN LA LEY 24240

El trámite particular instalado por el Art. 39 LPR se caracteriza por ser una **actividad jurisdiccional colaborativa destinada a recomponer la relación prendaria** propiamente dicha, y limitada – en defensa de la legitimidad de ello - a la mera comprobación de los recaudos de admisibilidad de la medida

y su diligenciamiento; pues como ha dicho la jurisprudencia, **se agota su objeto procesal con la entrega del bien** pignorado al acreedor prendario ⁽¹⁾.

La propia Corte Suprema de Justicia de la Nación ha rechazado desde vieja data el planteo de inconstitucionalidad del Art. 39 LPR ya que el deudor mantiene intacta e inalterada la vía judicial – ordinaria o aún para plantear medidas cautelares–siendo este procedimiento el medio adecuado a la protección del crédito ⁽²⁾.

Esta pauta que fuera modelo para otras legislaciones, responde aún adecuadamente a la moderna doctrina que se ve esbozada en similares y aun mayores facultades del acreedor como se advierte en la Ley Modelo de Garantías Mobiliarias de la O.E.A. (Arts. Y ss.) ya adoptada en Mexico, Honduras, Costa Rica, Guatemala y Peru entre otros.

El secuestro previsto por el Art.:39 debe cumplirse sin que medie contradictorio con el deudor prendario, sin recurso alguno para enervar el ejercicio del derecho que le asiste a su acreedor prendario que se vio privado **para beneficio del deudor** – en virtud del registro - de la posesión de la cosa ⁽³⁾.

Como bien ha expresado la CNCom. Sala A ⁽⁴⁾ el único objeto de este proceso es brindar apoyo jurisdiccional al acreedor prendario para apoderarse del bien prendado sin que se halle previsto en su trámite intervención alguna del deudor.

Por ello cabe preguntarse, si todos coinciden en que es un trámite que no habilita la intervención del deudor:

¿Cuál es el sentido de analizar si la relación jurídica que dio origen al otorgamiento del contrato prendario constituye o no, una relación de consumo a los efectos de la ley de defensa de consumidor?

¿Cuál es el sentido de mandar tramitar el secuestro al juez del domicilio del deudor si el trámite no prevé intervención alguna de este último dentro de dicho proceso?

Entendemos que debe recordarse el viejo *principio de instrumentalidad de las formas*, por lo cual la validez o nulidad de un acto no se sujeta a la simple observancia de las formas, sino que debe estarse a su contenido real y específico, el que no lo tiene cuando se plantea una nulidad del procedimiento por la sola nulidad del mismo como se advierte en todos los casos.

El motivo por el cual se determina la competencia por el “domicilio real” del consumidor -Art. 36 texto según ley 26.631- en procesos por créditos originados en operaciones para el consumo, se funda en preservar el derecho a la defensa en juicio del consumidor en la inteligencia de que el ejercicio de ese derecho no se vea obstruido si la causa judicial se aleja de los jueces del domicilio de la parte presuntamente débil en una relación negocial (arg. arts. 36 y 37, LDC).

¹ Conf. CNCom. Sala A, en LL 92, pag. 365 citado por CAMARA Y RICHARD “Prenda con Registro o Hipoteca Inmobiliaria”, Ed. Abeledo Perrot, 2008, pag. 500 y notas 383 y ss.

² Conf. C.S.J.N. en “Bco.Prov.Bs.As. c/ Viale Luis” 21/2/1958 en Fallos to. 240, pag. 66.

³ Conf. PALACIOS L. “Derecho Procesal Civil” to. VII, pag. 747, No. 1198 b), expresando que hasta sería preferible una simple actividad policial que recuperara el bien para su entrega al acreedor.

⁴ Conf. CNCom. Sala A, 17/3/2011 en “Banco Comafi S.A. c/ Rodriguez Jose s/ Sec.Prendario”y también 22/5/2012 en “Banco Comafi S.A. c/ Morales Cristian s/ Sec. Prendario”

Dado que el secuestro prendario no es un proceso en el que haya contradictorio, en donde no se admite recurso alguno del deudor, no cabe la aplicación del Art. 36 de la Ley 24240.

3.- CONCLUSIÓN

Esta ponencia es oportuno cerrarla con las acertadas palabras del voto del Juez de la Exma. Cámara de Apelaciones de Junin, **Dr. Guardiola** ⁽⁵⁾ que en particular y especialmente respecto de las normas del derecho del consumidor, expresó que las interpretaciones jurídicas son proclives a convertir el **diálogo de fuentes consagrado expresamente por los arts. 1 y 2 del CCCN en un monólogo de alguna de ellas**. Y ello es lo que se advierte en este caso respecto del secuestro prendario del Art. 39 LPR.

De lo expuesto entonces concluimos que el secuestro prendario previsto en el Art. 39 L.P.R. (DL 15348/46) debe tramitar por ante la jurisdicción pactada cualquiera haya sido el domicilio del deudor y cualquiera fuere la naturaleza del negocio subyacente, pues no se advierte el sentido de mandar tramitar el secuestro al juez del domicilio del deudor, ya que el trámite de secuestro no prevé intervención legítima alguna de este último, estando resguardado su derecho de defensa en la acción (o medida cautelar) a que pueda creerse con derecho en la jurisdicción de su propio domicilio”.

⁵ Conf. su voto en JU-8427/2014, autos “Fiat Crédito Cia. Financiera S.A. c/ De Natale Cesar L. s/Acción de Secuestro Prendario” 2/2/2017, Reg. Sentencias Libro 58 No. 1.

Nº 8:

**REGISTRACIÓN DEL CONTRATO DE FIDEICOMISO. NECESIDAD DE EVITAR
UNA DUALIDAD QUE CONSPIRA CON LA SEGURIDAD JURÍDICA.**

Autor: Ricardo Daniel SOSA AUBONE

Colegio de Abogados de La Plata.

1. Introducción. La Ley 26.994 aprobó el Código Civil y Comercial de la Nación, donde se determinaron numerosas modificaciones en materia societaria y contractual -en lo que aquí interesa, regula el contrato de fideicomiso en el capítulo 30 arts. 1666 a 1707-; derogó los arts. 1 a 26 de la ley 24.441;¹ el Código Civil y el Código de Comercio (salvo ciertos artículos que se incorporan a la ley 20.094) (arts. 1, 3 y 4).

Estableció que las leyes que integran, complementan o se encuentran incorporadas al Código Civil o al Código de Comercio, mantienen su vigencia como leyes que complementan al Código Civil y Comercial de la Nación (art. 5); y que toda referencia al Código Civil o al Código de Comercio contenida en la legislación vigente debe entenderse remitida al Código Civil y Comercial de la Nación (art. 6).

2. Fideicomiso. Necesidad de registración. En materia de Fideicomisos, en el Libro Tercero, “Derechos Personales”, Título IV, “Contratos en particular”, Capítulo 30, “Contrato de fideicomiso”, regula dicho contrato.

En el art. 1666 define al instituto de manera similar al art. 1 de la ley 24.441,² establece su contenido (art. 1667),³ establece como principio un plazo máximo de 30 años (art. 1668),⁴ al aludir a la forma, establece que el contrato debe inscribirse en el Registro Público que corresponda (art. 1669).

¹ El contrato de fideicomiso estaba tratado en el régimen jurídico anterior, en los arts. 1 a 26 de la ley 24.441 de Financiamiento de la Vivienda y la Construcción, los que fueron derogados por el art. 3 inc. “e” de la ley 26.994.

² El art. 1 de la ley 24.441 aludía al que “transmita”, lo cual es ampliado con la expresión “transmite o se compromete a transmitir”. Establece el art. 1666: “Hay contrato de fideicomiso cuando una parte llamada fiduciante, transmite o se compromete a transmitir la propiedad de bienes a otra persona denominada fiduciario, quien se obliga a ejercerla en beneficio de otra llamada beneficiario, que se designa en el contrato, y a transmitirla al cumplimiento de un plazo o condición al fideicomisario”.

³ En el régimen jurídico anterior ello estaba determinado en los arts. 2 y 4, ley 24.441.

⁴ Se mantiene el criterio que emanaba de los arts. 1, 4 inc. c y 25, de la ley 24.441.

3. Reglamentaciones locales. Al reglamentar dicha norma, la Inspección General de Justicia (IGJ), con competencia en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, dictó la Resolución 7/2015 del 31/7/2015, con vigencia a partir del 3/8/2015.

A tal fin, establece que la IGJ inscribirá un contrato de fideicomiso cuando se cumpla algunos de los siguientes requisitos: a) cuando uno o más de los fiduciarios designados posea domicilio real⁵ o especial⁶ en jurisdicción de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (supuesto que puede presentar alguna problemática); b) cuando acciones de una sociedad inscrita ante la IGJ formen parte de los bienes objeto del contrato de fideicomiso (este supuesto no presenta problemas).⁷

En consecuencia, el mero hecho de que alguno de los fiduciarios sea una persona humana y resida en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CABA), la inscripción se puede realizar bajo la órbita de la IGJ por más que la actividad se realice totalmente en la provincia de Buenos Aires.⁸

Sin perjuicio de la problemática fiscal que podría traer aparejada dicha posibilidad, tal multiplicidad de variantes podría dar lugar a una doble registración y a una dispersión de la información.

Ahora bien, esta problemática no acaecerá en el caso de fideicomisos financieros,⁹ atento a que los mismos se encuentran regulados por el organismo de contralor de los mercados de valores (Comisión Nacional de Valores), quien es la encargada de dictar normas reglamentarias al respecto (art. 1691, C.C.C.N.).

Por su parte, la Disposición N° 13 de la Dirección Provincial de Personas Jurídicas (DPPJ), del 13

⁵ La persona humana tiene domicilio real en el lugar de su residencia habitual. Si ejerce actividad profesional o económica lo tiene en el lugar donde la desempeña para el cumplimiento de las obligaciones emergentes de dicha actividad (art. 74, C.C.C.N.)

⁶ Las partes de un contrato puede elegir un domicilio para el ejercicio de los derechos y obligaciones que de él emanan (art. 75, C.C.C.N.).

⁷ Para registrar un fideicomiso es necesario: a) presentar el primer testimonio de la escritura pública o instrumento privado original, según corresponda; b) el dictamen precalificatorio emitido por escribano público o abogado, según la forma instrumental del contrato, verificando las condiciones para la generalidad de la sociedades, pero informando adicionalmente sobre: i) los datos del fiduciante, fiduciario, beneficiario y fideicomisario -si lo hubiere-, incluyéndose, según el caso, nombre y apellido o denominación social, documento de identidad o datos de inscripción registral y domicilio o sede social; ii) existencia de restricciones, limitaciones o condiciones al fiduciario para ejercer su facultad de disponer o gravar los bienes objeto del fideicomiso; iii) si surge del contrato la obligación de emisión de estados contables anuales como modo de rendición de cuentas del fiduciario; iv) la aceptación del beneficiario y del fideicomisario para recibir las prestaciones del fideicomiso; y v) la verificación de la póliza de seguro contratado por el fiduciario caso contrario responderá por el daño causado por el riesgo o vicio de las cosas, o de las actividades que sean riesgosas o peligrosas por su naturaleza, por los medios empleados o por las circunstancias de su realización; y c) la declaración jurada del fiduciario sobre la condición de Persona Expuesta Políticamente.

⁸ Ello no sólo permite elegir al lugar de inscripción, sino sortear las vallas o ausencia de reglamentación de las regulaciones locales.

⁹ Regulados en los arts. 1690 a 1692 del C.C.C.N.

de mayo de 2016, establece que se registrarán en dicha dirección los contratos de fideicomiso y ciertas modificaciones, cuando: a) sus objetos incluyan acciones y/o cuotas sociales y/o partes de interés de sociedades inscriptas ante esta Dirección Provincial de Personas Jurídicas; b) los bienes cuando uno de los fiduciarios designados posea domicilio en la provincia de Buenos Aires, con excepción de los fideicomisos financieros que hacen oferta pública a tenor de lo dispuesto por los arts. 1690 y 1691 del Código Civil y Comercial de la Nación (art. 1).¹⁰

Por último, el Acuerdo 3378 de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires (SCBA), del 16 de septiembre de 2015, aprobó el Reglamento del Registro Público, a través de un ANEXO, cuyo artículo 1 establece que en cada Departamento Judicial habrá un Registro Público que desempeñará las funciones que desarrollaba el Registro Público de Comercio, adquiriendo la nueva denominación “Registro Público”, el cual integrará el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial que se encontrare de turno a la fecha de inicio de cada nueva actuación o petición que se formule en el Registro (art. 1).

El Registro Público es competente para conocer, entre otros, en todos los actos voluntarios tendientes a la autorización, registración y/o publicidad de los actos relativos a las personas humanas y jurídicas establecidos en el C.C.C.N. y demás leyes especiales que no se encuentren incluidos en las funciones del Registro Nacional de las Personas; Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, Dirección de Personas Jurídicas u otros Registros que por ley se establezcan (art. 3, inc. a).

Será competente el Registro Público correspondiente al Departamento Judicial en que tenga asiento el lugar del domicilio real o social de la persona peticionante (art. 4).

Asimismo, el Registro Público debe llevar, entre otros, un libro de Fideicomiso (art. 7, inc. e).

PONENCIA: es necesario unificar el organismo donde se registran los fideicomisos en la provincia de Buenos Aires.

¹⁰ A los efectos de la registración de los contratos de fideicomiso –y de sus posteriores modificaciones–, el art. 3 de dicha disposición establece que deberá presentarse:

a) F. de “Minuta rogatoria declaración jurada inicio de trámite”.

b) F. “Datos generales contratos de fideicomiso”.

c) Instrumento público o privado con firma certificada por el que se formaliza el contrato de fideicomiso, en original y copia certificada, adecuado a la legislación de fondo, a las disposiciones vigentes ante esta Dirección Provincial de Personas Jurídicas y a las contenidas en la presente.

d) En caso de que el fiduciario sea una persona jurídica, conforme las leyes de la República Argentina, que posea domicilio fuera de la jurisdicción de la Dirección Provincial de Personas Jurídicas –siempre que no surja del instrumento público o privado cuya inscripción se solicita–, deberá acreditarse que se encuentra inscripto ante el Registro Público que corresponda según su domicilio.

e) En caso de que el fiduciario sea una persona jurídica constituida en el extranjero –siempre que no surja del instrumento público o privado cuya inscripción se solicita–, deberá acreditarse que se encuentra inscripto ante el Registro Público que corresponda en los términos de los arts. 118 o 123 de la Ley 19.550, individualizando los datos de registro.

Es necesario unificar los criterios de inscripción -que no pueden dejar de lado el control de legalidad- y de competencia en materia de fideicomisos.

Se debe propiciar la conexión o comunicación de la información existente en los diferentes registros de las diversas jurisdicciones.

TÍTULOS VALORES. Títulos valores cartulares abstractos: Letra de cambio y pagaré. Impacto del art. 36 de la legislación consumeril en el dec. ley 5965/63.

Autor: Ricardo Daniel SOSA AUBONE

1. Introducción. La cuestión sujeta a debate reside en la aplicación de la Ley de Defensa del Consumidor, con preceptos de orden público destinados a resguardar el derecho de acceso a la justicia y de defensa en juicio de la parte que el legislador ha considerado “débil” en la contratación que se hubo celebrado (arts. 14, 18 y 42 de la Constitución Nacional, 15 y 38 de la bonaerense, 8 y 25 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos; 1, 2 y 65, ley 24.240; arts. 1092 y sgtes. del C.C.C.N.), frente a la legislación que regula la acción cambiaria por vía ejecutiva (Dec. ley 5965/63 y C.P.C.C.), que establece límites al análisis interno (v.gr. causal) del título en aras de la tutela del crédito.

En primer lugar corresponde analizar si la letra de cambio o el pagaré fueron librados en virtud de una relación de consumo y, en su caso, la aplicación del art. 36 de la ley 24.240 (Ley de Defensa del Consumidor) en el juicio ejecutivo donde se ejecutan tales títulos.¹¹

2. Art. 36¹², LDC. Cabe dividir el análisis del art. 36¹³ de la ley 24.240 (LDC), en dos etapas. Siendo que el disparador de la temática se generó con el último párrafo de dicho artículo referido a la competencia, se

¹¹ Ello genera los siguientes interrogantes: a) ¿Se puede analizar ello en el ámbito de una acción cambiaria tramitada por la vía ejecutiva, donde está limitado el marco de conocimiento?; b) ¿Quién es el juez competente para dicho análisis? i) ¿El juez ante quien se promovió la ejecución?; ii) ¿El juez del domicilio real del deudor?; c) ¿Qué sucede cuando el deudor cambia de domicilio real?; d) ¿Qué sucede si el deudor contrajo la deuda por la cual se libró el pagaré en virtud de una actividad profesional y el acreedor invoca lo normado por el art. 73, segundo párrafo, C.C.C.N.?; e) ¿El control de legalidad que impone el art. 36 se limita a la competencia o se puede extender a la información que requiere la primera parte de dicha norma bajo pena de nulidad?; f) ¿Se puede integrar el pagaré con el contrato que contiene la información que requiere la primera parte del art. 36?; g) ¿La solución es la misma si el pagaré ya contiene dicha información?; y h) ¿La aplicación de la ley de defensa del consumidor transforma la acción cambiaria en una acción causal?

La brevedad del espacio disponible para la ponencia me impide dar respuesta a dichos interrogantes, pero actuarán como disparadores para el debate.

comenzará por allí, para luego pasar a la primera parte de la norma, referido a la información que se le debe brindar al consumidor.

2.1. Art. 36 último párrafo. Aceptar la prevalencia de las normas procesales locales, como un mecanismo para eludir tal prohibición de normas sustanciales, no es razonable (arts. 3, 36 y 65, L.D.C.), máxime cuando está en juego la defensa en juicio (art. 18, C.N.) y derechos que tienen tutela constitucional (arts. 42, C.N. y 38, Const. Provincial).

Tal es así que en el precedente “Cuevas” (causa C. 109.305, del 1/9/2010), la SCBA resolvió que los jueces se encuentran autorizados a declarar de oficio la incompetencia territorial a partir de la constatación (mediante elementos serios y adecuadamente justificados) de la existencia de una relación de consumo a las que se refiere el art. 36 de la ley 24.240 (en igual sentido: SCBA, C. 117.245, 3/9/2014).

Para ello entendió que el dilema que puede presentar el conflicto entre la ley de Defensa del Consumidor (24.240) y la normativa sustancial y procesal que impide indagar la causa en la acción cambiaria promovida por vía ejecutiva (dec. ley 5965/63 y C.P.C.C.), debe imperar un criterio hermenéutico que permita arribar a la solución que proteja del modo más eficiente posible la finalidad tuitiva de grupos tradicionalmente postergados y particularmente vulnerables (ver CSN, “Fallos” 331:819; íd. causa H. 270. XLII, “Halabi”, del 24/2/2009, consid. 13) como ocurre con los usuarios y consumidores (art. 42, Const. Nac.; 37, ley 24.240; doct. SCBA causa C. 98.790, del 12/8/2009; voto del Dr. Hitters en causa C. 109.193, del 11/8/2010) (SCBA, C. 109.305, 1/9/2010, “Cuevas”).¹⁴

¹² El art. 36 en análisis establece que “En las operaciones financieras para consumo y en las de crédito para consumo deberá consignarse de modo claro al consumidor o usuario, **bajo pena de nulidad:**

- a) La descripción del bien o servicio de la compra o contratación, para los casos de adquisición de bienes o servicios;
- b) El precio al contado, sólo para los casos de operaciones de crédito para adquisición de bienes o servicios;
- c) El importe a desembolsar inicialmente -de existir- y el monto financiado;
- d) La tasa de interés efectiva anual;
- e) El total de los intereses a pagar o el costo financiero total;
- f) El sistema de amortización del capital y cancelación de los intereses;
- g) La cantidad, periodicidad y monto de los pagos a realizar;
- h) Los gastos extras, seguros o adicionales, si los hubiere.

Cuando el proveedor omitiera incluir alguno de estos datos en el documento tendrá derecho a demandar la nulidad del contrato o de una o más cláusulas. Cuando el juez declare la nulidad parcial simultáneamente integrará el contrato, si ello fuera necesario.

En las operaciones financieras para consumo y en las de crédito para consumo deberá consignarse la tasa de interés efectiva anual. Su omisión determinará que la obligación del tomador de abonar intereses sea ajustada a la tasa pasiva anual promedio del mercado difundida por el Banco Central de la República Argentina vigente a la fecha de celebración del contrato. ...” (artículo sustituido por el art. 58 de la ley 26.993, B.O. 19/9/2014). El resaltado en “negrita” es de mi autoría.

¹³ El art. 36 de la L.D.C. contempla dos nulidades bien diferenciadas, en el primer párrafo determina la información que debe consignarse en las operaciones financieras y de crédito para consumo, “bajo pena de nulidad” -que puede ser total con la consiguiente invalidación del contrato o parcial, limitada a una o más cláusulas-; y en el último párrafo establece la nulidad del pacto de prórroga de competencia en favor de una circunscripción judicial distinta de la que corresponda al domicilio real del consumidor.

Luego expresó que debe intentarse una congruencia entre el sistema de protección establecido en la ley de defensa del consumidor y las disposiciones adjetivas que impiden en el ámbito de los procesos de ejecución la discusión de aspectos causales de la obligación (SCBA, C. 109.305, 1/9/2010, “Cuevas”).¹⁵

En función de lo expresado, la SCBA consideró que si bien imperan en el ámbito de las relaciones de financiación para consumo, las limitaciones cognoscitivas propias de los procesos de ejecución, que impiden debatir aspectos ajenos al título (conf. art. 542, C.P.C.C.), es posible una interpretación de la regla aludida acorde con los principios derivados de la legislación de protección de usuarios (arts. 1, 2, 36 y 37, ley 24.240; voto del Dr. Hitters en causa C. 109.193, del 11/8/2010) (SCBA, C. 109.305, 1/9/2010).¹⁶

Tales precedentes consagraron la apertura del análisis causal en los títulos de crédito abstractos, lo cual abrió la puerta para el análisis de la aptitud ejecutiva del pagaré librado con motivo de una relación de consumo, también llamado “pagaré de consumo”. Tal situación se hizo más visible a partir de la vigencia del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (1/8/2015), que vino a reforzar la protección al consumidor.

Con tal piso de marcha, he de ingresar al análisis de la aplicación de la primera parte del art. 36 en la ejecución de un pagaré.¹⁷

2.2. Art. 36 primera parte. En los tribunales encontramos disparidad de pronunciamientos, lo cual genera una incertidumbre que es necesario disipar.¹⁸

¹⁴ También dijo, con cita del Máximo Tribunal federal, que la finalidad de la ley 24.240 consiste en la debida tutela del consumidor o el usuario, que a modo de “purificador legal” integra sus normas con las de todo el orden jurídico, de manera que se impone una interpretación que no produzca un conflicto inter normativo, ni malogre o controvierta los derechos y garantías que, en tal sentido, consagra el art. 42 de la Constitución Nacional (CSN, “Fallos” 329:646 y 695, voto del doctor Zaffaroni; en el mismo sentido “Fallos” 331:2614, voto del doctor Maqueda) (SCBA, C. 109.305, 1/9/2010, “Cuevas”).

¹⁵ Y, cuando analizó si era posible extender la eficacia del art. 36 de la ley 24.240 (conf. ley 26.361), más allá de las acciones sustentadas en instrumentos ‘causales’ (en los que -por ser viable penetrar en los antecedentes del negocio- el juez puede determinar si se trata de una operación de crédito de las normadas en el citado dispositivo legal), consideró que la prohibición que rige en los procesos de ejecución, de ingresar en aspectos que hacen a la causa de la obligación tiene como finalidad la tutela efectiva del crédito, valor jurídico de repercusión social evidente. Sin embargo, la división entre lo que constituye debate sobre la causa de la obligación, por un lado; y sobre las aptitudes ejecutivas del instrumento, por el otro, no siempre resulta tajante e inmaculada (ver voto del Dr. Hitters en causa C. 91.162, sent. del 2-IX-2009) (SCBA, C. 109.305, 1/9/2010, “Cuevas”).

¹⁶ La Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSN), estableció que la abstracción propia del pagaré no justifica que los tribunales admitan la manifiesta violación de una norma de orden público, como lo es el art. 36, L.D.C., ya sea través de una cláusula especial o fijando el lugar de pago del pagaré. Ello implicaría una renuncia consciente a la verdad jurídica objetiva que no se compadece con el adecuado Servicio de Justicia que garantiza la Constitución Nacional en su art. 18 (CSN, Fallos 304:326).

¹⁷ La LDC no prohíbe el libramiento de títulos valores, ni contiene regulación alguna sobre el pagaré de consumo. El C.C.C.N., pese a regular los Contratos de consumo (arts. 1092 a 1122) y los Títulos valores (arts. 1815 a 1881), no hizo referencia al “pagaré de consumo” ni modificó las disposiciones de la Ley cambiaria argentina (Dec. ley 5965/63). En consecuencia la cuestión quedó librada a la interpretación judicial, que se debe realizar de modo coherente con todo el ordenamiento (art. 2, C.C.C.N.).

Todavía no hay pronunciamientos de la CSN ni de la SCBA sobre el cumplimiento de las exigencias descriptas en un título de crédito abstracto cuyo cobro de intenta por la vía ejecutiva, sin perjuicio de que a través de lo señalado en los puntos anteriores se establecieron ejes muy importantes. Aunque no es ocioso destacar que, cuando tales tribunales analizaron la competencia en un “pagaré de consumo”, nada dijeron sobre la habilidad ejecutiva del instrumento o admisibilidad de la vía elegida.

No tengo duda, con sustento en lo ya expresado, que resultan en principio válidos los títulos valores cartulares creados en virtud de una relación de consumo (art. 19, C.N.); ni que el ejecutante, en su condición de proveedor, debe cumplir con las exigencias del art. 36, LDC,¹⁹ pese a que tales requisitos importan vincular el título con la causa y afectan los caracteres de “literalidad” y “abstracción”.²⁰ A tal fin puede integrar el título.

La incertidumbre generada por los cambios operados en la materia (seguridad jurídica) y la ausencia de regulación legislativa expresa, impone que se permita al ejecutante integrar el título con la documentación respectiva bajo apercibimiento de rechazar la ejecución (arts. 18 31 y 42, C.N.; 38, Const. Prov.; 1, 2, 1061, 1094, 1095, 1097, 1098, 1099, 1100, 1101, 1103, 1117, 1118, 1119, 1120, 1121 y 1122, C.C.C.N.; 1, 2, 36 y 65, L.D.C.; 34 inc. 5, 384, 529 y 549, C.P.C.C.).

3. CONCLUSIÓN: el art. 36 de la ley 24.240 se aplica en la ejecución de una letra de cambio y pagaré, debiendo permitirse integrar el título a fin de controlar el cumplimiento de dicha norma.

¹⁸ Hay quienes no dicen nada frente a la ausencia de planteo concreto, están los que no admiten la integración de la legislación cambiaria con la normativa consumeril y se ciñen a los recaudos formales del dec. ley 5965/63 (Cám. Civ. y Com. 1ra., Sala III, La Plata, 254.366, 23/12/2010; ídem, Sala II, causa 255.678, 9/8/2011; ídem, Sala I, 2258.134, 6/11/2012) hay otros que declaran la inhabilidad del título cuando advierten la presencia de una relación de consumo por violación del art. 36, LDC (Cám. Civ. y Com. Sala III, Mar del Plata, causas 152.243, 6/11/2012, RSD. 226/2012; 158.670, 15/9/2015, RSD. 165/2015; Cám. Civ. y Com. Azul, Sala I, causa 57.142, 29/5/2013), y por último están quienes permiten integrar el título (Cám. Civil y Com. Azul, Sala II, causas 58.639, 29/5/2014, RSD. 55/2014; 59.596, 14/5/2015, RSD. 58/2015; Cám. Civ. y Com. Junín, causa 2304, RSD. 56/2015; las diferentes salas de la Cámara Civ. y Com. 2da. de La Plata) (con la multiplicidad de variantes que tales supuestos pueden presentar: declaración de oficio o a pedido de parte, aplicación del principio de preclusión, irretroactividad de la ley, etc.). Recientemente la Cámara de Azul dictó un plenario.

¹⁹ Es que la letra de cambio y pagaré, donde la causa es irrelevante, no deben ser utilizados como un mecanismo para “eludir” la aplicación del art. 36, L.D.C., máxime cuando el cumplimiento de tales recaudos no lleva necesariamente a restarle eficacia al documento como título ejecutivo. Se podrá decir que la acción cambiaria se ha visto afectada con la introducción de aspectos causales, pero no que la procedencia de la vía ejecutiva ha sido cercenada, en la medida que se cumplan todos los recaudos legales “necesarios”, tanto de la legislación cambiaria (requisitos formales extrínsecos) como del estatuto del consumo (reglas de orden público contenidas en el art. 36).

²⁰ Tal como se dijo en el punto anterior, la literalidad, autonomía y abstracción, en modo alguno impiden analizar la prohibición de prórroga de jurisdicción que emana del art. 36, último párrafo, L.D.C.

No se ve impedimento alguno para armonizar el principio de literalidad referido, con los recaudos del art. 36 de la Ley de defensa del consumidor, lo cual más que desnaturalizar el proceso ejecutivo lo va a moralizar, ya que el proveedor no podrá aprovecharse del consumidor, colocando cargos excesivos bajo el amparo de la debilidad del usuario. También será un elemento útil para el juicio ordinario posterior que permite el art. 551 del C.P.C.C., que en la mayoría de los casos no se promueve por falta de elementos y su onerosidad. Con ello y en la medida que no se cercene la vía ejecutiva ni se aplique retroactivamente la norma, no se ve de qué manera se pueda afectar el crédito (salvo que sea un dador de crédito inescrupuloso y de mala fe, situación que no merece el amparo legal).

Dicha información, que debe proporcionar el ejecutante ya que hace a la habilidad del título (arts. 518 y 529, C.P.C.C.), no lo es para desnaturalizar por completo el juicio ejecutivo y determinar su transformación en uno de conocimiento, sino a los efectos de velar por la licitud del título, ya que no sería razonable que a través de un título inválido o ilegítimo se permita ejecutar a la parte débil (consumidor), que generalmente carece de recursos materiales (generalmente no cuenta con la documentación pertinente) y económicos para

TITULOS VALORES. Títulos valores cartulares abstractos: Letra de cambio y pagaré. Impacto del art. 53²¹ de la legislación consumeril en el dec. ley 5965/63.

Autor: Ricardo Daniel SOSA AUBONE

Partiendo de la base que es posible analizar si la letra de cambio o el pagaré fueron librados en virtud de una relación de consumo, cabe ponderar la aplicación del art. 53 de la ley 24.240 (Ley de Defensa del Consumidor) -que impone la tramitación por las normas del proceso de conocimiento más abreviado que rijan en la jurisdicción del tribunal competente- a un juicio ejecutivo promovido en base a un pagaré emitido en función de una relación de consumo (se ejecuta a un consumidor).

El art. 53 de la ley 24.240 se refiere a los procesos que inicien los consumidores o usuarios de conformidad con la Ley de Defensa del Consumidor, y tiene la finalidad de otorgar una tutela mayor, dando la posibilidad de que sus acciones tramiten por la vía de conocimiento más abreviada (juicio sumarísimo), ello claro está, a menos que a pedido de parte o por resolución judicial se considere necesario un trámite de conocimiento más adecuado.

De la redacción de la norma citada puede apreciarse que el tipo de proceso previsto por el art. 53 LDC alude a las acciones individuales que han de entablar los consumidores o usuarios en el ejercicio de los derechos que dicha ley les confiere, pero ello no significa que los mismos no puedan ser demandados a través de un proceso ejecutivo si el título base de la ejecución resulta hábil y contiene todos los recaudos legales, entre ellos, los previstos por el art. 36 de la citada ley 24.240.

CONCLUSIÓN: el art. 53 de la ley 24.240 no impide demandar al consumidor por la vía ejecutiva, aunque marca una tendencia hacia un criterio más amplio en el análisis de las defensas que puede oponer dicho sujeto.

realizar un reclamo a través del mecanismo del art. 551 precitado. Una visión más humana del proceso, con sustento en el principio "pro homine" consagrado en el art. 2, C.C.C.N., impone una mayor sensibilidad al respecto, sin olvidar que la misma norma requiere una interpretación coherente con todo el ordenamiento, lo que importa recalcar en la necesidad de tutelar el crédito.

Lo que si ha de servir de tal información, por su impacto en el contenido económico de la acción promovida, es el precio del bien o servicio, importe desembolsado -en su caso-, monto financiado, tasa de interés, sistema de amortización y pago, costo financiero total, y gastos, ya que el análisis de tales elementos, en la medida que no desnaturalice el ámbito de conocimiento del juicio ejecutivo -lo que queda sujeto al prudente arbitrio judicial-, es factible. Con ello no se afectaría la celeridad que debe tener el juicio ejecutivo, ni por ende el crédito y se evitarían muchos abusos; por otra parte se le brindaría al consumidor un marco de protección más adecuado.

²¹ El art. 53 LDC establece que "En las causas iniciadas por ejercicio de los derechos establecidos en esta ley regirán las normas del proceso de conocimiento más abreviado que rijan en la jurisdicción del tribunal ordinario competente, a menor que a pedido de parte el Juez por resolución fundada y basado en la complejidad de la pretensión, considere necesario un trámite de conocimiento más adecuado... Los proveedores deberán aportar al proceso todos los elementos de prueba que obren en su poder, conforme a las características del bien o servicio, prestando la colaboración necesaria para el esclarecimiento de la cuestión debatida en el juicio..." (artículo sustituido por el art. 26 de la ley 26.361, B.O. 7/4/2008).

DERECHO CONCURSAL. Problemática que presenta el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación en orden al concurso del patrimonio del fallecido y el juez competente en materia concursal tratándose de una persona humana.

Autor: Ricardo Daniel SOSA AUBONE

1. Patrimonio del fallecido: el C.C.C.N. amplía el elenco de excepciones al presupuesto objetivo. El art. 2 de la ley 24.522 -en adelante L.C.- contempla la situación que genera el fallecimiento de un deudor cuyo patrimonio está en crisis, al permitir el concursamiento del "patrimonio del fallecido, mientras se mantenga separado del patrimonio de los sucesores" (art. 2, inc. 1, L.C.).

Ello no significa que quien ya no tiene personalidad la recupera, ya que el patrimonio del fallecido es objeto de derecho y no sujeto de derecho.²² Ahora bien, la norma precitada requiere que el patrimonio del causante se mantenga separado del patrimonio de los sucesores.

En el Código Civil, a partir de la reforma del dec. ley 17.711/68, la herencia era aceptada con beneficio de inventario como regla, siendo la responsabilidad ilimitada del heredero la excepción. Así, el art. 3363, párrafo primero, establecía la presunción de la aceptación bajo beneficio de inventario. Estos efectos se podían perder ante la realización de actos prohibidos, o por no hacer el inventario dentro del plazo de tres meses desde que fue intimado judicialmente el heredero.

El Código Civil y Comercial de la Nación elimina la distinción entre aceptación lisa y llana y con beneficio de inventario, al igual que la acción de separación de patrimonios (arts. 3433 y 3445 del código derogado), estableciendo la responsabilidad limitada del heredero como principio (art. 2317) y una preferencia en el cobro para los acreedores del fallecido, los acreedores de la sucesión (cargas del sucesorio) y los legatarios, sobre los bienes de la herencia, desplazando a los acreedores de los herederos (art. 2316).

Así el art. 2317 establece que el heredero queda obligado por las deudas y legados de la sucesión sólo hasta la concurrencia del valor de los bienes hereditarios recibidos. En caso de pluralidad de herederos, éstos responden con la masa hereditaria indivisa.

En consecuencia, ya no hay aceptación bajo beneficio de inventario, ni pura y simple, sino que hay una sola aceptación que trae consigo la responsabilidad limitada del heredero, aunque separa los patrimonios del causante y del heredero al modo del beneficio de inventario. El heredero sólo responde con sus propios bienes cuando no hace el inventario dentro de los tres meses que fue intimado judicialmente a su realización, oculta fraudulentamente los bienes de la sucesión omitiendo su inclusión en el inventario, exagera

²² El art. 2360 del C.C.C.N. prescribe que la masa indivisa insolvente puede someterse a concurso preventivo o quiebra, a solicitud de los copropietarios de la masa o de los acreedores, y de acuerdo con las disposiciones de la ley concursal, en cuyo caso se aplica el art. 8, L.C..

dolosamente el pasivo sucesorio o enajena bienes de la sucesión a precios no convenientes y sin que el precio ingrese a la masa (art. 2321, C.C.C.N.).

La indivisión hereditaria cesa con la partición. Si la partición incluye bienes registrables, es oponible a terceros desde su inscripción en los registros respectivos (art. 2363, C.C.C.N.).

No obsta a la petición el hecho de que la cesación de pagos se haya producido luego del fallecimiento.

En cuanto al presupuesto objetivo, el art. 2360 del C.C.C.N. establece que *“En caso de desequilibrio patrimonial o insuficiencia del activo hereditario, los copropietarios de la masa pueden petitionar la apertura del concurso preventivo o la declaración de quiebra de la masa indivisa, conforme a las disposiciones de la legislación concursal. Igual derecho, y de acuerdo a la misma normativa, compete a los acreedores”*. Dicha norma viene a ampliar el presupuesto objetivo (cesación de pagos), a situaciones de mero desequilibrio patrimonial o insuficiencia del activo que conforma la herencia.

CONCLUSIÓN: Dicha norma amplía el elenco de excepciones que establece el art. 1 -sin perjuicio de las que pueden surgir de los arts. 4, 68, 160 y 161, L.C.- en el caso del patrimonio del fallecido, que se puede concursar estando en cesación de pagos, en caso de desequilibrio patrimonial o insuficiencia del activo hereditario.

2. Juez competente en materia concursal. Persona humana. Cambio de domicilio. Limitaciones. El concurso de las personas humanas debe iniciarse ante el juez del lugar de la sede de la administración de sus negocios; es decir, el del lugar en que dirige sus actividades (lugar donde se halla el centro de su organización administrativa y contable).²³

Si dicho deudor está matriculado como comerciante o empresario, dicho lugar cobra relevancia a los efectos de inferir la ubicación de la sede de administración de los negocios (CSN, Comp. 68.XXII, “Muñoz, Miguel”, 14/7/92).

Si tuviere varias administraciones es competente el juez del lugar de la sede de la administración principal o del establecimiento principal.

En caso que no pudiera determinarse cuál es la administración principal, será competente el juez que hubiere intervenido primero (prevenido).

²³ La solución legal presume que el lugar de la actividad del concursado es el que se encontrará más próximo a los acreedores, facilitando la concreción de los principios que inspiran la ley concursal y asegurando la adecuada concurrencia de la masa de acreedores en igualdad de condiciones (Heredia, Pablo D., “Tratado Exegético de Derecho Concursal”, Abaco, t. I, pág. 265) (Cám. Civ. y Com. 2da., Sala I, La Plata, 117.818, 18/11/2014, “Monti, Guillermo José s/Quiebra pequeña”, RSD. 245/2014).

A falta de sede de administración, será competente el juez del lugar del domicilio del deudor (residencia habitual).

Cabe tener presente que la persona humana tiene domicilio real en el lugar de su residencia habitual. Si ejerce actividad profesional o económica lo tiene en el lugar donde la desempeña para el cumplimiento de las obligaciones emergentes de dicha actividad (art. 73, C.C.C.N.), lo cual cobra especial relevancia cuando el deudor cambia de domicilio a un lugar alejado del centro de sus actividades.

CONCLUSIÓN: Si la persona humana cambia de domicilio real a un lugar alejado de donde ejercía su actividad profesional o económica, tal cambio no es relevante a los efectos de determinar la competencia en materia concursal, ya que prima el lugar donde ejerció la actividad profesional o económica para el cumplimiento de las obligaciones emergentes de dicha actividad.

COMISIÓN II

- **CONTRATOS COMERCIALES.**
- **DERECHO BANCARIO.**
- **TÍTULOS VALORES.**
- **CONSUMIDOR.**

Nº 9:**APUNTES SOBRE LA RESOLUCIÓN DE LOS CONTRATOS****Autor:** Gabriel Antonio MAKCMOVICH.*Instituto de Derecho Comercial del Colegio de Abogados de La Plata.*

El Código Civil y Comercial al regular la problemática de la extinción de los contratos, ha receptado los principios y criterios desarrollados por la jurisprudencia y la doctrina de origen iusprivatista desde las reformas de 1963 al Código de Comercio y de 1968 al Código Civil, innovando en la formulación de pautas generales al respecto, acordes a los nuevos paradigmas que sustentan el cuerpo normativo vigente.

a) Introducción. Antecedentes del tema. La semántica utilizada. Nociones preliminares.

El Código de Vélez se sustentaba en la teoría del “Máximo efecto útil de los contratos”, de origen romanista, simbolizada en el famoso brocardico jurídico latino “Pacta sunt servanda”.¹ Dicho cuerpo legislativo establecía en el art. 1197 su presupuesto esencial, es decir, que para las partes se asimilaba el contrato a la ley, y en consecuencia, el antiguo artículo 1204 en materia de resolución – correlacionado con el art. 1203 - completaba la cuestión.² Resta señalar que en algunos contratos en particular se aceptaba la existencia de la posibilidad de resolución sin pacto comisorio expreso, y así el Código de Comercio, por ejemplo, regulaba la cuestión en materia de compraventa mercantil.

Esta postura, que aún hoy conserva su validez debidamente contextualizada, fue criticada por la doctrina y la jurisprudencia durante el desarrollo del siglo XX, arguyendo que en la realidad de los negocios, y con una visión integrativa del contrato con la economía, en muchos supuestos, resultaba impráctico e inútil someter al acreedor a mantener viva una relación económicamente ya frustrada, y sujeto a que el deudor en cualquier momento –extemporáneamente– decidiera cumplir. También se ponía la mirada en el deudor,

¹ La necesidad de certidumbre y de seguridad sobre la que debe sustentarse el intercambio de bienes y servicios y, en general, el mundo de los negocios justificaba la aplicación de este criterio, que Domat había incluido en el Código Civil francés, de acuerdo a los intereses de la burguesía triunfante, derivación natural de la Revolución Francesa.

² Art. 1204, Código de Vélez: “Si no hubiere pacto expreso que autorice a una de las partes a disolver el contrato si la otra no lo cumple, el contrato no podrá disolverse, y sólo podrá pedirse su cumplimiento”.

que seguía atado por siempre a cumplir una prestación que en algunos casos estaba definitivamente imposibilitado de cumplir, ni siquiera parcialmente.

Haciéndose eco de estos nuevos postulados, la doctrina y la jurisprudencia, especialmente comercial, fue buscando remedios y soluciones, que posteriormente fueron receptados por el legislador. Y así en la reforma de 1963 al art. 216 del Código de Comercio, se incorporó para los contratos con prestaciones recíprocas, la teoría de la “condición o cláusula resolutoria implícita” y el procedimiento que el Maestro Fontanarrosa tituló “resolución extrajudicial por voluntad o autoridad del acreedor”.³

Asimismo, y casi en forma paralela, fue desarrollándose especialmente en la jurisprudencia la cuestión de la habilitación legal o contractual de la posibilidad de rescisión del contrato por voluntad unilateral de las partes sin expresión de causa, así como la posibilidad de ejercicio de la facultad de rescindir unilateralmente la vinculación contractual cuando no existía plazo pactado.⁴

También el legislador se hizo eco de estas temáticas y las abordó en algunas figuras contractuales, como por ejemplo, en la Ley 23.091 y la habilitación legal del inquilino para rescindir el contrato en supuestos de locaciones urbanas destinadas a vivienda dando determinados requisitos y abonando indemnizaciones tarifadas.⁵

A partir de la década de los '90 la irrupción del Sistema de Defensa del Consumidor, al cortar transversalmente al Derecho Privado, nos trajo nuevas soluciones, por ejemplo, la facultad de resolver el contrato por el consumidor prevista en el art. 10 bis de la ley 24.240 o el procedimiento establecido en el art. 10 ter de dicho cuerpo legal, o la facultad de revocar la aceptación en el caso de ventas domiciliarias, por correspondencia o por medios electrónicos, regulada en el art. 34 de dicha norma. Se trata de la figura del “arrepentimiento” que merecerá otros estudios más adelante.

Contextualizada la problemática, se ha optado en esta ponencia por utilizar los siguientes términos con los siguientes significados o contenidos ya que la cuestión semántica había generado interpretaciones encontradas que llevaban ambigüedad en la formulación de criterios y pautas generales consecuentes.

De tal forma adoptamos la palabra “resolución”, siguiendo a Messineo, para aquellos supuestos que un contrato bilateral en sus efectos o sinalagmático perfecto o con prestaciones recíprocas, eficaz genéticamente, sufre la influencia de circunstancias sobrevivientes o de un comportamiento de la contraparte

³ De tal manera por unos cinco años aproximadamente coexistieron en nuestro derecho privado dos regulaciones diferentes en materia de resolución contractual con causa en el incumplimiento de sus prestaciones por la otra, hasta que en el año 1968 cuando entró en vigencia la ley 17.711, se unificó el sistema al reformarse los artículos 1203 y 1024 del Código Civil, quedando en sustancia y en redacción asimilados ambos regímenes, el civil y el comercial, completado con la nueva redacción al art. 509 del Cód. Civil y el establecimiento de la mora automática.

⁴ Como sabemos, este tema fue objeto de interesantísimos análisis dentro del tópico de los contratos integrantes del sistema de distribución comercial, en palabras del notable jurista Osvaldo Marzorati y su obra señera en el punto.

⁵ En 1974 en la Ley de Contrato de Trabajo, en el marco de los principios que rigen al Derecho del Trabajo, y bajo la teoría de la “estabilidad relativa impropia”, se continuó permitiendo al empleador a despedir en forma unilateral al trabajador sin expresión de causa, no obstante el derecho a la indemnización tarifada que se le reconoce al empleado despedido de dicha manera.

posterior a la formación del contrato, que lleva a su extinción. Es decir un incumplimiento *esencial* que hace operativa la condición implícita de este tipo de contratos, un incumplimiento que afecta la ecuación económico-jurídica del contrato, su efecto práctico o su causa final que motivó a contratar. Su efecto extintivo es retroactivo (ex - tunc) porque deja sin causa las obligaciones recíprocas, naciendo una nueva obligación de restitución, salvo las excepciones previstas en los contratos de duración o de tracto sucesivo o de ejecución continuada y con prestaciones recíprocas, por ejemplo, el contrato de suministro, para las prestaciones cumplidas que quedarán firmes (art. 1081 inc. b, CC y C).⁶

La “rescisión” es otra forma de extinción de los contratos. Si es bilateral, dispuesta por ambas partes, se trata del distracto o contrato extintivo (art. 1076 CC y C). No obstante también opera en aquellos supuestos legales o convencionales, en que una de las partes en forma unilateral y por su propia voluntad, sin o con expresión de causa, se encuentra habilitado o autorizado, para extinguir el contrato, absolutamente válido y eficaz, en algunos casos sin derecho a indemnización para la contraparte, o asumiendo una responsabilidad indemnizatoria tarifada, dadas determinadas circunstancias objetivas. Su función se entiende desde la idea de la morigeración de los riesgos asumidos en un contrato en función del tiempo de la vinculación (art. 1077 CC y C). Sus efectos son para el futuro (ex - nunc) y las prestaciones cumplidas quedan firmes.

La “revocación”, que se trata de una figura que excede el marco contractual, es asumida como una expresión de voluntad unilateral (acto jurídico unilateral) que retira una declaración de voluntad en función de una causa habilitante prevista por la ley. Por ello la doctrina ha destacado que se admite en los contratos gratuitos y en las liberalidades en general. Su ámbito de aplicación se expresa en los negocios unilaterales, por ejemplo, mandato, donación, comodato, fidecomiso, etc. Sus efectos son ex nunc y no afecta las prestaciones cumplidas, salvo excepciones.

b) La regulación del CC y C en materia de resolución y rescisión de los contratos.

En el Capítulo 13 del Título II “Contratos en general” del Libro Tercero “Derechos Personales” se trata el tema de la “Extinción, modificación y adecuación del contrato” (arts. 1076 al 1091). Según los fundamentos del CC y C se tomó como base del sistema lo estipulado en el Proyecto de 1998 con algunas adaptaciones.

El nuevo CC y C innova procurando realizar distinciones necesarias en lo conceptual o dogmático, pero especialmente incorporando pautas generales aplicables a las tres figuras en cuestión ya enunciadas (rescisión, resolución y revocación), sobre la base de los nuevos paradigmas en la materia. Asimismo, introduce soluciones como reglas de Derecho ya emitidas por la doctrina y la jurisprudencia sobre los estudios realizados bajo la vigencia de la normativa derogada en el Derecho Privado.

⁶ En el análisis dejaremos aún lado para otros estudios la resolución por condición resolutoria, plazo resolutorio, la existencia de la señal o arras penitencial, la frustración de la finalidad del contrato y la excesiva onerosidad sobreviviente, que de una u otra manera, forman parte de la cuestión.

Para comenzar el estudio distinguimos entonces:

1) La Rescisión, total o parcial, admitiendo dos subclases:

- a) Rescisión bilateral o distracto (art. 1076)
- b) Rescisión unilateral (art. 1077)

2) La Resolución (art. 1077), parcial o total (art. 1083), diferenciando:

- a) Cláusula resolutoria expresa (art. 1086)
- b) Cláusula resolutoria implícita (art. 1087)
- c) Resolución por ministerio de la ley (art. 1089), por ejemplo, cierre de la cuenta corriente bancaria.
- d) Resolución o extinción por frustración de la finalidad del contrato (art. 1090)
- e) Resolución por imprevisión (art. 1091)

3) La Revocación (art. 1077)

Ciñéndonos al método elegido por el legislador, podemos hacer esta clasificación, distinguiendo el origen de la declaración de voluntad extintiva:

- Extinción por declaración bilateral de voluntad, es decir rescisión bilateral o distracto (art. 1076)
- Extinción por declaración unilateral de voluntad, es decir, la rescisión unilateral o rescisión propiamente dicha, la resolución (art. 1077) y la revocación (art. 1077).

Una vez efectuada esta diferenciación el legislador optó por establecer en los arts. 1078, 1079, 1080, 1081, 1085, 1088, algunas pautas generales sobre la **procedencia o legitimidad** para el caso de la extinción del contrato por declaración unilateral de una de las partes y de los **efectos** que provoca según se trate de contratos sinalagmáticos perfectos (bilaterales en sus efectos) o no. Allí tomó los siguientes criterios de la doctrina y la jurisprudencia aplicables a todos los supuestos:

- Necesidad de comunicación de la declaración de extinción a todos los sujetos que integran una parte (acto plurisubjetivo). Innova en cuanto a la situación de los co-deudores de obligaciones solidarias, en la cuales por principio se admitía al menos para la constitución en mora, que la comunicación a uno de ellos era operativa para todos.

- Posibilidad de declaración de la extinción extrajudicialmente o por demanda judicial. Innova en cuanto a la posibilidad de no efectuar el requerimiento previo extrajudicialmente en los casos requeridos, solución que unida a lo dispuesto en el inciso f) del art. 1078, se trata de un sustitución de formas del requerimiento, ya que claramente dispone que el deudor podrá cumplir hasta el momento del vencimiento del emplazamiento para contestar la demanda, cuestión que variará según el proceso regulado en cada jurisdicción (federal, nacional o provincial).

- Posibilidad para la contra parte de oponerse a la extinción si la otra parte no ha cumplido o se encuentra en real imposibilidad de cumplir su prestación, que importa la existencia de mora del acreedor (art. 886, 2da. parte), y que da origen a la aplicación de la excepción de cumplimiento (o en su caso la hoy admitida acción de incumplimiento, arts. 1031 y 1032 sobre tutela preventiva). El Código omitió la situación en que el acreedor se posiciona como tal si eventualmente ofrece cumplir su prestación en forma seria y objetiva al efectuar el requerimiento (arg. art. 886 2da. Parte).

- La reafirmación de la solución admitida en el anterior sistema acerca que la petición de cumplimiento con más los daños y perjuicios derivados de la mora, no impide, a opción del acreedor, requerir luego la petición de extinción del contrato.

- La reafirmación de la solución anterior sobre los efectos de pleno derecho o “ipso facto” de la declaración extintiva, y la imposibilidad para el acreedor una vez peticionada la extinción de requerir el cumplimiento de la prestación, sin perjuicio de la facultad extendida para el deudor de cumplir hasta el vencimiento del plazo del emplazamiento judicial en el caso que se haya demandado la extinción del contrato y se necesite un requerimiento previo de cumplimiento. Se trata de proteger al deudor que no pudo quedar sujeto “sine die” a la voluntad volátil del acreedor, para exigir el cumplimiento o la resolución. Esta posición tenía asidero en la doctrina.

- La afirmación del principio que la extinción no deja sin efectos justamente las cláusulas contractuales previstas para regular tal supuesto como por ejemplo, la forma de la reparación de los daños, o la forma de solución de las controversias, entre otras.

- Se innova en la recepción del criterio de la conversión de la demanda por cumplimiento (art. 1085), en tanto se establece que la condena al cumplimiento lleva implícita el apercibimiento de que en caso de incumplimiento en el trámite de ejecución de la sentencia, el acreedor puede optar por la resolución y reclamar por vía incidental los daños y perjuicios.

- Innova en cuanto a la recepción del criterio que el cumplimiento debe ser esencial en atención a la finalidad del contrato. Al respecto luego de sentar esta pauta general, que la doctrina y la jurisprudencia habían desarrollado, para evitar el ejercicio abusivo del derecho a resolver por parte del acreedor basado en incumplimientos de obligaciones secundarias o carentes de entidad para frustrar la finalidad económico-jurídica del contrato, destaca en forma enunciativa algunas pautas hermenéuticas orientativas, por ejemplo, que se trate de un incumplimiento de una prestación *fundamental* dentro del contexto del contrato o el incumplimiento haya sido *intencional*, entre otras.

- Innova al incorporar la figura del plazo esencial en el art. 1088, cuando desarrolla la resolución basada en la cláusula resolutoria implícita, cuestión no regulada en los arts. 886 y c.c. del CC y C sobre mora ni en los arts. 350 y c.c. sobre el plazo, como modalidad de los actos jurídicos, pero que tuvo su acogida en la doctrina y la jurisprudencia oportunamente.

- El legislador innova al regular los **efectos en relación al tiempo**, despejando dudas doctrinarias y jurisprudenciales, cuando claramente distingue en el art. 1079 del CC y C, como ya se expusiera por la doctrina, que:

- La rescisión unilateral y la revocación producen efectos para el futuro, *ex nunc*.
- La resolución produce efectos retroactivos entre las partes, *ex tunc* disponiendo expresamente -lo que resulta una innovación- que no afecta los derechos adquiridos por los terceros de buena fe a título oneroso.

En este camino el legislador, en los arts. 1080 y 1081 intentó resolver algunas cuestiones sobre **la obligación de restitución** al operarse la extinción del contrato (aplicable también a los supuestos de frustración de la finalidad del contrato y por imprevisión). En el art. 1080 incorpora el criterio general en materia de restitución de las prestaciones o su valor. Y en el art. 1081 precisa algunas pautas (algunas parcialmente contenidas en el régimen anterior) para los contratos bilaterales a saber:

- La restitución debe ser recíproca y simultánea en relación al tiempo;
- Las prestaciones cumplidas quedan firmes si son equivalentes, si son divisibles y no existió reserva al ser recibidas de su efecto cancelatorio. Este último criterio es una innovación devenida de los estudios doctrinarios y jurisprudenciales.
- Establece criterios para estimar el valor de las restituciones, receptando legislativamente la pauta que deben evaluarse además, las ventajas que resulten o pudiesen resultar para el acreedor de no haber efectuado su propia prestación, además de la utilidad frustrada y otros daños (la cuestión estudiada como la teoría del “interés negativo”). Es una regla de equidad que debe ser resaltada.

En materia de **reparación de los daños**, sin perjuicio de remitir al sistema de responsabilidad general del CC y C, en el art. 1082, precisa reglas complementarias elaboradas por la doctrina y la jurisprudencia, como por ejemplo la que recepta en el inciso b) sobre la inclusión del reembolso de los gastos de celebración del contrato y de los tributos que lo hayan gravado.

Se destaca, además, la incorporación de la diferenciación de la resolución total o parcial del contrato prevista en el art 1083, estableciendo la opción excluyente, para la parte que ha cumplido la prestación, de declarar una u otra, y la posibilidad del acreedor de resolver el contrato si el deudor ha cumplido una prestación parcial siempre y cuando se demuestre que no tiene ningún interés en dicha prestación parcial.

Finalmente se mantienen en los arts. 1086, 1087 y 1088 la cláusula resolutoria expresa y la cláusula resolutoria implícita. En ambos casos, perdura la posibilidad de su declaración extrajudicial, y en el último supuesto mantiene las bases del procedimiento de resolución extrajudicial “por voluntad o autoridad del acreedor” con los requisitos procedimentales y sustanciales ya conocidos.

c) Últimas precisiones y conclusiones.

Se ponen a consideración tres precisiones finales. El legislador para algunos contratos, por ejemplo, los incluidos en lo que se denomina “Sistemas de Distribución Comercial” optó por establecer pautas singulares en esta materia, por ejemplo, regulación del preaviso, habilitación de la rescisión unilateral, etc.

En una primera mirada este método resulta criticable y podría haberse recurrido a establecer pautas generales al respecto como las enunciadas precedentemente, para evitar dispersiones en la interpretación y aplicación. No obstante, desde otra mirada, puede admitirse tal método, en tanto la cuestión de la rescisión unilateral en los contratos de duración sin plazo determinado contractualmente, produjo fallos jurisprudenciales y criterios doctrinales contradictorios que merecían una solución legislativa definitiva y clara para lograr cierta seguridad jurídica en ese ámbito específico.

Así también el Sistema de Defensa del Consumidor, especialmente con la figura del “arrepentimiento”, impone la necesidad de una adecuación de criterios a nivel jurisprudencial y doctrinal, para compatibilizarlos con las pautas descriptas emergentes del CC y C, más aun teniendo en cuenta el reconocimiento legal y diferenciado de los contratos de consumo.

Finalmente, como se anticipaba, este tema debe enmarcarse en los nuevos paradigmas y principios contenidos en el nuevo cuerpo normativo en materia de aplicación de las fuentes normativas, el orden de prelación, los criterios de interpretación, la admisión de los contratos paritarios y de consumo, la admisión de los contratos de adhesión con condiciones generales predispuestas, el principio de buena, el reconocimiento del abuso del derecho y de la situación jurídica abusiva, el abuso de posición dominante, la aplicación del Orden Público en sus tres aspectos o dimensiones (de protección, de coordinación y de dirección) y 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).

Como conclusión puede expresarse “ab initio” que el sistema diseñado en materia de extinción de los contratos resulta adecuado y práctico, y es el resultado de un enorme esfuerzo de estudio y elaboración de la jurisprudencia y la doctrina de origen nacional, tanto civil como comercial, que merece su reconocimiento como tal.

N° 10:
**DERECHO DE CONTRATOS – SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL – RELACIÓN
 SUSTANCIAL ENTRE ASEGURADOR Y VÍCTIMA – CONSECUENCIAS.**

Autor: Alejandro Martín VÁZQUEZ.

Instituto de Derecho Comercial de Mar del Plata.

La relación jurídica que existe entre el asegurador en un seguro de responsabilidad civil y el tercero dañado o perjudicado por el asegurado, deriva de una estipulación contractual a favor de un tercero. La relación tripartita se configura luego del siniestro. Esta estipulación nace de un contrato predispuesto por la aseguradora y del cual el tercero perjudicado no ha tenido intervención; por lo que rigen reglas de aplicación e interpretación particulares con causa en el modo en que se forma ese consentimiento y en que nace la posterior relación entre los sujetos.

Fundamentación:

I. ¿Qué ha discutido la Doctrina?

Bastante tinta han usado los autores doctrinales para discurrir respecto de la *naturaleza* y *alcances* de la relación jurídica que existe entre una aseguradora y un tercero dañado por el asegurado.

Con ello se hace evidente que el tema no es novedoso en sí mismo, pero la sanción del Código Civil y Comercial trae algo de luz al tema y, con esa base, proponemos un enfoque que sirva para dialogar entre todos al respecto.

La Ley de Seguros se promulgó en el año 1967, incorporándose expresamente al Código de Comercio de la Nación (art. 163 de la Ley N° 17.418¹); del cual formaba parte.

Derogado el Código de Comercio por la Ley N° 26.994; su artículo 5 cambió la *calidad* –o ubicación, si se quiere- de la Ley de Seguros respecto de su posición en el Código Civil y Comercial de la Nación. Lo hizo en los siguientes términos: “*Las leyes que actualmente integran, complementan o se encuentran incorporadas al Código Civil o al Código de Comercio, . . . , mantienen su vigencia como leyes que complementan al Código Civil y Comercial de la Nación aprobado. . .*”; pasando a ser una ley complementaria del CCyC y no parte de él.

En la mayoría de los casos las posiciones adoptadas contienen el *aspecto procesal* del

¹ El art. 163 dispone: “***La presente ley se incorporará al Código de Comercio y regirá a partir de los seis meses de su promulgación***”.

tema como principal; yendo del litisconsorcio pasivo necesario al facultativo, a la acción directa (con carácter no autónoma) y la citación en garantía (interpretada a su vez como una intervención obligada, o sujeta a condición suspensiva, etc.).

Uno de los primeros autores en tratar el tema fue Isaac Halperin, cuyo pensamiento trasladó al proyecto de Ley General de Seguros de 1959.

En el art. 121 del proyecto establecía en el párrafo segundo que: “*El damnificado tiene una acción directa contra el asegurador responsable, que puede ejercer ante el juez del lugar del hecho o del domicilio del asegurador, para cuyo ejercicio debe citar al juicio también la responsable civil*”.

El autor consideraba esencial en un moderno sistema de seguros facilitar el derecho del damnificado a la indemnización.

Finalmente la redacción de la Ley Nº 17.418 no siguió de modo exacto la posición de Halperin, y culminó con la actual redacción del art. 118.

Para Stiglitz el texto de la ley sólo permite la “*citación en garantía*” del asegurador, no existiendo una acción directa en cabeza del damnificado. Ello en tanto éste no puede accionar únicamente contra el asegurado, lo que evidencia –según el autor- que la compañía de seguros no es deudora del dañado².

Bulló³ en la misma línea que Stiglitz considera que la *citación en garantía* es una intervención coactiva u obligada de la compañía de seguros.

Para Morandi⁴ configura una verdadera acción directa. Sostiene que nada cambia que la ley le dé el nombre de “citación en garantía”, ya que el damnificado puede demandar directamente a la aseguradora, y aunque deba previa o simultáneamente demandar al asegurado, no modifica la acción puesto que es un requisito específico de la ley. Menciona que el asegurador no es un simple tercero interesado en el proceso sino que se trata de una verdadera “parte” del mismo.

Un matiz de esa posición es la de López Saavedra⁵ para quien nos enfrentamos a una acción directa sujeta a una *condición suspensiva*, que sería la previa o simultánea demanda contra el asegurado.

II. Posiciones en la Justicia.

En la jurisprudencia también encontramos una cantidad considerable de enfoques, sobre la base de los autores que hemos citado –y otros, que se posicionan en alguna de las teorías descriptas-. Descubriremos jurisprudencia en cualquiera de las situaciones en que nos halle el caso.

Por lo expuesto, repasaremos la jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación y de nuestro Tribunal Superior provincial de Buenos Aires.

² STIGLITZ, Rubén S., *Intervención del aseguradora en el proceso promovido por la víctima*, La Ley, AP/DOC/1233/2014.

³ BULLÓ Emilio, *El Derecho de Seguros y otros contratos conexos*, Tomo II, págs. 458 y siguientes.

⁴ HALPERÍN Isaac – MORANDI Juan Carlos Félix, *Seguros*, Ediciones Depalma, págs. 428 y siguientes.

⁵ LÓPEZ SAAVEDRA Domingo M., *Seguros de responsabilidad Civil – El tercero en la Ley de Seguros*, Editorial La Ley, 1995-E, 705.

La CSJN se ha expedido respecto del tema en causas en las cuales se analizaban cuestiones procesales. Por ejemplo: la apelabilidad de la sentencia por la aseguradora cuando el asegurado la dejó firme, o cuando se discutió la oponibilidad de cláusulas limitativa de la extensión de la responsabilidad (franquicias) o de causales contractuales de exclusión de cobertura; la discusión de del desistimiento de la citación de la aseguradora –en genera de la acción y el derecho-, entre otras.

En el primero de esos supuestos la Corte de Nación⁶ ha dicho que: “...*la accesoriedad de la obligación de garantía asumida por la recurrente respecto de la prestación adeudada por el asegurado no constituye un fundamento eficaz para restringir las facultades procesales de la aseguradora, pues el eventual débito de responsabilidad en cabeza del demandado repercutiría en forma directa e inmediata sobre un interés personal y originario de la aseguradora, que deberá afrontar con su patrimonio...*”.

Estas afirmaciones de la CSJN se han mantenido pero siempre en el marco de los supuestos que indicamos.

La Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires sostiene que: “*En puridad de verdad no existe independencia entre el tercero y el asegurador, habida cuenta que aquél trae “obligadamente” a éste -en realidad no se trata de una obligación sino de una carga- y, una vez obtenida su condena, está potenciado para ejecutarlo en forma directa... La citación en garantía incoada por el tercero implica el ejercicio de un derecho propio del damnificado que cierra el circuito tripartito de vínculos, derecho que se apoya en dos presupuestos: a) un contrato de seguro y b) una deuda de responsabilidad. Ello permite colegir que la obligación del ente asegurador frente a terceros viene a ser la misma que frente al asegurado... El asegurador, para mantener indemne al asegurado, se compromete a pagar la indemnización que en definitiva se constituye en una ventaja a favor del tercero, que éste puede usar*”⁷.

Aserciones que se han convertido en Doctrina Legal⁸ en el ámbito de la provincia de Buenos Aires. Pues han sido reiteradas hasta la actualidad⁹.

La Corte provincial parece incardinar su posición respecto de la relación entre el asegurado y el sujeto dañado por el asegurado en la *estipulación en favor de terceros*. Incluso en alguno de sus fallos ha citado el art. 504 del Código de Vélez al fundamentar esa relación tripartita que se cita más arriba.

También lo hace al mencionar lo siguiente: de la relación jurídica base (contrato de seguro) nace un derecho que constituye una ventaja en favor de tercero.

Si bien no lo afirma explícitamente, la Suprema Corte revela en sus líneas los elementos sustanciales de la posición que adopta. Como veremos en adelante en nuestra opinión es el criterio adecuado, y el nuevo Código Civil y Comercial lo confirma.

⁶ Caso L. 39 XXIII, Recurso de hecho deducido por Belgrano Sociedad Cooperativa Limitada de Seguros (citada en garantía) en la causa *Lanza Peñaranda*, Ruth Antonio c. Transportes Quirno Costa S.A.C. e I. y otros (sent. del 27-XI-1990).

⁷ Ac. 59.366, sent. del 10-6-1997, autos: “*Centeno, Julio C. c/ Ponzio, Horacio s/ Daños y perjuicios*”. El resaltado nos pertenece.

⁸ Conf. CAMPS, CARLOS E., “*Jurisprudencia Obligatoria y doctrina legal en la Corte Bonaerense*”, del 30 de junio de 2004, JA 2004-II-1164.

⁹ SCBA; C. 110.199, “*Pantusa, Roberto Mario contra Maurutto, Francisco Ariel. Daños y perjuicios*”, sent. del 18/06/2014.

III. Citación en Garantía. ¿Qué significa?

El art. 118 de la Ley Nº 17.418 dispone que: “*El damnificado puede citar en garantía al asegurador hasta que se reciba la causa a prueba*”.

Nos preguntamos qué significa -y que alcances tiene- la denominada “*citación en garantía*” en el Derecho Argentino.

Por empezar el vocablo garantía tiene muchas acepciones en nuestro derecho: las garantías constitucionales, la garantía de estabilidad en el empleo público, garantías reales, contrato de fideicomiso en garantía, el patrimonio como garantía común de los acreedores, etc.

Siquiera dentro del Derecho Privado existe un uso y sentido unívoco del término.

Puede decirse –siguiendo a Highton¹⁰ y como una aproximación-, que es un **medio dirigido a asegurar un crédito, o el goce de un derecho, o el cumplimiento de una obligación**.

En el tema que nos ocupa, el concepto denominado “estricto” de garantía¹¹ supone una norma de derecho o derivado de la autonomía privada que viene a añadir al crédito algo que éste no tiene por sí mismo, de forma tal que esa adición o yuxtaposición refuerza al acreedor la seguridad que ha de ver realizado su derecho¹².

Cabe recordar que el art. 118 establece que: “*El crédito del damnificado tiene privilegio sobre la suma asegurada y sus accesorios, con preferencia sobre el asegurado y cualquier acreedor de éste, aun en caso de quiebra o de concurso civil*”.

Incluso el propio art. 2582 inciso f del CCyC indica que se trata de un “...**privilegio especial sobre los bienes que en cada caso se indica: f) los privilegios establecidos en la Ley de Navegación, el Código Aeronáutico, la Ley de Entidades Financieras, la Ley de Seguros y el Código de Minería**”.

El privilegio es la calidad que corresponde a un crédito de ser pagado con preferencia a otro (art. 2573 del CCyC).

Los privilegios son siempre fruto de una política legislativa, puesto que es el legislador quien efectúa la tarea valorativa de crear esa preferencia respecto de “ciertos” créditos.

Con ello queda en evidencia que la Ley 17.418 pone especial consideración en la protección del interés del tercero damnificado, otorgándole un privilegio especial y ampliando su extensión (art. 118 primera parte) incluso sobre la regla general (art. 2577 del Código Civil y Comercial).

Concorde a lo expuesto y siguiendo aquél concepto de garantía, la expresión “*citación en garantía*” contenida en el art. 118 de la Ley Nº 17.418 puede entenderse como *la pretensión judicial deducida contra quien ha otorgado una garantía nacida de un seguro de responsabilidad civil con el fin de asegurar el cumplimiento de la obligación indemnizatoria que integra el riesgo cubierto*.

¹⁰ HIGHTON, Elena I., *Introducción al estudio de las garantías en los contratos de empresa*, J. A. 1988-III-754 y ss.

¹¹ ALEGRIA, Héctor, *El aval. Tratamiento completo de su problemática jurídica*, Astrea, Buenos Aires, 1973, pág. 9.

¹² BUERES, Alberto J. - MAYO, Jorge A. - “*Lineamientos generales sobre las “garantías” de la obligación en el derecho privado*” - RDPrivCom - Año 1993 - Nº 2 - Pág. 7

IV. Acción directa. La novedad de su regulación en el Código.

Parte de la doctrina –y también de la jurisprudencia- sostiene que la acción del tercero damnificado tipificada en el art. 118 de la Ley Nº 17.418 es una acción directa no autónoma. Ahora bien, ¿*Qué es una acción directa?*

El Código Civil y Comercial trajo una novedad importante. Reguló expresamente lo que en doctrina se denominaba *acción directa*.

Se trata de un modo de ejecución que se incorpora a la tutela del crédito del acreedor. Con este instrumento el acreedor puede obtener lo que se le adeuda directamente del tercero que es deudor del suyo. Esto implica que su producido no se incorpora al patrimonio de su propio deudor¹³ (art. 738 inciso d).

En el Capítulo 2 denominado “*Acciones y garantía común de los acreedores*” el Código regula en la Sección 1ª la **Acción directa**.

Comienza en el art. 736 que dice: “*Acción directa es la que compete al acreedor para percibir lo que un tercero debe a su deudor, hasta el importe del propio crédito. El acreedor la ejerce por derecho propio y en su exclusivo beneficio. Tiene carácter excepcional, es de interpretación restrictiva, y sólo procede en los casos expresamente previstos por la ley*”.

Lo primero que debe destacarse es que tiene fuente legal –como los privilegios- y el acreedor que la ejerce lo hace en su exclusivo beneficio¹⁴; es decir, se satisface únicamente su interés.

La acción directa implica una atenuación del principio de relatividad de los contratos (los contratos no perjudican ni benefician a los terceros); ya que permite una acción entre sujetos que carecen de vinculación obligacional.

La relación entre el tercero damnificado y la aseguradora no encuentra en la regulación de esta acción por el CCyC su traje a medida. En primer lugar porque no se da el supuesto de inexistencia de vínculo alguno entre éstos. Tampoco existen dos obligaciones correlativas y homogéneas (art. 737); ya que en el seguro de responsabilidad civil la obligación de indemnidad de la aseguradora para el asegurado, se satisface con el cumplimiento del pago de la indemnización. No es un supuesto que haya sido legalmente incorporado y siendo una ley posterior no parece razonable que el legislador de la Ley 17.418 haya previsto la incorporación de la acción directa.

Concluimos entonces que existe una acción directa, siquiera no autónoma.

V. Estipulación a favor de tercero. Código Civil y Comercial.

El art. 1027 recepta la estipulación en favor de terceros y es una norma de la teoría general de los contratos. No es de orden público, aunque contenga alguna disposición imperativa.

El Código de Vélez la contenía dentro de la teoría general de las obligaciones. Circunstancia que generó no pocas críticas metodológicas.

¹³ Ésta es la diferencia sustancial con la acción subrogatoria.

¹⁴ Lo que también la distingue de la acción subrogatoria puesto que en ésta el acreedor ejerce un derecho que tiene su deudor y no intenta.

El art. 504 decía: “*Si en la obligación se hubiere estipulado alguna ventaja en favor de un tercero, éste podrá exigir el cumplimiento de la obligación, si la hubiese aceptado y hécholo saber al obligado antes de ser revocada*”.

El art. 1027 del Código Civil y Comercial dispone: “**Estipulación a favor de tercero.** Si el contrato contiene una estipulación a favor de un tercero beneficiario, determinado o determinable, el promitente le confiere los derechos o facultades resultantes de lo que ha convenido con el estipulante. El estipulante puede revocar la estipulación mientras no reciba la aceptación del tercero beneficiario; pero no puede hacerlo sin la conformidad del promitente si éste tiene interés en que sea mantenida. El tercero aceptante obtiene directamente los derechos y las facultades resultantes de la estipulación a su favor. Las facultades del tercero beneficiario de aceptar la estipulación, y de prevalerse de ella luego de haberla aceptado, no se transmiten a sus herederos, excepto que haya cláusula expresa que lo autorice. La estipulación es de interpretación restrictiva”.

En el Código comentado dirigido por Lorenzetti se afirma: “*El contrato que une al estipulante con el promitente puede presentar las más variadas alternativas. El nuevo Código disciplina algunas de ellas, al admitir el mecanismo estipulatorio en los contratos de donación, cesión, fideicomiso, renta vitalicia, sin que ello implique negar otras, surgidas de leyes especiales (v. gr., contrato de seguro) o de la propia autonomía de la voluntad (v. gr., en contratos innominados o atípicos)*”¹⁵.

En nuestra opinión la relación entre el tercero damnificado y la aseguradora (por supuesto, una vez acaecido el hecho que configura un riesgo asegurado en el contrato de seguro) **constituye un tipo específico de estipulación en favor de un tercero.**

Ello así porque –como veremos– se dan los elementos esenciales de este instituto jurídico (ahora cabal y claramente regulado) lo que nos permite identificarlo.

La estipulación nace de un contrato entre dos partes y contiene un “beneficio” para un tercero. Tal como sucede en el contrato de seguro en el que se pacta la cobertura de un riesgo cuyo acaecimiento genera el nacimiento de la obligación legal de indemnizar.

Se suma que el tercero puede ser “*determinable*”; situación que se identifica con el supuesto del seguro de responsabilidad civil ya que el beneficiario queda determinado una vez acaecido el hecho.

El contrato de seguro contiene en ese caso un beneficio para el tercero –es decir, ese beneficio consiste en una tutela de su crédito indemnizatorio–; que está constituido por la *garantía* prestada por una compañía con solvencia (regulada estatalmente en su actividad, Ley Nº 20.091) y con un privilegio sobre la suma asegurada casi absoluto.

Tal como lo indica que art. 1027 del CCyC –circunstancia que hace a su naturaleza– el tercero damnificado adquiere directamente los derechos resultantes de la estipulación contractual.

¹⁵ Código Civil y Comercial Comentado, LORENZETTI, Ricardo Luis (Director), Editorial Rubinzal Culzoni, año 2015, Tomo VI, pág. 32; el resaltado nos pertenece.

Por efecto de esa estipulación el tercero adquiere directamente esos derechos que se incorporan a su patrimonio. Tal es así, que aún ante la resolución del contrato por incumplimiento por el estipulante, el tercero conserva los derechos nacidos del mismo contra el promitente (art. 2018 inciso b).

Cabe la siguiente pregunta, ¿el tercero se incorpora al contrato?. La respuesta es negativa, los derechos derivados del contrato base son en beneficio del tercero, pero no implica su “incorporación” al contrato. El CCyC indica con claridad y en dos oportunidades que éste adquiere los derechos **resultantes** de la estipulación y no otros derechos.

Es conteste con el contrato de seguro, en el cual el tercero damnificado adquiere los derechos que surgen de las estipulaciones en su favor; con la extensión que se le haya dado. Es decir siempre “*en la medida del seguro*” (art. 118 de la LS).

Ello resuelve por ejemplo –tal como la ha sostenido la Corte Suprema de Justicia de la Nación, aunque con otros argumentos– que la estipulación de una “*franquicia*” constituye la extensión de los derechos resultantes en favor del tercero damnificado.

Pues el consentimiento aprobatorio del tercero no significa una modificación al contenido del contrato firmado por los contratantes, aunque sí importa consolidar el derecho adquirido (el art. dice: “*... el promitente le confiere los derechos o facultades resultantes de lo que ha convenido con el estipulante*”).

También es importante destacar que el instituto en cuestión pone énfasis en proteger el interés del promitente. La revocación de la estipulación la está limitada –requiriendo su conformidad– si el promitente: “*... tiene interés en que sea mantenida*” (art. 1027).

El art. 116 de la Ley Nº 17.418 impide al asegurado transar el caso ni reconocer su responsabilidad sin intervención de la aseguradora. Al mismo tiempo hay muchos antecedentes jurisprudenciales respecto del desistimiento de la acción y el derecho de la aseguradora por parte del tercero que la demandó. Los fallos¹⁶ se han inclinado casi siempre en la imposibilidad concretar tal desistimiento sin su conformidad, por el interés que éste mantiene con base en el contrato de seguro.

El art. 1028 (Relaciones entre las partes) dice que: “*El promitente puede oponer al tercero las defensas derivadas del contrato básico...*”; por ejemplo: la excepción de incumplimiento contractual.

Si el asegurado no abona la prima correspondiente al contrato de seguro, ocurrido el siniestro la aseguradora puede oponer dicho incumplimiento al tercero dañado (art. 31 y concordantes de la LS).

Incluso el art. 1028 establece la posibilidad del estipulante de: “*a) exigir al promitente el cumplimiento de la prestación, sea a favor del tercer beneficiario aceptante, sea a su favor si el tercero no*

¹⁶ SCBA; C. 110.199, “*Pantusa, Roberto Mario contra Maurutto, Francisco Ariel. Daños y perjuicios*”, sent. del 18/06/2014 y el caso ya citado de la CSJN “*Lanza Peñaranda*”.

la aceptó o el estipulante la revocó”. Es decir, tal como lo indica el último párrafo del art. 118 de la LS (“También el asegurado puede citar en garantía al asegurador en el mismo plazo y con idénticos efectos”), el asegurado puede demandar a la aseguradora exigiendo el cumplimiento del contrato de seguro.

Consideramos que en el seguro de responsabilidad civil se consagra una estipulación en favor de terceros en los términos de la Ley Nº 17.418. Los elementos esenciales del negocio jurídico se identifican con los del Código Civil y Comercial por lo que cabe otorgarle dicha naturaleza a la relación entre la aseguradora y el tercero damnificado.

VI. Categorización del Contrato. Régimen legal aplicable.

El contrato de seguros de responsabilidad civil es un contrato de adhesión. Por ende se le aplica el régimen jurídico de dichos contratos.

La nueva estructura de los contratos comprende tres grandes categorías en cuanto a la teoría general y se entrelaza con las disposiciones de los contratos en particular **de modo transversal**.

El Código distingue en su parte general entre los contratos paritarios, los de adhesión y los de consumo. Estas tres clasificaciones proyectan consecuencias sobre cada uno de los contratos en particular¹⁷.

De este modo el operador tendrá un cuadro de doble entrada para su análisis, es decir, deberá ponderar las normas del contrato en particular en función de alguna de estas tres clasificaciones.

Tanto los contratos paritarios como los de adhesión se tipifican en función del contexto negocial y la formación del consentimiento. En cambio, los de consumo se califican como tales por su finalidad.

El art. 957 dispone que: “Contrato es el acto jurídico mediante el cual dos o más partes manifiestan su consentimiento para crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales”; y el siguiente (958): “Las partes son libres para celebrar un contrato y determinar su contenido, dentro de los límites impuestos por la ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres”.

El art. 984 define: “El contrato por adhesión es aquel mediante el cual uno de los contratantes adhiere a cláusulas generales predispuestas unilateralmente, por la otra parte o por un tercero, sin que el adherente haya participado en su redacción”.

Lo que define la categoría es la inexistencia de una negociación puesto que el adherente solo acepta o rechaza las condiciones preestablecidas. Es un modo de graduación de la autonomía de la voluntad; claramente disminuida en el caso.

Veamos cómo operan sus efectos.

VI. A. Consecuencias.

¹⁷ STIGLITZ RUBÉN S., Nuevos temas incorporados a la teoría general del contrato en el Código Civil y Comercial de la Nación, Sup. Especial Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, Contratos 2015 (febrero), 1.

Las consecuencias de este régimen general de los contratos, alcanzan todas sus etapas y la totalidad de los contratos en particular. Se proyectan sus efectos en relación a:

1. Actos preliminares y perfeccionamiento del contrato;
2. Redacción de cláusulas y sus formalidades;
3. Ejecución del contrato –incluyendo su extinción–;
4. Deberes accesorios;
5. Interpretación.

Si bien es un término que no resulta novedoso¹⁸, la regulación que da el Código Civil y Comercial en lo relativo a la validez y control de las cláusulas se propaga a una multiplicidad de supuestos.

VI. B. Interpretación y efectos.

En primer lugar se establecen formalidades de las cláusulas (art. 985), con un punto saliente que es la **inteligibilidad del contenido**. Quien predispone el contrato debe asegurarse que el mismo puede ser entendido de modo razonable, al menos en sus aspectos esenciales.

Las cláusulas ambiguas se interpretan contra el predisponente (conf. art. 987).

La Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Mar del Plata ha decidido con anterioridad a éste nuevo régimen que: “...distinta es la situación cuando la redacción de la cláusula predispuesta por el asegurador, dada su ambigüedad, ofrece dudas en punto a la extensión de su garantía. En estos casos, por imperio del art. 37 de la ley 24.240, la interpretación del contrato debe favorecer al asegurado, trasladándose al asegurador las consecuencias que se derivan de la imprecisión o ambigüedad de la cláusula, por asumir su autoría y tratarse de un profesional con experiencia y aptitud técnica (arg. art. 902 del Cód. Civ.; Stiglitz, ob. cit., pág. 225)”¹⁹.

Como puede observarse la justicia utilizaba la Ley de Defensa del Consumidor para decidir respecto de una cláusula ambigua, pero evidentemente sólo podía efectuarlo en un supuesto aprehendido por la Ley 24.240. El régimen de adhesión es mucho más amplio.

Recordamos que por efecto del art. 163 de la LS, ésta formaba parte del Código de Comercio argentino y el art. 218 inciso 7º decía que: “En los casos dudosos, que no puedan resolverse según las bases establecidas, las cláusulas ambiguas deben interpretarse siempre en favor del deudor, o sea en el sentido de liberación”.

Dentro del marco de los seguros, supuestos de cláusulas ambiguas suelen darse con asiduidad en las que disponen la delimitación del riesgos asegurado y/o también la que establecen causas contractuales de exclusión de cobertura.

¹⁸ HERNÁNDEZ CARLOS A., El desequilibrio en los Contratos paritarios, predispuestos y de consumo, Revista de Derecho Privado y Comunitario, Desequilibrio Contractual (2007-1), Editorial Rubinzal Culzoni, pág. 233.

¹⁹ Sala III, “Guerra, Griselda Débora c/ Club Atlético Once Unidos y otros s/ Daños y Perjuicios”, Expte. N°151.797, sent. del 09/05/2013.

Por último –y no menos importante- es el control cláusulas abusivas dispuesto en los arts. 988 y 989 del CCyC.

Por efecto del segundo de dichos artículos, partimos de la base que la aprobación de una cláusula para operar en el mercado de seguros por parte de la Superintendencia de Seguros de la Nación (Ley N° 20.091) no impide el control judicial. Esto significa que el Juez puede ingresar al análisis sustancial de la cláusula.

El art. 988 es más espinoso en cuanto a su interpretación y aplicación a los seguros de responsabilidad civil.

Indica: “En los contratos previstos en esta sección, se deben tener por no escritas: a) las cláusulas que desnaturalizan las obligaciones del predisponente; b) las que importan renuncia o restricción a los derechos del adherente, o amplían derechos del predisponente que resultan de normas supletorias; c) las que por su contenido, redacción o presentación, no son razonablemente previsibles”.

Si bien no es objeto de esta ponencia el tratamiento de las cláusulas abusivas y los distintos sistemas de control de cláusulas; si nos permitimos afirmar que se trata de cláusulas abiertas (la última es el caso de cláusulas “sorpresivas”), en las que el juzgador puede ingresar en su examen y realizar una valoración.

Esta norma es de tipo imperativa. Se aplica al contrato de seguro, aun cuando la Ley N° 17.418 se considere una ley especial.

El art. 963 referido a la “Prelación normativa” dice: “Cuando concurren disposiciones de este Código y de alguna ley especial, las normas se aplican con el siguiente orden de prelación:

- a) normas indisponibles de la ley especial y de este Código;
- b) normas particulares del contrato;
- c) normas supletorias de la ley especial;
- d) normas supletorias de este Código”.

Por último debe considerarse aplicable –aunque la norma no se encuentre en la Sección Segunda que trata sobre los contratos celebrados por adhesión- el artículo 1062 que afirma que: “Cuando por disposición legal o convencional se establece expresamente una interpretación restrictiva, debe estarse a la literalidad de los términos utilizados al manifestar la voluntad. **Este artículo no es aplicable a las obligaciones del predisponente y del proveedor en los contratos por adhesión y en los de consumo, respectivamente**”.

Debe tenerse especialmente en cuenta en su relación con la última parte del art. 1027 que establece que la estipulación en favor de terceros es de interpretación restrictiva; lo que permite concluir una prioridad del legislador por el interés de este tercero beneficiario de la estipulación, cuando se trata de un contrato predispuerto.

VII. La Ley de Defensa del Consumidor.

Consecuencia de considerar a esta relación como un supuesto de estipulación en favor de terceros, consideramos que puede aplicarse la Ley N° 24.240; sin echar mano al derogado “by stander” y/o figura similar. Diremos porque.

La Corte Suprema de Justicia en los autos: “Buffoni, Osvaldo Omar c. Castro, Ramiro Martin s. daños y perjuicios” (B. 915. XLVII), con fecha 8 de abril de 2014; en la parte pertinente el mismo menciona que: “...esta Corte ha considerado que una ley general posterior no deroga ni modifica, implícita o tácitamente, la ley especial anterior, tal como ocurre en el caso de la singularidad del régimen de los contratos de seguro” (considerando 12).

La aplicación de la Ley consumeril, no parte de la base de alguna “derogación” -ni implícita ni tácita- de la Ley N° 17.418, sino de la “integración” de ambas leyes.

PIEDECASAS ha dicho (con cita de HÉCTOR ALEGRÍA) que: “Uno de los ejercicios útiles en la **integración armónica de ambos esquemas normativos**, desde nuestra lectura, consiste en determinar qué normas de la regulación del contrato de seguros (ley 17.418) colisionan, o deberían o podrían reformularse en base a la aplicación de la normas de la ley 24.240. Donde se superponen hay que aplicar razonablemente, respetando la naturaleza del sistema, del negocio y del contrato, las normas de defensa del consumidor”²⁰.

En ese derredor el hecho que las Leyes N° 24.240 y 26.361 no deroguen la Ley de Seguros, no obsta en ningún modo que éstas sean aplicadas a una relación de consumo, como lo es el contrato de seguro.

En el conocido fallo “Buffoni” la Corte se inclina por la validez de la cláusulas de exclusión de cobertura (como lo hizo al fallar el plenario “Obarrio”), mencionando que éstas pueden ser opuestas.

La Jurisprudencia de la ciudad de Mar del Plata ha sostenido la aplicación del Estatuto del Consumidor al contrato de seguro. Criterio sentado por la Excm. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial, sala III, autos: “Caporaletti María C. c. Liberty Seguros Argentina S.A. s. Cumplimiento de Contratos” (Expte. N° 147.854), entre otros. Aunque cuando se trata de la relación jurídica aseguradora -asegurado.

La Doctrina también se ha inclinado por su aplicación, entre ellos VÁZQUEZ FERREIRA – PICASSO, “Ley de Defensa del Consumidor Comentada y Anotada”, Tomo II, Parte Especial, Editorial La Ley, pág. 439 y siguientes; y FARINA, JUAN M., “Defensa del consumidor y Usuario”, 4ta. Edición, Edit. Astrea, año 2009, pág. 293 y siguientes; entre muchos otros autores²¹.

Asimismo, **nuestra Suprema Corte Provincial ha declarado aplicable la LDC al contrato de seguro** en el caso “Canio, Daniel Gustavo c/ Seguro Metal Coop. de Seguros s/ Cumplimiento contractual”, C. 107.516, sentencia del 11/07/2012.

²⁰ PIEDECASAS Miguel A., “Consumidor y Seguros”, en “Eficacia de los derechos de los Consumidores”, Revista de Derecho privado y Comunitario, 2012-1, Ed. Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, año 2012, pág. 165.

²¹ SANTARELLI, Fulvio G., en VÁZQUEZ FERREIRA – PICASSO, “Ley de Defensa del Consumidor Comentada y Anotada”, Tomo I, Parte General, Editorial La Ley, págs. 37. Con cita de: PIEDECASAS Miguel A., “El consumidor de Seguros”, en “Defensa del Consumidor”, LORENZETTI, Ricardo L. y SCHOTZ Gustavo J. Coordinadores, Ed. Abaco, Buenos Aires, año 2003, pág. 342; MOEYKENS, Federico R., en VÁZQUEZ FERREIRA – PICASSO, “Ley de Defensa del Consumidor Comentada y Anotada”, Tomo II, Parte General, Editorial La Ley, págs. 483; PARRAL, Pablo R. y SARTINI, Marcela S., “El concepto de consumidor en el contrato de seguro: sentido y alcance de la reforma de la ley 26.361”, RCyS 2011-IX, pág. 26; SOBRINO, Waldo A. R., “Las modificaciones a la ley de seguros por aplicación de la ley de defensa del consumidor”, RCyS 2011-II, pág. 37; entre otros.

Respecto del *rol social* el propio caso “BUFFONI” no lo desconoce puesto que dice: “...**el acceso a una reparación integral de los daños sufridos por las víctimas de accidentes de tránsito constituye un principio constitucional que debe ser tutelado**, y que esta Corte Suprema ha reforzado toda interpretación conducente a su plena satisfacción” y luego afirma que: “...**la función social que debe cumplir el seguro no implica, empero, que deban repararse todos los daños producidos al tercero víctima sin consideración a las pautas del contrato que se invoca...**”²².

Según nuestra consideración –siguiendo a algunos autores- se trata de una situación de “uso” de la prestación que el contrato de seguro confiere al tercero damnificado que deriva de una estipulación contractual en su favor.

Como hemos citado la SCBA en el Ac. 59.366, sent. del 10-6-1997, autos: “Centeno, Julio C. c/ Ponzio, Horacio s/ Daños y perjuicios”²³ ha sostenido que: “En puridad de verdad **no existe independencia entre el tercero y el asegurador, habida cuenta que aquél trae “obligadamente” a éste -en realidad no se trata de una obligación sino de una carga- y, una vez obtenida su condena, está potenciado para ejecutarlo en forma directa... La citación en garantía incoada por el tercero implica el ejercicio de un derecho propio del damnificado que cierra el circuito tripartito de vínculos, derecho que se apoya en dos presupuestos: a) un contrato de seguro y b) una deuda de responsabilidad. Ello permite colegir que la obligación del ente asegurador frente a terceros viene a ser la misma que frente al asegurado... El asegurador, para mantener indemne al asegurado, se compromete a pagar la indemnización que en definitiva se constituye en una ventaja a favor del tercero, que éste puede usar**”²⁴.

Esta última oración es de toda trascendencia jurídica –y sobre ello basamos nuestra afirmación-, por dos (2) motivos:

Es una ventaja en favor de un tercero, por lo que se torna aplicable lo dicho por LORENZETTI: “...*un contrato de seguro se celebra entre dos partes y hay un tercero beneficiado, que no ha intervenido en la celebración. Es un contrato en favor de terceros, en el que el consumidor tiene acciones directas basadas en ese beneficio aceptado, el que, al ser accesorio de la relación base y siendo ésta de consumo, también lo es*”²⁵.

En similar sentido se ha dicho que: “...*la intervención de la aseguradora que ha sido citada en garantía configura un caso de litisconsorcio pasivo necesario, ya que ella está obligada coactivamente. A tenor de lo dispuesto por el art. 118 de la ley 17.418, la citación en garantía tiene los alcances de una acción directa no autónoma siendo ineludible para obtener su intervención en juicio que se demande al asegurado responsable*”²⁶.

²² El resaltado nos pertenece.

²³ En la misma fecha y en igual sentido: Ac. 57.117 y Ac. 58.500. Modifica doctrina sustentada en Ac. 34.435, Ac. 34.388, Ac. 39.505, Ac. 43.067, Ac. 43.080, Ac. 43.703, Ac. 45.619, Ac. 51.937, Ac. 52.187 y Ac. 55.654.

²⁴ El resaltado nos pertenece.

²⁵ LORENZETTI, RICARDO LUIS, “Consumidores”; Ed. Rubinzal Culzoni, año 2003, pág. 89.

²⁶ TRIGO REPRESAS, FÉLIX A. y LÓPEZ MESA, MARCELO J., “Tratado de la Responsabilidad Civil”, Editorial La Ley, Tomo VI, año 2011, pág. 567.

Si existe una estipulación convencional que el damnificado puede “usar” en su favor, debe considerárselo –al menos- en la acepción “usuario”. Allí el Dr. LORENZETTI toma posición respecto de los “terceros” sosteniendo que: “*Estos obstáculos se superan si se redefine la causa fuente del vínculo: contratos, actos jurídicos unilaterales, hechos jurídicos. En virtud de este enfoque no estamos en presencia de terceros, ya que la legitimación deviene del hecho jurídico de consumir. Los sujetos que entran en esta categoría son: El usuario: el usuario “usa”, no contrata, puede ser un invitado, un familiar, un tercero ajeno*”²⁷.

En consecuencia, la estipulación en su favor permite considerarlo incluido en el art. 1 de la Ley N° 24.240 en tanto aún cuando no ha sido parte de la contratación base –considerada de consumo- la ley no se limita únicamente a los “contratantes”; sino que se vincula con la causa fuente de dicho vínculo.

El término “usuario” se utiliza en general para el cliente de servicios públicos. Nadie puede decir que en un servicio público no se contrata. Pero el término refiere a la inexistencia de libertad “para” contratar; puesto que no tiene otra alternativa que “utilizar” los servicios de la empresa –concesionaria- que detente la prestación del servicio.

Dicha situación es claramente asimilable al caso que nos ocupa. Puesto que el tercero damnificado no elige a que compañía de seguros le reclamará el daño; sino que esa libertad “para” contratar la tuvo únicamente el asegurado. A esta similitud, se suma la regulación estatal de la actividad.

La consideración de un supuesto de estipulación en favor de terceros en el seguro de responsabilidad civil, permite sin forzar la ley ni acudir al “consumidor expuesto” que la ley de consumo es aplicable.

²⁷ LORENZETTI, RICARDO LUIS, “Consumidores”; Ed. Rubinzal Culzoni, año 2003, pág. 86/87.

Nº 11:**RESPONSABILIDAD DEL PATRIMONIO FIDUCIARIO****Autor:** Sebastián SCOCCIA*Instituto de Derecho Comercial del Colegio de Abogados Bahía Blanca.***SUMARIO:** El patrimonio fiduciario debe cubrir los daños causados por el Fiduciario en actividad fuera de su objeto. Más allá de la responsabilidad de éste respecto a la no contratación los seguros.

En la vida del fideicomiso, el fiduciario contraerá obligaciones con terceros en nombre del mismo y puede ocurrir que en su calidad de titular del patrimonio fiduciario deba responder por los daños causados a terceros contratantes o no contratantes que se deriven del riesgo o vicio de las cosas que lo componen, o de la actividad que con ellas se realiza, en tanto resulte riesgosa por su naturaleza -sea por los medios empleados o por las circunstancias de su realización-.

La ley 24.441 disponía que: “*La responsabilidad objetiva del fiduciario emergente del artículo 1113 del Código Civil se limita al valor de la cosa fideicomitada cuyo riesgo o vicio fuese causa del daño si el fiduciario no pudo razonablemente haberse asegurado*” (art. 14) y que “*Los bienes del fiduciario no responderán por las obligaciones contraídas en la ejecución del fideicomiso, las que sólo serán satisfechas con los bienes fideicomitados...*” (art. 16). Bajo estas premisas, los terceros víctimas de un hecho ilícito podían verse privados de obtener una reparación integral del perjuicio sufrido al poder agredir únicamente el patrimonio fideicomitado.

Por su parte, el artículo 1685 del nuevo ordenamiento prescribe, en su primera parte y en similar sentido que su antecesora, que “*Los bienes fideicomitados constituyen un patrimonio separado del patrimonio del fiduciario, del fiduciante, del beneficiario y del fideicomisario*”. Pero en la segunda introduce una innovación al disponer que “*Sin perjuicio de su responsabilidad, el fiduciario tiene la obligación de contratar un seguro contra la responsabilidad civil que cubra los daños causados por las cosas objeto del fideicomiso. Los riesgos y montos por los que debe contratar el seguro son los que establezca la reglamentación y, en defecto de ésta, los que sean razonables. El fiduciario es responsable en los términos de los artículos 1757 y concordantes cuando no haya contratado seguro o cuando éste resulte irrazonable en la cobertura de riesgos o montos*”. El artículo 1757 dispone que “*... Toda persona responde por el daño causado por el riesgo o vicio*”.

de las cosas, o de las actividades que sean riesgosas o peligrosas por su naturaleza, por los medios empleados o por las circunstancias de su realización. La responsabilidad es objetiva. No son eximentes la autorización administrativa para el uso de la cosa o la realización de la actividad, ni el cumplimiento de las técnicas de prevención...”

La diferencia entre la nueva normativa y la anterior, es que exige una diligencia mayor en el administrador a fin de poner un resguardo frente a los terceros por los daños generados por el fiduciario, cuando se excede de la manda fiduciaria.

La primer pregunta que debemos hacernos es si el patrimonio fiduciario responde por las obligaciones que el administrador generó debido a su actividad fuera de la órbita de la manda fiduciaria. Pongamos de relieve y como ejemplo, la contratación sin registrar de trabajadores para construir un edificio.

Kiper, Claudio M. y Lisoprawski, Silvio V (*Responsabilidad del fiduciario por daños a terceros en el Código Civil y Comercial*, La Ley, Cita Online: AR/DOC/1797/2016) entienden que “...si no se contrató un seguro...Al tratarse de un hecho antijurídico, situación por hipótesis ajena al cometido del fideicomiso, el responsable es el fiduciario incluso con su patrimonio personal, pues quien genera un daño en virtud de una acción dolosa o culposa, o cuando se le atribuye la responsabilidad por riesgo, debe responder por las consecuencias de sus actos, sin pretender trasladarlas sobre otros (arts. 1716, 1726/1728, 1749 y concs., CCyC). Claro que la solución debe resguardar los intereses del beneficiario y del fideicomisario -ajenos a la comisión de dicho hecho-, en lugar de los del fiduciario, por lo que ampliar la prenda de los acreedores a todo el patrimonio fideicomitado sólo empeora la situación de los que esperan beneficiarse con el fideicomiso y no tuvieron ninguna responsabilidad en el hecho...” Si bien esta conclusión es la más conveniente para las partes y demás sujetos involucrados con el fideicomiso, no lo es para quien resulte víctima del daño.

Personalmente no estamos totalmente de acuerdo con esta postura. Y tampoco podemos dar una respuesta contundente para todos los casos. Habrá que estarse a cada situación particular. Pero de tomar una posición, nos inclinamos por la responsabilidad del Fiduciario en forma personal –con su patrimonio-, así como también del patrimonio fideicomitado.

Esto así por algunas razones. La primera porque de seguir lo que postulan los autores arriba mencionados, sería muy sencillo para los fiduciantes disponer de un administrador insolvente e incitarlo a producir actos contra la norma en favor del Fideicomiso. Si sale mal, respondería sólo el lo que generaría una ola de contrataciones fraudulentas donde en lugar de contratar al administrador más apto, se contrataría al más inepto e insolvente para que siga ciegamente las órdenes de los Fiduciantes en pos de generar mayor ganancia queriendo evitar responder por sus consecuencias.

En segundo lugar, y relacionado con lo anterior, no se puede evitar las responsabilidades como Fiduciantes al elegir al administrador. Esta posición es similar a la responsabilidad por los dependientes.

El límite para sostener lo contrario, es similar a lo que ocurre con los administradores de patrimonios ajenos como las sociedades anónimas. No puede ser la sociedad responsable cuando su director va mucho

más allá de su mandato. Salvo la teoría de la apariencia. Y en este caso, a nuestro entender, debería aplicarse lo mismo.

Si la acción del Fiduciario no es notoriamente ajena al objeto fiduciario, y en su quehacer, aparenta que la decisión tomada es para el Fideicomiso, el patrimonio fiduciario debería responder.

Esto más allá de las acciones individuales que tengan luego los fiduciantes o beneficiarios contra el Fiduciario.

Otro tema distinto –aunque similar- es la temática del daño generado por la actividad del fideicomiso, ajena a su objeto, pero que pudo ser razonablemente asegurada. En este caso, si el Fiduciario no contrató el pertinente seguro, su responsabilidad va de suyo. Ahora bien, aquí juega un factor preponderante la palabra “razonable”.

La 24.441 disponía que el administrador debía razonablemente asegurar la actividad. Es decir, que si no lo consideraba tal, o no era razonable anticiparse a determinado siniestro, el Fiduciario no podía ser responsable del siniestro. La nueva normativa obliga a asegurar al responsable de los designios del Fideicomiso, y lo responsabiliza para los casos que la “cobertura” sea irrazonable. Es decir, que deberá tener muy en cuenta qué compañía y qué póliza contratar. Pero ¿qué pasa con las actividades que no pueden ser aseguradas? (seguros de créditos que no existen en nuestro país). O cuando el siniestro que puede asegurarse, ha sido impredecible para el fiduciario? ¿Hasta qué punto podemos sostener que deberá prever hasta lo imposible para estar tranquilo en su actividad? Porque ni siquiera nosotros como abogados, podemos prever todo en un contrato.

En este aspecto, creemos que se le exige demasiado al administrador y el poder jurisdiccional sabrá diferenciar si el fiduciario pudo haber medido el riesgo o no. Prácticamente se tendría que transformar en un especialista en seguros, debido a que no puede delegar esta responsabilidad en terceros.

Por supuesto que no hay dudas de su responsabilidad con su patrimonio personal si no sacó los seguros correspondientes a la propia actividad que realiza. Pero habrá que mensurar los casos en que se infra aseguró. Ya sea por error inexcusable, o por orden de los fiduciantes, o por carecer de dinero, o por ignorancia. En la Argentina, acostumbrada a procesos inflacionarios constantes, quizás la suma asegurada al contratar sería correcta, pero en el transcurso de los meses puede tornarse ilusoria.

También deberían analizarse los casos donde el fideicomiso carece de fondos para hacer frente a las pólizas y ante los requerimientos del Fiduciario, los Fiduciantes no aportan el dinero necesario. Creemos que en ese caso debería renunciar inmediatamente.

Un tema final sería cómo plantearía la demanda el damnificado. ¿La debería interponer sólo contra el Fideicomiso? ¿Cómo sabe que no se contrató seguro para poder ampliar la demanda al fiduciario? ¿Deberá esperar la respuesta de éste? ¿O debería demandar por las dudas esperando la excepción de falta de legitimación pasiva del administrador? El tema serán las costas en caso de perder. Además de damnificado,

condenado en costas. ¿Debería esperar la finalización del proceso para luego demandar por el saldo sin cobrar a la persona del fiduciario? Nos parece demasiado castigo para ese actor. Quizás una medida preliminar tendiente a averiguar la aseguradora del Fideicomiso podría ser una alternativa.

Como vemos, son varios los puntos grises que se irán dilucidando con el tiempo y con el devenir de los fallos jurisprudenciales.

Nº 12:

EL CONTRATO DE AGENCIA Y EL VIAJANTE DE COMERCIO - SU CONFUNDIBILIDAD

Autor: Dr. Horacio Arturo Brignole

(Colegio de Abogados de San Isidro)

La redacción que el C.C.y C.N. unificado le ha dado a este contrato empresario y la existencia de zonas grises confundibles con el Estatuto del Viajante de Comercio (ley 14.546), en el caso de los “agentes” personas humanas y aun de personas jurídicas, puede ser germen promoción de pleitos laborales. Es un llamado de atención para los operadores jurídicos.

I.- Antecedentes. - De inicio cabe señalar que ni el Código de Comercio de 1862 ni su reforma de 1889, incluían en su texto de manera expresa a los Viajantes de comercio, de suerte que debían ser comprendidos, por implicancia, dentro de las normas generales referidas a los “factores y encargados o dependientes de comercio” (arts. 87 y 132 y sgtes del recién derogado Código de Comercio). Se discutía su inclusión en la ley 11.729 (B.O. 25-09-1934) – antecesora de la actual LCT, ley 20744 de 1974- y ello dió origen hace décadas a la sanción de la ley 12.651 (del 24-09-1940) primera ley sobre los Viajantes y a su posterior reemplazo en el año 1958, por la actual ley 14.546 (B.O. 27-10-1958) denominada “Estatuto del Viajante de Comercio”.

También es sabido que el contrato comercial de Agencia no se encontraba legislado hasta su inclusión en el C.C.y C.N. (arts. 1479 al 1501), sin embargo existía usual en la práctica negocial empresaria. En efecto, en cuanto al aspecto jurídico tengo a la vista el Tomo III del “Código de Comercio y leyes complementarias” comentado por Carlos Juan Zavala Rodríguez (Edic. 1967), donde el entonces Ministro de la Corte Suprema dentro de los “Contratos de Empresa” incluía el Contrato de Agencia. Estudiaba la figura del Agente a la luz de los códigos alemán, italiano y suizo y consignaba las características con las cuales las diseñaba el profesor Juan Carlos Malagarriga, quien describía luego y como fundamental determinar en la contratación, si existe *representación* y “establecer: a) si el agente puede percibir el precio de las mercaderías y b) si recibe reclamaciones y puede decidir las, con relación a la calidad de las mercaderías vendidas, si puede hacer propuestas o arreglos, en nombre de la empresa principal, o si, simplemente, se limita a transmitir las (art. 55 del Código alemán y art. 1745 del Código Civil italiano)”.

Obvio, el tema ahora lo tenemos resuelto en el art. 1485 del C.C. y C.N. que dispone que el agente no representa al empresario a los fines de la conclusión y ejecución de los contratos en los que actúa, *excepto* para recibir las reclamaciones de terceros. Además el agente debe disponer de un poder especial para percibir los créditos resultantes de su gestión.

Por su parte, la jurisprudencia comercial capitalina delineaba al “Agente de comercio” como “un auxiliar autónomo que se desempeña por su cuenta y riesgo, que por la explotación habitual y profesional -atendiendo intereses que le encomienda otro comerciante- adquiere la calidad de comerciante” (CNCCom, Sala E, 4-05-2006).

Y la Cámara Nacional del Trabajo decía: “El agente de comercio y el viajante cumplen funciones similares aunque con una base contractual distinta. Ambos desarrollan una actividad consistente en la preparación o realización de contratos comerciales en nombre y por cuenta del empresario que determina las condiciones de venta; en ambos casos las zonas están prefijadas, generalmente con carácter exclusivo, la contraprestación es un porcentaje sobre el precio de la mercadería y es el empresario quien soporta el riesgo de insolvencia del cliente; pero la nota distinta consiste en el carácter personal o no de la relación, porque el agente de comercio, con frecuencia, es una persona jurídica, se desempeña en forma autónoma y crea su propia organización de ventas ajenas a la principal, mientras que el viajante sólo ofrece su trabajo personal e infungible” (CNTrab., sala I, agosto de 1991, “Dillon, Alejandro Jorge c/Adolfo Bullrich y Cía Ltda. S.A.”, DT, 1992-A, p.889)

A su vez la jurisprudencia de la Suprema Corte de la Pcia. de Buenos Aires estableció en la causa “Chiavarelli” (L. 42.127, sent. del 5-IX-1989), que la distinción entre el “representante comercial o agente de comercio” y el “viajante de comercio” debe buscarse en el desempeño personal y habitual de la actividad del *viajante que carece de propia organización de venta*, condición sine qua non para que exista agencia o representación comercial. Esta doctrina fue ratificada el 11-07-2012 in re “Graciano, Raúl Alfredo c/ Molinos Cañuelas SACIFIA s/ Indemnización por despido, etc”, Causa L.106.728, con voto principal del Dr. Héctor Negri).

II.- Núcleo.- Como se observa, desde hace años que se debate el tema del agente de comercio “autónomo” y el viajante de comercio “dependiente”, cuestión que se torna más actual con la sanción del nuevo código unificado a partir del 1-08-2015.

Nos preocupa las notoria similitudes *entre el Viajante de Comercio* encuadrado en la ley 14.546 y el *Contrato de Agencia* del C.C. y C.N., *al utilizarse en éste último términos e institutos propios del Derecho del Trabajo* que pudiesen desdibujar la figura del viajante, fundamentalmente en el caso que el agente sea una persona humana y las acciones judiciales que podrían sobrevenir en consecuencia.

Debido a nuestra actividad en el fuero laboral hemos conocido la gran cantidad de pleitos que se entablaron contra la empresa principal, por supuestos (o no) Agentes y presuntos (o no) Viajantes lo que –estimamos- reverdecerá.

Pareciera difícil de confundir la actividad de un Agente comercial con un Viajante de Comercio, ya que el *agente de comercio* estaba generalmente “fijo”, establecido en una ciudad, pueblo o localidad y en cambio, el *viajante* justamente hacía eso: ir “viajando” de un pueblo a otro promoviendo y tomando notas de pedido de venta, las que luego elevaba a la consideración de la empresa principal, actuando dentro de la zona impuesta o con los listados de clientes que se le suministraban y quien las aceptaba o rechazaba dentro del plazo legal. En la actualidad el tema se complica por la difusión de la gestión informática y la utilización primordial de la misma en la intervención negociadora, tanto de agentes como de viajeros –que ya casi no se desplazan-, por medio de computadoras y móviles de todo tipo.

Obviamente la distinción en los casos en que hubo planteos judiciales –como se vió-, se decidía en definitiva por la demostración o no de la *autonomía que tenía el que era realmente un Agente* y de la cual carecen los viajeros empleados al no tener organizada una estructura de venta propia. Si bien ambos son intermediarios, el Agente es autónomo del empresario principal y con organización propia. En cambio el viajante esta insertado en una empresa ajena unido por un contrato de trabajo y subordinado técnica, jurídica y económicamente al empleador. En estos supuestos no debe olvidarse la presunción de la existencia del contrato de trabajo prevista en el art. 23 de la LCT que textualmente dice: “*El hecho de la prestación de servicios hace presumir la existencia de un contrato de trabajo, salvo que por las circunstancias, las relaciones a las causa que lo motiven se demostrase lo contrario. Esa presunción operará igualmente aun cuando se utilicen figuras no laborales, para caracterizar el contrato, y en tanto que por las circunstancias no sea dado calificar de empresario a quien presta el servicio*”.

Por otra parte, el tema ya se había complicado cuando en los años 60 muchos viajeros de comercio a instancias (o sugerencias) de la empresa principal constituían –a su vez- sociedades comerciales, generalmente SRL, para velar u ocultar la dependencia laboral que había en la práctica, disminuyendo costos. (Para el empresario, como es sabido, tener un trabajador es una carga integrativa del costo de producción de sus mercaderías o de los servicios que presta, ya que debe pagar remuneraciones y contribuciones al sistema de la seguridad social, además de abonar vacaciones, salarios por enfermedad, aguinaldos, indemnizaciones por despido y accidentes de trabajo, etc).

En ese contexto se sancionó en esa década la *ley 16.593* (B.O. 10-12-1964), denominada Ley Bogliano por el diputado que la proyectó y que fue una típica normativa para combatir el fraude laboral. Esta ley de solo cinco artículos perduró ocho años, ya que fue derogada por la ley 20.744, pero sobrevive en ella puesto que se incluyó su articulado sustancial, en lo que hoy son los *arts. 27* (Caso del Socio - Empleado) y *102* (Caso del Trabajo prestado por integrantes de una sociedad. Equiparación. Condiciones) del RCT.

III.- Semejanzas.- Ya con el Anteproyecto de código unificado en la mano, la lectura de los arts. 1479 al 1501 nos lleva mentalmente a un sistema normativo que ya conocíamos y que no era otro que la Ley 14.546 de Viajantes de Comercio. En efecto, el art. 1° de esta última dice: “*Quedan comprendidos en la presente ley los viajeros, exclusivos o no, que haciendo de ésta su actividad habitual y en representación de uno o más comerciantes y/o industriales, concierten negocios relativos al comercio*”.

o industria de sus representados, mediante una remuneración.....” y luego el art. 2° “.....comprende los distintos nombres con que se acostumbra a llamarlos, como ser: viajantes, viajantes de plaza, placistas, corredores, viajantes o corredores de industria, corredores de plazo o interior, **agentes**, representantes, corredores domiciliarios o cualquier otra denominación que se les diera o pretendiera imponérseles para su calificación”.

Luego de dar la norma estatutaria también en el art. 2° los *requisitos* para que exista relación de dependencia:

- a) Que venda a nombre o por cuenta de su o sus representados o empleadores;
- b) Que venda a los precios y condiciones de venta fijados por las casas que representa;
- c) Que perciba como retribución: sueldo, viático, comisión o cualquier otro tipo de remuneración;
- d) Que desempeñe habitual y personalmente su actividad de viajante;
- e) Que realice su prestación de servicios dentro de la zona o radio determinado o de posible determinación y
- f) Que el riesgo de las operaciones esté a cargo del empleador,

la ley remata en el art. 4° “La presente ley es de **orden público** y será nula toda convención o acto jurídico por el cual renuncie a los beneficios consagrados en la misma o tiendan a su reducción.....”.

Si tomamos el art. 1479 del C.C. y C.N. vemos la definición y forma del Contrato de Agencia y de lo que es hoy el Agente: “Hay contrato de agencia cuando una parte, denominada agente, se obliga a promover negocios por cuenta de otra denominada preponente o empresario, de manera estable, continuada e independiente, **sin que medie relación laboral alguna**, mediante una retribución. El agente es un intermediario independiente, no asume el riesgo de las operaciones, ni representa al preponente. El contrato debe celebrarse por escrito”, se advierten las similitudes.

De la lectura del Contrato de Agencia en el C.C.yC.N. y como notas confundibles con el Viajante, destaco, entre otras: la “*remuneración*” (sic) del agente (art. 1486), su “base de cálculo” (art. 1487) y su obligatoriedad (art. 1484 inc. c); el “devengamiento de la comisión” (art. 1488); el “plazo indeterminado” del contrato, salvo pacto contrario (art. 1491); la existencia de un “preaviso” y de una “indemnización sustitutiva” (arts. 1492 y 1493); las causales “extinción del contrato” (art. 1494) y la “compensación por clientela” (art. 1497), por citar solo las más notorias. Lo anterior nos lleva a pensar que los proyectistas tomaron la ley 14.546 como modelo y la fueron adaptando a la redacción del Contrato de Agencia.

Estos ingredientes confusos que contiene la normativa del C.C.yC.N. vigente desde

el 1°-08-2015, ya alertaron a los abogados y a la magistratura del fueron laboral. Entre ellos ,señalo a la jueza de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo de la Capital Federal Dra. Silvia E. Pinto Varela quien publica su trabajo “*El Contrato de Agencia y los viajantes de Comercio a la luz del C.C.y C.N*”, en Revista de Derecho Laboral (págs. 67/78, N° 2015 – 2, Edit. Rubinzal – Culzoni). En el mismo número también obra el estudio el Dr. David Duarte, Secretario Letrado del órgano Ministerio Público denominado “*El Derecho del Trabajo y los contratos especiales en el nuevo C.C. y C.N*” (págs. 157/201) y dentro del mismo el capítulo “Agencia” (págs.. 169/72). Colabora también el Dr. Carlos Alberto Toselli, magistrado laboral de la Ciudad de Córdoba, en el mismo tomo publica su trabajo “Impacto del nuevo C.C. y C. en materia contractual” (págs. 210/12), señalando críticamente la colisión de los institutos.

En el caso del Dr. Duarte me permito señalar un hallazgo: la palabra “*preponente*” del art. 1479 del CCyCN con el cual se indica al empresario, es un “invento” del legislador y no se encuentra en el diccionario de la RAE, ni en otros ni en Internet. Luego del análisis de la normativa lo sustancial que señala es: “*El parecido con el viajante de comercio del “agente” es impresionante; las cuestiones como la representación (art. 1485), la zona, la exclusividad (art. 1480) o la relación con varios empleadores (art. 1481), el pago de una remuneración (arts. 1484, inc.c, y 1486, 1489), el pago de una comisión (art. 1488), la compensación e indemnización por clientela (art. 1497 y 1498), son temas propios del viajante. Sin embargo, para la tranquilidad de los viajantes de comercio regulados por la ley laboral 14.546 debemos afirmar que el art. 1501 del CCyC menciona los casos excluidos, y tras mencionarlos expresamente concluye que se descarta “a los demás grupos regidos por las leyes especiales en cuanto a las operaciones que efectúen”.*

IV.- Colofón.- Estas breves consideraciones sobre la semejanza de ambos institutos someramente analizados, tienen como objeto llamar la atención de los operadores jurídicos y alertar sobre la probable generación de juicios al respecto.

Nº 13:
LA INCIDENCIA DE LA SOLIDARIDAD DEL ART. 30 DE LA LCT EN EL CONTRATO DE FRANQUICIAS COMERCIALES.

Autor: Dra. Marcela F. CIVALLERO

*Instituto de Derecho Comercial del Colegio de Abogados de Lomas de Zamora
 “Dr. Angel M. Mazzetti”*

Conforme lo establecido en el Art. 1520 inc. b) del CUCC “...Los dependientes del franquiciado no tienen relación jurídica laboral con el franquiciante, sin perjuicio de la aplicación de las normas sobre el fraude laboral...”. No obstante ello, nos encontramos ante una posible colisión con las normas del Derecho del Trabajo, y en especial el Art. 30 de la Ley 20744, el cual haría posible hacer solidariamente responsable al Franquiciante por las relaciones de trabajo que cada Franquiciado mantenga con sus empleados.

I.- INTRODUCCION

El Contrato de Franquicia, como actualmente se encuentra legislado en los arts. 1512 a 1524 del CUCC, ya era de aplicación bastante frecuente ya desde la década del 90 en nuestro país, conocido simplemente como “Franchising”. El mismo no tuvo una regulación legislativa en nuestro sistema jurídico tratándose como un contrato atípico e innominado, hasta el 1 de agosto de 2015, fecha en la que entró en vigencia el Código Civil y Comercial de la Nación.

Sin embargo, el “Franchising” estaba presente en la operatoria habitual de empresas y consumidores, sin dejar de lado a los trabajadores que fueron empleados por diversas cadenas de comidas rápidas, heladerías, empanadas, entre otros rubros en los que prosperó esta figura contractual.

II.- EL CONTRATO DE FRANQUICIA.

Con el objetivo de entrar en el análisis de las diversas relaciones jurídicas que se crean a partir del desarrollo de los Contratos de Franquicia, debemos abordar el tema desde lo dispuesto por el Art. 1512 del CUCC, el cual establece que hay Franquicia Comercial cuando una parte denominada Franquiciante, otorga a otra llamada Franquiciado, el derecho a utilizar un sistema probado, destinado a comercializar determinados bienes o servicios bajo el nombre comercial, emblema o marca del franquiciante, quien provee un conjunto de conocimientos técnicos y la prestación continua de asistencia técnica o comercial, contra una prestación directa o indirecta del franquiciado.

De esta manera, pequeños comerciantes o empresas se han lanzado a una fórmula ya probada en

el mercado, utilizando el “know how” proporcionado por el Franquiciante, debiendo para ello montar un local comercial, contratar trabajadores y demás circunstancias inherentes a esa actividad comercial.

III.- ¿EXISTE SOLIDARIDAD LABORAL ENTRE FRANQUICIANTE Y FRANQUICIADO POR LOS EMPLEADOS DE ESTE ÚLTIMO?

Como es de suponer, el Franquiciado para poder llevar a cabo el emprendimiento empresarial a que se compromete tras celebrar un contrato de franquicia determinado, deberá contar con personal bajo su relación de dependencia.

De esa manera, ese Franquiciado será Empleador, con todo lo que ello supone y tomará a su cargo la responsabilidad de cada uno de estos contratos de trabajo que celebrará a fin de poder llevar adelante su cometido. Abonará salarios, seguros de Riesgos del Trabajo, cargas de la seguridad social, entre otras obligaciones laborales.

El Art. 1520 inc. b) del CUCC establece al regular la responsabilidad de las partes en un Contrato de Franquicia que los dependientes del franquiciado no tienen relación jurídica laboral con el franquiciante, sin perjuicio de la aplicación de las normas sobre el fraude laboral.

Pero, además de la normativa en materia comercial que regirá las relaciones entre las partes del contrato de franquicia, existe la legislación laboral, la cual resultaría aplicable a las relaciones de trabajo de los dependientes del franquiciado.

En efecto, el Art. 30 de la Ley 20744 dispone: *“Quienes cedan total o parcialmente a otros el establecimiento o explotación habilitado a su nombre, o contraten o subcontraten, cualquiera sea el acto que le dé origen, trabajos o servicios correspondientes a la actividad normal y específica propia del establecimiento, dentro o fuera de su ámbito, deberán exigir a sus contratistas o subcontratistas el adecuado cumplimiento de las normas relativas al trabajo y los organismos de seguridad social Esta responsabilidad del principal de ejercer el control sobre el cumplimiento de las obligaciones que tienen los cesionarios o subcontratistas respecto de cada uno de los trabajadores que presten servicios, no podrá delegarse en terceros y deberá ser exhibido cada uno de los comprobantes y constancias a pedido del trabajador y/o de la autoridad administrativa. El incumplimiento de alguno de los requisitos harán responsable solidariamente al principal por las obligaciones de los cesionarios, contratistas o subcontratistas respecto del personal que ocuparen en la prestación de dichos trabajos o servicios y que fueren emergentes de la relación laboral incluyendo su extinción y de las obligaciones de la seguridad social”.*

Podemos afirmar entonces que el Art. 30 de la Ley de Contrato de Trabajo sería aplicable a las relaciones de trabajo existentes entre el Franquiciado y sus empleados, lo cual acarrea que se haga extensiva la responsabilidad por dichos contratos de trabajo solidariamente a los Franquiciantes. Pero, sostener esta afirmación, contradice lo normado en el Art. 1520 inc. b) del CUCC.

No queda duda de que en el caso concreto de las franquicias comerciales, existe claramente una vinculación entre ambas partes Franquiciado y Franquiciante tendientes a la obtención de un fin en común, la venta de los bienes o servicios que se producen y/o se comercializan y que constituyen el objeto de dicho contrato comercial.

Es en el concepto de ACTIVIDAD NORMAL Y ESPECÍFICA PROPIA DEL ESTABLECIMIENTO en el cual debe prestarse especial atención a fin de determinar la extensión de la responsabilidad por la relación de trabajo de los empleados del Franquiciado al Franquiciante.

Como queda dicho en el Art. 30 de la LCT el Franquiciante deberá ejercer un control sobre el cumplimiento de las obligaciones laborales por parte del Franquiciado en relación a sus empleados. A pesar de que el CUCC en su regulación sobre el contrato de franquicia no impone al Franquiciante la obligación de control sobre las obligaciones laborales del Franquiciado, lo cierto es que en muchos casos se realiza este tipo de control, pactándose expresamente en los contratos de franquicia esa facultad de contralor por parte del Franquiciante respecto al pago de las cargas sociales y seguros de los empleados dependientes del Franquiciado.

Así, nos encontramos frente a un DOBLE ROL del Franquiciado. Veamos. En la relación con el Franquiciante es la parte DEBIL pues este tipo de contratos son generalmente DE ADHESION, vale decir que no pueden discutirse las cláusulas esenciales del mismo. Es una especie del “tómalo o déjalo”, debiendo quien tiene interés en actuar comercialmente bajo una Franquicia determinada, cumplir todas y cada una de las estipulaciones del Franquiciante, contenidas tanto en el contrato principal, como en el Manual Operativo.

Pero ese Franquiciado, es frente a sus trabajadores dependientes la PARTE FUERTE en los contratos de trabajo que celebre con cada uno de ellos. De estos trabajadores, se sirve el Franquiciado para realizar las tareas que hacen a la obtención del fin querido por el Franquiciante, tal es la venta de bienes y/o servicios.

Nos encontramos además con dos ámbitos del Derecho que se entrecruzan. Por un lado, el Derecho Comercial con el contrato de franquicia, tan extendido en la operatoria empresarial actual y por el otro, el Derecho Laboral, por los contratos de trabajo celebrados con los trabajadores de cuya fuerza de trabajo se sirve el Franquiciado para la obtención de los fines pactados con el Franquiciante.

La pregunta es si ante un conflicto laboral entre el Franquiciado y alguno de sus trabajadores, éste último puede demandar también al Franquiciante, a quien el Art. 1520 inc. b) del CUCC deja fuera, amparándose en el Art. 30 de la LCT que viene a ser la ley especial en materia de relaciones laborales.

Es en el tema de la “actividad normal y específica” del establecimiento donde deberá ponerse atención a fin de determinar si existe o no solidaridad laboral entre Franquiciante y Franquiciado por los empleados de este último. En mi opinión, no cabe duda alguna que en este tipo de contratos, ambas partes tienden a la concreción de un mismo objetivo en común, tal es la venta de los bienes o servicios de que se trate. Para ello, deben servirse del trabajo de los empleados del Franquiciado. Vale decir, que el Franquiciante resultaría solidariamente responsable por las obligaciones laborales de sus Franquiciados, por servirse de sus tareas para el objeto de su negocio, pese a no ser parte en el contrato de trabajo en cuestión. En suma, para la concreción de sus fines comerciales tanto el Franquiciante como el Franquiciado necesitan de los empleados dependientes de éste último, siendo idéntico el objetivo querido por ambos, tal es la venta de bienes y/o servicios inherentes a la franquicia contratada.

En consecuencia, será entonces el empleado –la parte más débil en esta relación contractual– quien podrá demandar solidariamente por las consecuencias de su relación jurídica dependiente y en forma conjunta a Franquiciado y Franquiciante, a pesar de la limitación del Art. 1520 Inc. b) del CUCC. Personalmente, creo que esa exclusión de responsabilidad es inoponible al trabajador, y solamente operará en la relación comercial entre las partes del Contrato de Franquicia, dando lugar a eventuales acciones de regreso entre ellas.

JURISPRUDENCIA

Si bien aún no han recaído fallos basados en el nuevo Código Civil y Comercial, no debemos olvidar que la figura del Franchising viene aplicándose en la práctica comercial en nuestro país desde hace más de veinte años.

En este sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha tenido diferentes posturas frente a la aplicación del principio de solidaridad laboral entre empresas subordinadas o relacionadas. Así, en un principio in re “Rodríguez Juan Ramón c/ Compañía Embotelladora Argentina S.A.”, sent. del 15/4/1993 (Fallos 316:713) desestimó la responsabilidad solidaria de la empresa demandada con respecto a sus distribuidoras, sosteniendo que para que nazca tal responsabilidad es necesaria la existencia de una unidad técnica de ejecución entre ambas. El mismo año, en “Luna, Antonio R c/ Agencia Marítima Rigel S.A. y otros”, sent. del 2/7/1993 (Fallos 316:1609) se expone que *“el sentido de la norma (art 30 LCT) es que las empresas que, teniendo una actividad propia, normal y específica y estimando conveniente o pertinente no realizarla por sí, en todo o en parte, no puedan desligarse de sus obligaciones laborales, mas sin que corresponda ampliar las previsiones de tal regla...”* Claro está que estos fallos se dictaron en un contexto político y social coherente con estas ideas, no obstante no dejan de ser un precedente jurisprudencial.

Pero el criterio de la Corte dio un giro en “Ajís de Caamaño, María Rosa y otros c/ Lubeko SRL y/o Yacimientos Petrolíferos Fiscales SA”, sentencia del 26/2/2008, donde se confirmó una condena por responsabilidad solidaria a YPF en beneficio de una empleada de servicios de limpieza de una empresa de servicios tercerizada. En minoría, Lorenzetti, Fayt y Maqueda insistieron con el criterio restrictivo de responsabilidad.

Habida cuenta que el Contrato de Franquicia se encuentra operando en nuestra sociedad desde hace largos años, coexistiendo con la aplicación del Art. 30 de la LCT, es que contamos con varios fallos en materia laboral, todos ellos previos a la entrada en vigencia del CUCC.

“Si bien del contrato de franquicia y de gestión administrativa surge que se acordó como regla general, que el franquiciado será responsable de la contratación de sus empleados y que para ello dispondrá de total autonomía, también se advierte la injerencia del franquiciante en la contratación, elección, capacitación y control de los registros del personal de la sociedad franquiciada, en contratar un seguro de riesgos y accidentes de trabajo, evidenciándose una fuerte intromisión en las relaciones del franquiciado con sus empleados, circunstancias que impiden considerar como ajena a los intereses del franquiciante, la actividad de aquél. Y, una interpretación integral de los términos del contrato permite concluir que a través del mismo se habilita al franquiciado para llevar adelante el desarrollo de tareas propias de la actividad normal y específica del franquiciante. Por lo tanto, resulta adecuado y razonable encuadrar la situación ventilada en la normativa prescripta en el artículo 30, más allá de las cláusulas referidas a la indemnidad en la que se obliga el franquiciado a mantener al franquiciante, propias del acuerdo bilateral entre ellos celebrado, las cuales son de eficacia restringida frente al trabajador, a quién esas limitaciones de responsabilidad le resultan inoponibles de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 30 de la LCT. Suárez, Jorge Antonio c/ Food & Service Consulting SA y otro s/despido” (14/03/14 CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES DEL TRABAJO. SALA VIII).

“Los servicios prestados por el trabajador a las órdenes de las codemandadas y la actividad

desplegada por éstas para Franquicias Argentinas S.A., con quienes había contratado mediante el otorgamiento de una franquicia la colocación en el mercado de empanadas elaboradas según su propio método y sistema bajo el nombre de fantasía “Solo empanadas”, listas y aptas para el consumo, configuraron la actividad normal y específica de esta última. Tal comercialización no sólo coincide con la actividad principal de la comitente principal, sino que además se lleva a cabo bajo su poder de organización y control forma directa, circunstancia que constituye el presupuesto fáctico ineludible al cual el art. 30 L.C.T. supedita la viabilidad de la solidaridad que consagra.” (Nuñez Sergio Hernán c/Madejo SA y otros s/despido. 18/02/14 CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES DEL TRABAJO. SALA IV).

“Si el franquiciante se dedica únicamente a comercializar indumentaria bajo una marca cuya licencia de uso concede al franquiciado, aquí sí media una identidad entre la actividad que desarrolla uno y otro contratante, lo que lleva a encuadrar la cuestión en las prescripciones del art. 30 de la Ley de Contrato de Trabajo de manera inevitable.” (JUAREZ EMILCE ELIZABETH C/ GALLO CLAUDIO MARCELO Y OTROS/ DESPIDO. 12/07/12 CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES DEL TRABAJO. Sala I).

“El contrato de franquicia comercial ha sido caracterizado como un método o sistema vinculado a la comercialización de productos o servicios, a través del cual el franquiciante, consciente de poseer un producto o servicio que satisface las necesidades del mercado, arma una estructura particular a fin de que el negocio se expanda a través de empresarios independientes. En el caso, se presenta una fuerte injerencia en la actividad del franquiciado por parte del franquiciante y ello implica que las actividades de uno y otro no son ajenas sino que la del franquiciante se integra de manera inescindible a la actividad normal y específica propia del establecimiento que explota el franquiciado (desarrollo de la cadena denominada “La Parolaccia” y “La Bisteca”, consistente en una red de puntos de venta identificados con una imagen y una serie de servicios).” (COBBEN CARLOS OMAR C/ SATRINCHA S.A. Y OTROS S/DIFERENCIAS DE SALARIOS 6/09/12 CNAT SALA I).

“Dado que el objeto de la empresa Franquicias Argentinas S.A. consiste en elaborar, producir, comercializar y distribuir alimentos para el consumo humano (siendo las empanadas de “Solo Empanadas” uno de ellos), resulta que no se trata de un empresario que “suministra a otro un producto determinado, desligándose expresamente de su ulterior procesamiento, elaboración y distribución..”, como sostuvo nuestra Corte Suprema en el fallo “Rodríguez...”, (Fallos 316:713), sino que la venta por terceros de los productos que ella elabora (y de los que se reserva también la posibilidad de “comercializar y distribuir”) hace a su actividad propia y específica y al cumplimiento de ese objeto social para el cual fue creada Franquicias Argentinas S.A.: ésta no se limita pura y exclusivamente a la fabricación de productos alimenticios sino que se concreta y nutre esencialmente con la comercialización de los mismos, sin lo cual no tendría sentido producirlos. De allí que resulte solidariamente responsable Franquicias Argentinas S.A., conjuntamente con el franquiciado codemandado, en los términos del art. 30 LCT.” (CNAT Sala VII Expte. Nº 15.163/06 Sent. Def. Nº 40.115 del 17/05/2007 “Serantes, Milagros Josefina Inés c/Quiñones, Julio Héctor y otro s/despido”. (Ferreirós – Rodríguez Brunengo).

“La franquicia no se limitó a la mera concesión del uso de una marca o logo, o de una modalidad en la cual el franquiciante no tuviera ningún grado de intervención ni de participación en la actividad desplegada por la franquiciada. Por el contrario, se evidenció que la franquiciante tenía injerencia y participación directa en la actividad de la franquiciada pues, ésta debía comercializar los productos de peluquería de la marca “Sizo Gerard” bajo las condiciones establecidas y controladas por la codemandada. De modo que la franquiciante debe ser alcanzada en forma solidaria en los términos del art. 30 de la LCT.” (CNAT Sala II Expte N° 15.820/09 Sent. Def. N° 100.069 del 30/12/2011 “Bellorini, Alberto Alejandro c/ Mostovy, Valeria Mabel y otro s/ Despido”. (Pirolo – Maza).

“En el caso el actor fue despedido por quien se comportaba como dueño del local que llevaba el nombre “Medialunas del Abuelo”, lugar a donde la mercadería llegaba preparada en cajas, para ponerla directamente en el horno. La sociedad anónima codemandada comercializa logos y el nombre de fantasía de su propiedad “Medialunas del Abuelo” con locales mediante contratos de franquicia. Es decir, que por parte de la sociedad codemandada medió una cesión de la explotación al principal (franquiciado), de conformidad con el art. 30 LCT, por lo cual el franquiciante es solidariamente responsable frente al actor.” (CNAT Sala IX Expte. N° 18.564/08 Sent. Def. N° 17.690 del 23/03/2012 “González, German Luis c/Castro, Damián Marcelo y otros s/despido”. (Pompa - Balestrini).

De la lectura de los fallos transcritos se desprende que el Franquiciante no puede alcanzar el fin de su negocio sin los empleados del Franquiciado, existe pues identidad de fines entre ambas partes. En igual sentido, las facultades de control sobre el Franquiciado que se reserva para sí el Franquiciante, hacen que sea diferente a la situación tratada por la Corte Suprema en el caso “Rodríguez c/Compañía Embotelladora”. Esa situación se da sistemáticamente en cada uno de los pronunciamientos transcritos y en todos los rubros de franquicias allí mencionadas, entre las que encontramos elaboración y venta de alimentos, peluquerías y venta de indumentaria.

CONCLUSIÓN

En mi opinión, los empleados dependientes de los Franquiciados, son imprescindibles para que la Franquicia que intenta comercializar el Franquiciante, pueda obtener su fin, tal es la obtención de ganancias. Es por ello, que dichos empleados forman parte de un engranaje que, constituye la actividad normal y específica del Franquiciante, por lo que se encuentran comprendidos en el encuadre del Art. 30 de la Ley 20744. En consecuencia, los Franquiciantes son solidariamente responsables por las obligaciones laborales contraídas con los trabajadores del Franquiciado, siendo inoponible a ellos lo pactado entre ambas partes en el contrato de Franquicia, protegiendo a los trabajadores ante posibles fraudes laborales, sin perjuicio de las eventuales acciones de regreso entre las partes del contrato de Franquicia, con sustento en el Art. 1520 inc, b) del CUCC.

N° 14:

CONTRATO DE CUENTA CORRIENTE, UN CASO EN QUE NO SE CONFIGURA.

Autores: Horacio P., Guillermo H. F. y Andres A. GARAGUSO

Colegio de Abogados de Mar del Plata

Para tener por configurada la existencia de cuenta corriente es menester que concurren los supuestos que emergen de los artículos 1430 y 1431 Del Código Civil y Comercial.

JURISPRUDENCIA

Carátula: “Canale, Sergio David vs. Claas Argentina S.A. s. Abreviado”. 08/09/2016. Juzgado: Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Contencioso Administrativo 2ª Nominación, Río Cuarto, Córdoba Rubinzal Online - RCJ 1714/17

1) “Se rechaza el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia que la condenó a abonar al actor la suma reclamada, dado que entre las partes no se ha configurado el contrato de compraventa mercantil (art. 771, Código de Comercio), sino que el contrato que ha ligado a las partes no es otro que una compraventa y una prestación de servicios, contratos que en ningún momento perdieron su individualidad. En efecto, en el caso las partes reconocen un acuerdo en función del cual la firma accionada le vendía mercaderías y proveía servicios al actor (repuestos y reparaciones, respectivamente), acordándole luego un plazo para el pago. Es decir, no existía un acuerdo específico de crédito recíproco sino que solo la demandada le acordaba un plazo para el pago de los productos que les vendía y los servicios que le prestaba. A su vez, las operaciones que iban generando el crédito en ningún momento perdían su individualidad y autonomía, por lo tanto no operaba la novación que caracteriza a la cuenta corriente mercantil, todo lo cual evidencia que el vínculo no tenía la finalidad ni las características de ese contrato. Por otra parte las entregas de dinero que realizaba el actor eran tomadas como pagos a cuenta, extremo que resulta del mismo reconocimiento de la demandada y de los recibos exhibidos y no controvertidos, todo lo cual patentiza que las entregas o remesas que realizaba el actor tenían una asignación específica y un fin determinado: pagar mercadería, lo cual revela de manera inequívoca que el contrato que existía no era cuenta corriente mercantil. A ello cabe agregar que el hecho de que la firma accionada hubiese abierto una cuenta o asentado en sus registros contables las ventas o prestaciones que le realizaba al actor y a la vez los pagos que se le efectuaban no convierte al vín-

culo en una cuenta corriente mercantil, pues ello no deja de ser una mera forma de contabilizar operaciones”.

2) “Partiendo de la definición legal (art. 771, Código de Comercio) y de lo elaborado por la doctrina tenemos que son elementos esenciales de la cuenta corriente mercantil, los siguientes: el hecho de que exista un acuerdo de crédito “recíproco”, que a la sazón hace a la finalidad del contrato; que exista un acuerdo novatorio y que por tanto pierdan su individualidad las operaciones que le dan origen a los créditos que se asientan; que las remesas que se efectúen no tengan una finalidad o empleo determinado; y que no haya obligación de tener a la orden una cantidad o valor equivalente a las remesas acreditadas, es decir que ninguna de las partes pueda ser considerado acreedor o deudor antes de la conclusión de la cuenta”.

3) “Se rechaza el planteo de la recurrente que pretende opere una compensación entre lo reclamado por el actor y lo que supuestamente éste le adeuda, dado que para poder plantear dicha compensación la parte demandada no solo debería haber especificado cómo se componía su acreencia, sino que debió haber procurado su reconocimiento judicial a través de una reconvencción, o generando alguna instancia que permita su sustanciación y habilite el contradictorio -por vía de excepción- nada de lo cual ocurrió. Consecuentemente aun dando por supuesto que del escrito de contestación de demanda pudiese inferirse un planteo de compensación -cosa que no ocurre- el mismo no podría admitirse ni tratarse por no haber sido adecuadamente introducido. En efecto, al no haber reconvenido jamás podría reconocerse la acreencia con la cual pretende compensar, ello toda vez implicaría arrasar con el derecho de defensa del actor quién no habría podido defenderse de tal pretensión, máxime cuando ha expresamente desconocido adeudar suma alguna a la demandada”.

NORMAS APLICABLES VIGENTES.

Artículo 1431 CC Y C. “Contenido. Todos los créditos entre las partes resultantes de títulos valores o de relaciones contractuales posteriores al contrato se comprenden en la cuenta corriente, excepto estipulación en contrario. No pueden incorporarse a una cuenta corriente los créditos no compensables ni los ilíquidos o litigiosos”.

Artículo 1430 CC Y C. “Definición. Cuenta corriente es el contrato por el cual dos partes se comprometen a inscribir en una cuenta las remesas recíprocas que se efectúen y se obligan a no exigir ni disponer de los créditos resultantes de ellas hasta el final de un período, a cuyo vencimiento se compensan, haciéndose exigible y disponible el saldo que resulte”.

FUNDAMENTACIÓN

El fallo que se analiza construido sobre la base del régimen del Código de Comercio derogado (artículo 771) es ciertamente ajustado, desde que la operación que diera motivo al proceso es una compraven-

ta con un contrato subordinado de servicios y no una cuenta corriente. El sumario reproducido literalmente de Rubinzal on line, contiene un error desde que afirma que “no se ha configurado una venta mercantil”, toda vez que precisamente lo que surge del fallo es la inexistencia de cuenta corriente mercantil y la existencia de un contrato de compraventa. No teniendo el fallo original a la vista y antes que pensar en un contrasentido y contradicción interna de la sentencia, pensamos que se trata de un error del editor.-

Para descartar la existencia de cuenta corriente son dos las argumentaciones del fallo:
No hay entregas recíprocas ni crédito de ambas partes y
No se produce la novación con relación a las remesas que se remiten por una de las partes.-

Ciertamente la vigencia del nuevo código permite sostener una solución idéntica a la que arriba el tribunal por aplicación del derecho pretérito toda vez que conforme con el artículo 1430 del CC Y C.:
Ambas partes se obligan a inscribir las remesas recíprocas que efectúen, situación que en realidad es ajena a la provisión de repuestos y servicios que informa el contrato que diera lugar a la litis,
No existe pactada una obligación de compensación de las remesas, al vencimiento del contrato y
Menos aun que las obligaciones se hagan exigibles tras la compensación por el saldo que resulte después de tal compensación.

Es claro que las entregas que realiza el comprador son a cuenta del precio pactado y no para registrar en una cuenta. En el caso el demandado había abierto una registración unilateralmente, pero ello no es suficiente para tener por operada la existencia del contrato.-

Pero a todas las razones sustantivas que el fallo contiene deben agregarse las procesales tan trascendentes como aquellas:

“Se rechaza el planteo de la recurrente que pretende opere una compensación entre lo reclamado por el actor y lo que supuestamente éste le adeuda, dado que para poder plantear dicha compensación la parte demandada no solo debería haber especificado cómo se componía su acreencia, sino que debió haber procurado su reconocimiento judicial a través de una reconvencción, o generando alguna instancia que permita su sustanciación y habilite el contradictorio -por vía de excepción- nada de lo cual ocurrió. Consecuentemente aun dando por supuesto que del escrito de contestación de demanda pudiese inferirse un planteo de compensación -cosa que no ocurre- el mismo no podría admitirse ni tratarse por no haber sido adecuadamente introducido. En efecto, al no haber reconvenido jamás podría reconocerse la acreencia con la cual pretende compensar, ello toda vez implicaría arrasar con el derecho de defensa del actor quién no habría podido defenderse de tal pretensión, máxime cuando ha expresamente desconocido adeudar suma alguna a la demandada”.

La ausencia de excepciones, de reconvencción y de debate en el ordinario sobre la existencia de la cuenta corriente y la legitimidad del crédito que exhibe la accionada son determinantes del rechazo de las defensas.

Nº 15:
CONTRATO DE TRANSPORTE - RESPONSABILIDAD DEL TRANSPORTISTA.

Autores: Horacio P., Guillermo H. F. y Andres A. GARAGUSO

Colegio de Abogados de Mar del Plata

Para tener por demostrada la existencia del contrato de transporte urbano de pasajeros, no es imprescindible la tenencia del boleto o la información de SUBE de la existencia del uso de la tarjeta en la oportunidad del evento dañoso. La responsabilidad del transportista de pasajeros se debe juzgar por los principios fijados en los artículos 1291 y 1757 del Código Civil y Comercial. En consecuencia si se han acreditado la existencia del contrato de transporte de personas y las lesiones del pasajero, para excluir su responsabilidad el transportista debe demostrar “fuerza mayor, culpa de la víctima o de un tercero por quien la empresa no sea civilmente responsable”, tal como antaño establecía el artículo 184 del Código de Comercio.

JURISPRUDENCIA:

1) “Montoya Mauricio c/ Transportes Metropolitanos General San Martín S. A. s/ Daños y Perjuicios”, Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallo del 26 de marzo de 2013. Rubinzal Culzoni on line, RC J 8160/13.-

“Los daños personales sufridos por el viajero – debió decir pasajero- se rigen por el artículo 184 del Código de Comercio, por lo que al actor le incumbe la prueba del hecho y la relación de causalidad con el daño sufrido, mientras que para eximirse de responsabilidad la demandada – el transportista- debe acreditar la existencia de fuerza mayor, culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder”.-

2) **In re:** “B., D. vs. Empresa San Vicente (Línea 506) y otro s. Daños y perjuicios”. Fallo del 22/11/2016- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil Sala J - Rubinzal Online.. Cita: RC J 7351/16.-

“Corresponde confirmar la sentencia de primera instancia que condenó a la empresa de transportes demandada a resarcir los daños y perjuicios sufridos por la actora, en su calidad de pasajera, toda vez que ha logrado acreditar el evento dañoso y la relación de causalidad, en tanto, de la causa penal se desprende la denuncia que efectuara el mismo día del accidente, en donde su relato coincide con la narración efectuada tiempo después al entablar la presente demanda civil; asimismo, obra el examen del cuerpo médico forense en el que se detallan las lesiones, las que resultan compatibles con la descripción de los hechos acontecidos y, de la presente causa, emergen los dos testimonios brindados que acreditan los dichos de la actora por cuanto sostiene, la primer deponente, que viajaba en la misma unidad y que vio a la actora descender por la puerta delantera y escuchó el grito, ya que el colectivo le había agarrado y apretado el brazo con la puerta y, el segundo deponente, que estaba en la vereda, ve bajar por la puerta delantera a la actora

quejándose que le dolía el brazo y manifiesta haber visto que el chofer abrió, cerró y volvió a abrir la puerta de la unidad. Y en cuanto al fundamento del que intenta valerse para eximirse de responder, cual es que de la prueba informativa dirigida a SUBE no emerge que, en el día y horario del evento, la tarjeta de titularidad de la actora haya registrado un pago de boleto de la línea indicada, cabe destacar que el hecho de que la víctima no posea boleto o no se haya acreditado que pagó el boleto con su tarjeta, no resulta impedimento alguno para tener por acreditada el vínculo contractual. Ello, por cuanto, en primer lugar, el boleto no constituye una prueba formal e insalvable a efectos de demostrar el contrato de transporte, en la medida que su inexistencia no hace por sí perder el carácter de pasajero y menos libera a la empresa transportista de la responsabilidad. En segundo lugar, es sabido que es viable la utilización de la tarjeta SUBE de otra persona, o sacar pasajes con una misma tarjeta para distintos pasajeros, por lo que el hecho de no registrarse el pago del boleto con la tarjeta de su titularidad no implica que la actora no haya abordado el colectivo”.

FUNDAMENTOS

Sostuvimos en Quilmes al analizar el primero de los precedentes que la CSJN reiteraba una doctrina casi centenaria en nuestro país, es decir la natural inversión en la carga de la prueba, establecida por el artículo 184 del Código de Comercio. La obligación de seguridad que compete al transportista es propia del contrato y hoy se ha enfatizado pues se inserta en el sistema de defensa del consumidor y del usuario que garantiza la Constitución Nacional y la ley 24240 conforme el texto reformado por la ley 26361. Así lo reconoce la CSJN en el precedente que se citara:

“No encontrándose controvertida la calidad de pasajero del actor, ni que las lesiones sufridas por este último han sido consecuencia de su caída a las vías del tren, le corresponde a la empresa de transportes ferroviarios demandada demostrar las eximentes para poder interrumpir el nexa causal y exonerarse de responsabilidad, ya que por la obligación de seguridad que le compete, debe trasladar al pasajero sano y salvo al lugar de destino, derecho previsto por la Constitución Nacional para los consumidores y usuarios”.-

En el segundo caso la empresa demandada niega la existencia del siniestro y del contrato de transporte y abona su posición con la prueba informativa que establecía que la actora, titular de una tarjeta SUBE, no activó la misma ni se emitió pasaje en el día y en los momentos previos al incidente, en el caso el cierre de la puerta del ómnibus atrapando el brazo de la pasajera. Pero queda totalmente probada la calidad de pasajera de la víctima no solo en la denuncia y proceso penal sino por las declaraciones de dos testigos que aparecen conforme las reglas de la sana crítica como “veraces”. Por otra parte no se demostró que la pasajera no haya actuado conforme las reglas que regulan la seguridad en el ascenso y descenso de pasajeros. Lo que el transportista debió hacer es instruir a su personal de información y formación suficiente para que las puertas del ómnibus cierren después que el pasajero ha descendido o a la inversa ha ascendido. El pasajero no se había colocado en situación de peligro, sino que el daño se debe a la impericia del dependiente por el cual el transportista debe responder.-

La Corte Suprema de Justicia aporta su criterio en la valoración del deber de seguridad:

“La interpretación de la obligación de seguridad que tiene causa en el contrato de transporte de pasajeros, debe ser efectuada con sustento en el derecho a la seguridad previsto para los consumidores y usuarios en el artículo 42 de la Constitución Nacional. La incorporación del vocablo seguridad en la Carta

Magna, es una decisión valorativa que obliga a los prestadores de servicios públicos a desempeñar conductas encaminadas al cuidado de lo más valioso: la vida y la salud de los habitantes ricos o pobres”.-

La profesora Graciela Messina cita fallos concordantes de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires:

“En el transporte oneroso de personas el transportista no sólo tiene el deber de no ocasionar un daño que pesa indeterminada y genéricamente sobre todos, sino que sobre aquél recae una obligación que se extiende a la carga de realizar todas las acciones que exija la naturaleza del contrato tendientes a evitar el daño”^[1].

“Frente al pasajero que resulta víctima de un accidente, en principio, la consecuente responsabilidad del transportista ha de ser enmarcada dentro del ámbito contractual. Ello así, claro está, siempre que el daño provenga de la inejecución de la obligación de seguridad creada por el contrato, quedando a salvo aquellas hipótesis ajenas al marco cognoscitivo de esta Corte, tal como se ha estructurado la litis en que efectivamente el hecho dañoso sea extraño al contrato no obstante su producción en ocasión del mismo”^[2].

Se ha resuelto asimismo y de manera coincidente que:

“La obligación de seguridad tiene siempre fuente contractual, ya sea porque las leyes expresamente lo previeron o porque la ley en su función integradora lo impone a cierto tipo de contratos, o porque ha ingresado a la órbita contractual de la mano del principio de la buena fe”^[3].

Consideramos en consecuencia acertado el pronunciamiento de la Corte y de la Cámara Nacional de Apelaciones Civil pues consolidan una doctrina predominante también en nuestra Provincia de Buenos Aires.

[1] SCBA, 3/3/2010, causa C. 88.599, “C., O. N. y otro contra Transporte Ideal San Justo S.A. Daños y perjuicios JUBA SUM. B32591

[2] SCBA, 3/3/2010, causa C. 88.599, “C., O. N. y otro contra Transporte Ideal San Justo S.A. Daños y perjuicios”. JUBA SUM. B32591

[3] CCC. San Martín, sala 2, 21-8-2008 Crispens, Clara Julia c/ Trenes de Buenos Aires S.A. y otro s/ Daños y Perjuicios JUBA SUM. B2004176

N° 16:
RESPONSABILIDAD POR PÉRDIDA DE EQUIPAJES EN EL TRANSPORTE AÉREO.

Autores: Horacio P., Guillermo H. F. y Andres A. GARAGUSO

*Instituto de Derecho Comercial y Concursal del Colegio de Abogados de Mar del Plata
y de Graduados de U. A. A. del Partido de la Costa.*

El sistema de reparación, objetivo pero tasado, en caso de pérdida de equipajes puede ser superado solo mediante la acabada prueba del quebranto sufrido por el pasajero. Si así no fuere se aplica el sistema que cuantifica el daño conforme el peso del equipaje, difiriendo servicios de cabotaje de los vuelos internacionales. El daño moral es resarcible puesto que el extravío y desaparición del equipaje provoca una zozobra al viajero que excede la tolerancia ordinaria.

NORMAS APLICABLES:

*Se trata de resoluciones de la ANAC – ADMINISTRACION NACIONAL DE AVIACION CIVIL: (Artículo 12, inciso a) de las Condiciones Generales del Contrato de Transporte Aéreo aprobadas por la **Resolución N° 1.532/98 del MINISTERIO DE ECONOMIA Y OBRAS Y SERVICIOS PUBLICOS, modificado por la Resolución N° 203/13 de ANAC**).*-

1) En los vuelos internos o de cabotaje, en caso de daños al equipaje despachado, el pasajero debe reclamar al transportador aéreo por escrito, dentro de los tres días contados desde su entrega. Cuando el daño sea a las mercancías despachadas, el reclamo debe hacerse por escrito, dentro de los diez días contados desde su entrega. En caso de pérdida, destrucción o retardo en la entrega del equipaje o mercancías, el reclamo debe hacerse por escrito, dentro de los diez días en que debió realizarse su entrega o en que hayan sido puestos a disposición, según el caso. En todos los casos, la responsabilidad del transportador aéreo se limita hasta una suma equivalente en pesos a dos argentinos oro por kilogramo de peso bruto; salvo que el pasajero hubiera efectuado la “declaración especial de interés” al momento de la remisión de los bultos al transportador y abonado la tasa pertinente, cuando la hubiere. En tal caso, el transportador aéreo está obligado a pagar la cantidad declarada salvo que pruebe que el valor de la mercadería o equipaje es menor o que el valor declarado resulte superior al interés real del expedidor en la entrega. Respecto el equipaje cuya guarda conserva el pasajero (“de mano”), la responsabilidad queda limitada hasta una suma equivalente en pesos a cuarenta argentinos oro en total. Tales limitaciones resultarán inoponibles al damnificado en caso de dolo.-

2) En los vuelos internacionales, en caso de daños al equipaje despachado, el pasajero debe reclamar al transportador aéreo por escrito, dentro de los siete días contados desde su entrega. Cuando el daño

sea a la carga despachada, el reclamo debe hacerse por escrito, dentro de los catorce días contados desde su entrega. En caso de retardo en la entrega del equipaje o de la carga, el reclamo debe hacerse por escrito, dentro de los veintidós días en que hayan sido puestos a disposición. En caso de equipaje, la responsabilidad del transportador aéreo se limita hasta una suma equivalente en pesos a los 1.131 derechos especiales de giro; salvo que el pasajero hubiera efectuado la “declaración especial de valor” al momento de la remisión de los bultos al transportador y abonado la tasa pertinente, si hubiera lugar a ello. En tal caso, el transportador aéreo está obligado a pagar una suma que no excederá del importe de la suma declarada salvo que pruebe que este importe es superior al valor de la entrega en el lugar de destino para el pasajero. En caso de carga, la responsabilidad del transportador aéreo se limita hasta una suma equivalente en pesos a los 17 derechos especiales de giro por kilogramo; salvo que el expedidor hubiera efectuado la “declaración especial de valor” al momento de la remisión de los bultos al transportador y abonado la tasa pertinente, si hubiera lugar a ello. En tal caso, el transportador aéreo está obligado a pagar la suma declarada, a menos que pruebe que este importe es superior al valor real de la entrega en el lugar de destino para el expedidor. En casos de retardo, la responsabilidad del transportador aéreo se limita a una suma equivalente en pesos a los 4.150 derechos especiales de giro. Tales limitaciones resultarán inoponibles al damnificado en caso de dolo.

CODIGO AERONÁUTICO: “Sección “C” - Transporte de equipajes Artículo 116.- El transporte de equipaje registrados, se prueba con el talón de equipaje que el transportador deberá expedir en doble ejemplar; uno de éstos será entregado al pasajero y el otro lo conservará el transportador. No se incluirá en el talón los objetos personales que el pasajero conserve bajo su custodia. Artículo 117.- El talón de equipajes debe indicar: 1.- Numeración del billete de pasaje; 2.- Punto de partida y de destino; 3.- Peso y cantidad de los bultos; 4.- Monto del valor declarado en su caso. 118.- El transporte no podrá ampararse en las disposiciones del presente código que limitan su responsabilidad, si aceptase el equipaje sin entregar el talón o si éste no contuviese la indicación del número del billete de pasaje y del peso y cantidad de los bultos, sin perjuicio de la validez del contrato.

JURISPRUDENCIA.

In re “L. M. de los Á. y otro vs. Andes Líneas Aéreas S.A. s. Pérdida de equipaje”. Fecha: 18/11/2016- Juzgado: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal Sala III - Fuente: Rubinzal Online - Cita: RC J 112/17.-

“Corresponde condenar a la empresa aérea demandada a pagar a cada una de las actrices el importe de \$ 15.000 en concepto de daño moral por la pérdida del equipaje, toda vez que, de acuerdo a la jurisprudencia del fuero, esta categoría del daño no está excluida de reparación y se trata de un perjuicio que, en situaciones como la del sub lite, se tiene por probado in re ipsa. La falta de entrega oportuna del equipaje genera angustia en el turista quien ve, súbitamente, alterado su proyecto de esparcimiento -no sabe si él aparecerá en algún momento o se perderá para siempre junto con todos los efectos personales de imposible reposición- y, en autos, las reclamantes no contaban con ningún otro equipamiento de indumentaria, lo que las obligó a emplear parte de su tiempo en comprar los efectos perdidos que, por lo visto, nunca se

encontraron. A ello se suma, la frustración de un momento tan esperado como son las vacaciones, que las personas esperan disfrutar durante todo un año.

FUNDAMENTACIÓN.

La presente ponencia completa la que fuera llevada a Tandil en noviembre de 2016, en la que no se analizaba la situación del daño moral sino la cuantía de la reparación conforme resoluciones administrativas y criterio judicial. Esa parte se reitera en la presente ponencia, en ese sentido solo será posible superar el óbice de la responsabilidad tasada demostrando la real entidad en cuanto a la cantidad y valores de los bienes contenidos en el equipaje del viajero.

En el caso de autos se tiene en cuenta la alteración del proyecto de esparcimiento del viajero, el que ignora si su equipaje aparecerá o si la pérdida lo es tal en carácter de definitiva. Queda claro asimismo que al ocurrir el extravío al comienzo del período de vacaciones de los pasajeros, estos deberá destinar parte de su tiempo a reponer aquellos bienes necesarios que estaban en su equipaje, más allá de la pérdida de bienes personales que son de “imposible reparación”. El padecimiento, el agobio que produce tener que embarcar nuevamente equipajes, como todas las dificultades que genera la falta de lo elemental – en el caso era la indumentaria incluidas prendas interiores- genera un sufrimiento que debe ser resarcido del modo que hace el fallo.

El tribunal para graduar la reparación debe considerar entre otras algunas de las siguientes razones:

1. Probada la pérdida del equipaje, el pasajero adquiere sin lugar a dudas el derecho a la reparación, pero, si se acredita un daño especial, el juez no aplicará la sanción objetivamente fijada en la resolución ministerial, si la cuantía el daño resulta de las pruebas rendidas en la demanda.-
2. Si las pruebas son insuficientes el tribunal interpreta que la indemnización puede ser fijada teniendo en cuenta prueba indiciaria que debe considerar:
 - Clase de valija y sus dimensiones,
 - Peso de la valija,
 - Tipo de viaje,
 - Duración del viaje y tiempo de receso del pasajero y
 - Finalidad del viaje.

Es claro que el extravío del equipaje desequilibra al pasajero, el que no sabe a quien dirigirse, como reclamar, lo que se agrava cuando debe expresarse en un idioma que no es el propio. Esa angustia en el caso se considera demostrada porque el extravío sucedió en el primer día de las esperadas vacaciones y dejó a las turistas estrictamente “con lo puesto” y el equipaje de mano...De solo pensarlo siento angustia por aquellos que han tenido que soportar esta situación.

N° 17:
**CONTRATO DE TRANSPORTE - RESPONSABILIDAD DEL TRANSPORTISTA
 EN EL TRANSPORTE AERONÁUTICO.**

Autores: Horacio P., Guillermo H. F. y Andres A. GARAGUSO

Colegio de Abogados de Mar del Plata

En el contrato de transporte aéreo -y más allá de las estipulaciones especiales que pudiera contener la convención- las partes son el expedidor obligado al pago del flete y la empresa aérea, obligada a realizar el traslado de la mercadería al lugar convenido en las condiciones y precio pactados.

JURISPRUDENCIA.

Carátula: “South American Cargo S.A. vs. Frigorífico Equino Entre Ríos S.A. s. Cobro de fletes” - Fecha: 25/10/2016 - Juzgado: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal Sala III - Fuente: Rubinzal Online - Cita: RC J 6707/16.-

“Corresponde confirmar la sentencia de grado que hizo lugar a la demanda de cobro de fletes interpuesta por la empresa actora contra el frigorífico accionado al tener por probado el contrato de transporte aéreo internacional de mercadería -carne equina- y la omisión de abonar las correspondientes facturas, toda vez que, frente a la línea argumental de la recurrente que insiste que el obligado al pago no era su parte sino la empresa consignataria de la mercadería, cabe poner de resalto que conforme a las irregularidades que informa el perito contador respecto de los libros de comercio de la accionada, cobra fuerza de convicción la contabilidad llevada en legal forma por parte de la actora, por lo que cabe atenerse a la veracidad del asiento del crédito que se reclama y siendo que las facturas fueron hechas a nombre de la demandada. En definitiva, no cabe sino concluir en la existencia de un contrato de transporte internacional de mercadería, cuyas partes fueron la actora -en su carácter de transportista contractual- y la demandada -en su carácter de expedidor-, sin que la consignataria haya tenido participación alguna en dicho vínculo. Ahora bien, a contrario de lo que postula la recurrente y según se desprende del peritaje contable, la encargada de pagar dicho flete era la accionada y no la empresa francesa destinataria de la mercadería. Ello así, pues la modalidad de pago convenida fue “prepaid”, esto es, pagaderas en origen. Así surge del anverso de las guías aéreas, en las cuales consta en el casillero correspondiente a la información contable la leyenda ‘freight prepaid’. Ello es así, con independencia de los eventuales reclamos que la demandada se crea con derecho a hacerle a la empresa consignataria en el marco de una relación que vinculó a dichas partes exclusivamente y que resulta ajena a la actora”.

FUNDAMENTACIÓN.

El caso que motiva la presente ponencia contiene una resolución que se ajusta al derecho común y al especial. En efecto, los contratos solo producen efectos entre las partes, las que son obligadas por los términos de sus declaraciones y estipulaciones. El artículo 1021 del Código Civil y Comercial regla que: “Regla general. El contrato sólo tiene efecto entre las partes contratantes; no lo tiene con respecto a terceros, excepto en los casos previstos por la ley”. En cuanto a la situación de los terceros, en el caso el destinatario de la mercadería transportada la regla es semejante a la que tuviera el derogado Código de Vélez Sarsfield: “Situación de los terceros. El contrato no hace surgir obligaciones a cargo de terceros, ni los terceros tienen derecho a invocarlo para hacer recaer sobre las partes obligaciones que éstas no han conve-nido, excepto disposición legal”. El supuesto que resuelve es el de un contrato entre un cargador y una empresa de transportes que se adecue a las reglas del Código Aeronáutico de los artículos 97 y siguientes y especialmente las normas de los artículos 119 a 121 de dicho cuerpo normativo.

Claramente se desprende que el cargador –“expedidor” en el fallo, asume las obligaciones propias de su rol, especialmente el pago del flete convenido y el transportista toma a su cargo colocar las merca-derías cargadas en su destino en el tiempo y modo pactados. Conforme el Código Civil y Comercial –artí-culo 1023- se consideran partes del contrato a quienes: a) lo otorgan a nombre propio, aunque lo hagan en interés ajeno; b) son representados por un otorgante que actúa en su nombre e interés; c) manifiestan la voluntad contractual, aunque ésta sea transmitida por un corredor o por un agente sin representación.-

En el caso analizado quien recibe la mercadería no es parte en el contrato, ni puede ser reputado sucesor del expedidor, por lo que la solución necesaria es el rechazo de la pretensión defensiva del expe-didor y la admisión de la demanda intentada por la empresa de transportes. Claramente se desprende del artículo 1024 del C. C. y Comercial a quienes se extienden los efectos de los contratos (ARTICULO 1024.- Sucesores universales. Los efectos del contrato se extienden, activa y pasivamente, a los sucesores univer-sales, a no ser que las obligaciones que de él nacen sean inherentes a la persona, o que la transmisión sea incompatible con la naturaleza de la obligación, o esté prohibida por una cláusula del contrato o la ley).-

Si del contrato emanara alguna obligación para el destinatario sería menester que el como tercero se encuentre vinculado por una declaración en tal sentido.

Nº 18:**CONTRATO DE ESPARCIMIENTO Y RECREACIÓN. CONTRATO DE ESPECTACULO PÚBLICO. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO.**

Autora: Dra. Estela Alicia MARMONTI

Instituto de Derecho Comercial del Colegio de Abogados de La Plata.

SUMARIO

La sola intermediación sostiene que existe una LOCACIÓN DE SERVICIOS, en los términos del art. 1256 del CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN,

El CONTRATO DE ESPECTACULO PÚBLICO se celebra entre el organizador del espectáculo y el público asis-tente al mismo, por medio del cual el primero se compromete a ofrecer y garantizar un lugar y comodidades necesarias para poder presenciarlo a cambio del pago de una entrada, brindándole la empresa productora la seguridad y el cuidado pertinente a través del servicio brindado. La extensión de la responsabilidad del ESTADO MUNICIPAL, PROVINCIAL Y NACIONAL, al otorgar la habilitación del predio donde se desarrolla el espectáculo.

PONENCIA

En décadas pasadas se advierte en la sociedad un cambio de paradigma al respecto del ESPARCIMIENTO Y RECREACIÓN, se deja la seguridad ofrecida por las casas de familia donde se desarrollaban en general todos los grandes acontecimientos de la vida y los CLUBES DE BARRIOS O SOCIALES que cumplían un rol trascendental en la recreación social para pasar casi inadvertidamente al principio y luego notoriamente y sin poder volver a las viejas costumbres a alquilar espacios cada vez más grandes, de particulares y tam-bién del Estado, que no tenían en el DERECHO una tipificación o ubicación, en los cuales conviene estable-cer precisiones en los derechos, obligaciones y responsabilidades de los contratantes.

En primer lugar debemos considerar el alquiler de un espacio privado o público que bien podría ser encuadrado en figura de una locación, cabe señalar la prestación de servicios adicionales que de acuerdo a la prestación y sus características podría tratarse de una locación de servicios o de obra.

Se trata de un contrato en particular pero en general con una serie de figuras jurídicas subyacentes que habrá que analizar en particular para poder aplicar el derecho correspondiente.

Con respecto a la concreción del contrato sería la transferencia del uso y goce del espectáculo a cambio del pago de un ticket.

La obligación principal que recae sobre el empresario es la de garantizar el goce del espectáculo para ello debe haberse asegurado del buen funcionamiento de los servicios prestados tanto los principales como los de segundo orden.

Se destaca entre la figura que asumen los empresarios de espectáculos públicos, es decir los organizadores quien en forma responsable ejerce su rol, nos debe hacer acordar la figura consagrada en el DERECHO ROMANO, EL BUEN PADRE DE FAMILIA, receptada en el DERECHO COMERCIAL, como EL BUEN HOMBRE DE NEGOCIOS, tan recordadas en la ley, y también en LA DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA, cuando al nombrarlos de esa manera se reivindicaba tanto en el DERECHO CIVIL Y EN EL COMERCIAL, como figuras emblemáticas, que por su buen comportamiento daban a los otros el ejemplo a seguir el DEBER SER, el del BUEN COMPORTAMIENTO, muchas veces los jueces recordaban cuando querían señalar una situación irregular a estas emblemáticas figuras, también extendidas para el caso que nos ocupa a los ADMINISTRADORES Y EMPRESARIOS DE ESPECTACULOS PUBLICOS.

En el orden señalado los empresarios deben cumplir con las reglamentaciones dispuestas por la ADMINISTRACION PUBLICA, entre las más importantes las medidas de seguridad e higiene al respecto de todas las instalaciones, hoy en día los profesionales de la facultad de ingeniería industrial que se forman como ingenieros en SEGURIDAD E HIGIENE, brindan en forma gratuita una serie de medidas preventivas referentes a la SEGURIDAD DE LAS PERSONAS Y DE LAS COSAS y elaboran PROTOCOLOS DE SEGURIDAD NACIONALES E INTERNACIONALES, que deberían ser obligatorios para la prestación de estos espectáculos., entre ellos deben tener sistemas de seguridad contra incendios, se han puesto de moda el uso de bengalas aún en lugares cerrados y de fuegos artificiales, a pesar de lo peligrosos que son, salidas de emergencia, iluminación apropiada, ventilación suficiente, es decir brindar las normas de seguridad apropiadas para que el espectáculo se desarrolle sin peligro alguno para los asistentes cumpliendo con la obligación subyacente de seguridad.

ASI MISMO ejercer el deber de vigilancia y control impidiendo el ingreso de personas que pudieran perturbar el orden ya por medio de las fuerzas policiales.

RESPONSABILIDAD DE LOS ORGANIZADORES FRENTE AL PÚBLICO

La primera es LA OBLIGACION DE SEGURIDAD, es primordial garantizar al público que durante el espectáculo se encontrará protegido junto con sus bienes, esta obligación es receptada en el DERECHO que consagra el principio de LA BUENA FE que debe regir los contratos en general para garantizar el cumplimiento de la prestación, en otro orden el deber de CONTROL Y VIGILANCIA, a cargo de sus propios empleados y de LA POLICIA EN GENERAL, la obligación de seguridad del empresario por el hecho de haber vendido más entradas de las que permitía la capacidad de las instalaciones, no haber colocado defensas para impedir accidentes.

El empresario como bien se define en la LEY DE CONTRATO DE TRABAJO 20744, es la persona a cargo de la empresa, y la finalidad de la empresa en general es la de producir bienes y prestar servicios y la finalidad perseguida es netamente de índole económica, a pesar que asume un riesgo al ejecutar el objeto del contrato y esto es muy lamentable lo que al fin le interesa es la ganancia, y hay veces en las cuales no solo nuestro país sino la comunidad mundial se ve expuesta a malos empresarios en que los único que les interesa es la ganancia aunque para el logro de ese fin exponga la pérdida de vidas,, la responsabilidad es objetiva y tiene apoyo en la teoría del riesgo.

El dictado de la ley 23184 que constituye el régimen penal y contravencional en los espectáculos públicos consagra la responsabilidad objetiva de los organizadores salvo que se pruebe lo contrario.

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

El Estado es también civilmente responsable por los daños causados en estos espectáculos, en virtud que por el PODER DE POLICIA que le corresponde HABILITA lugares inadecuados para el desarrollo de los espectáculos,, EL ESTADO de fiscalizar la actividad recreativa DE ESPECTACULOS PUBLICOS, por medio de sus delegaciones competentes por la seguridad de LOS ESPECTACULOS PUBLICOS. TAMBIEN debería CLAUSURAR los sitios que no ofrezcan seguridad para la vida o integridad del público, en razón de no brindar las medidas mínimas de seguridad o bien por no prestar los organizadores las debidas garantías para el buen desarrollo del espectáculo, tiene que ejercer el PODER DE POLICIA TANTO EN EL LUGAR COMO EN EL DESARROLLO DEL ACTO, inspeccionar el buen funcionamiento de las instalaciones, como también le corresponde la culpa por la insuficiencia de las normas de seguridad adoptadas.

Y para finalizar, y ocurrido ya el daño en principio hay que ir a las circunstancias particulares del caso pero la jurisprudencia en muchas ocasiones y ante un hecho irreversible como es la pérdida de vidas ha responsabilizado solidariamente a los EMPRESARIOS DE LOS ESPECTACULOS PUBLICOS Y AL ESTADO, HABIÉNDOLO fundamentado en la omisión de las medidas adecuadas para prevenir y evitar el hecho. DEBIENDO ACTUAR DILIGENTEMENTE PARA EVITAR LOS INFORTUNIOS.

Nº 19:**CUENTA CORRIENTE BANCARIA. APLICACIÓN INMEDIATA DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL A LA TOTALIDAD DE LOS INTERESES DEVENGADOS DE UNA RELACIÓN JURÍDICA QUE TRANSITA DOS REGIMENES JURÍDICOS DISTINTOS.****Autor:** Dra. Andrea Mariela CÁNEPA*Instituto de Derecho Comercial del Colegio de Abogados de Lomas de Zamora**“Dr. Angel M. Mazzetti”*

En caso de no pactarse libremente la tasa de interés capitalizable trimestralmente, se debe aplicar la “nominal mínima para operaciones activas promedio del sistema publicada por el Banco Central de la República Argentina”.

INTRODUCCIÓN

El artículo 4 de la ley 26994 dispone literalmente: “...Deróganse el Código Civil aprobado por la ley 340 y el Código de Comercio aprobado por las leyes Nros. 15 y 2.637, excepto los artículos 891,892, 907, 919, 926, 984 a 994, 999 a 1003 y 1006 a 1017/5 que se incorporaran como artículos 631 a 678 de la ley 20.094, facultándose al Poder Ejecutivo nacional a reenumerar los artículos de la citada ley en virtud de la incorporación de las normas precedentes.”

Ahora bien, más allá de manifestarme en contra de la sustitución del Código de Comercio, por un nuevo cuerpo normativo que se traduce en una ley “amputatoria” más que derogatoria del texto de referencia, insuficientemente debatido y que requiere una urgente revisión; hace necesario resaltar una vez más, que existen múltiples razones que obligan todavía hoy, a un estudio paralelo de las disposiciones vigentes hasta el 1 de agosto de 2015 y de las que se aplican con posterioridad a la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación debido a la no previsión de normas de transición, para regular el enorme cambio que implica la derogación de un Código y el paso a uno nuevo “de aplicación inmediata a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes”.

Específicamente en lo concerniente a los intereses moratorios, la problemática aquí se plantea, en el fallo que motiva el presente: “BANCO MACRO S.A. C/ IMPERIUM S.R.L. S/ COBRO EJECUTIVO”, *C. Civ. y Com. de Mar del Plata, Sala III, del 06/06/2016.*-

DESARROLLO**1.- Los hechos**

La parte actora, BANCO MACRO S.A. (ex Banco Macro Bansud S.A.) promovió demanda de ejecución contra IMPERIUM S.R.L., por la suma que arrojaba el certificado de saldo deudor tras el cierre de la cuenta bancaria de titularidad de la ejecutada con fecha 9 de mayo de 2013, más sus intereses, costos y costas del proceso.-

2.- La sentencia recurrida

El juez de Primera Instancia, dictó sentencia de trance y remate, mandando a llevar adelante la ejecución y ordenando que sobre el capital de condena, los intereses debían calcularse conforme la tasa que pague el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus depósitos a treinta días vigente durante los distintos períodos de aplicación (art. 622 del C.C., SCBA Ac. 43.858, C 101.774).-

3.- Los agravios

El apoderado de la entidad bancaria, interpuso recurso de apelación contra el pronunciamiento, con el fin de obtener su modificación - ya que a su entender- correspondía que sobre el capital de condena se liquiden los intereses moratorios a la tasa activa que resulta del derogado art. 565 del Cód. Com., es decir, los intereses que cobran los bancos públicos para el tipo de operación bancaria cuyo saldo deudor se estaba ejecutando.

Sostuvo que el sentenciante aplicó -erróneamente- la tasa pasiva del Banco de la Provincia de Buenos Aires, invocando antiguos e inaplicables precedentes de la SCBA desde que no se refieren a obligaciones bancarias sino a créditos laborales y explicó; que la titular de la cuenta corriente bancaria era una sociedad comercial afectada a visibles actos y actividades comerciales, resultando totalmente justificada la tasa activa pretendida.

Agregó que, siendo un acto de comercio, se presume que en los mismos existe pacto de intereses, (lo resaltado me pertenece) a merced de que ambas partes revestían el carácter de sociedades comerciales, por vía del antiguo art. 218 del Cód. Comercial.

4.- El tratamiento de la Cámara Marplatense

La cuestión traída al análisis del Tribunal versaba sobre la tasa de interés que resultaba de aplicación sobre el capital de condena, donde el crédito había nacido durante la vigencia del viejo Código Civil y la sentencia que condenaba al pago adicional de intereses, se había emitido luego de la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial.

El problema aparecía cuando un cambio legislativo se presentaba en la vida de los hechos, relaciones o situaciones, es decir, entre que nacen y se extinguen; y traían aparejada una colisión o conflicto de normas en el tiempo que resultaba necesario resolver diciendo qué norma debía aplicarse.

Así, la primera conclusión arribada consistía en que, los problemas de derecho transitorio se producían cuando un hecho, acto, relación o situación jurídica se prolongaban en el tiempo durante la vigencia de dos o más normas.

Particularmente para el supuesto analizado, expusieron que: ***“el devengamiento de “intereses” no es más que una “consecuencia” que se sucede en el tiempo respecto a una relación jurídica existente al tiempo de la sanción del nuevo ordenamiento, por lo que a su respecto corresponde la aplicación inmediata de la nueva ley pero sin efectos retroactivos.”***

Pero, como el período comprendido desde la exigibilidad de los cuestionados intereses y hasta su efectivo pago, involucraba la existencia temporal de dos regímenes legales distintos; debieron dilucidar el ámbito de aplicación temporal de ambos y de qué modo el nuevo régimen regulaba los intereses moratorios aplicables al supuesto de autos, diferenciando el Régimen legal vigente antes y después del 01/08/2015.

Así pues:

1) Respecto al régimen legal vigente hasta el 01/08/2015: regía el art. 622 del Cód. Civil y, en sentido coincidente, para las obligaciones comerciales, el art. 560 del Código de Comercio establecido para los casos en que la ley no hace correr expresamente los intereses, o cuando éstos no están estipulados en el contrato; mientras que el art. 565 rezaba que *“Mediando estipulación de intereses, sin declaración de la cantidad a que estos han de ascender, o del tiempo en que deben empezar a correr, se presume que las partes se han sujetado a los intereses que cobren los bancos públicos”*. Y paralelamente, tratándose de una obligación comercial (como la que fue objeto en dicho proceso), se presumía la onerosidad y por ende el pacto de intereses, por lo que resultaba aplicable la tasa supletoria establecida en el art. 565 del Cód. Com.; esto es, la tasa que cobren los bancos públicos (Banco Nación de la República Argentina).

b) Respecto del régimen legal actualmente vigente: dentro del Código Civil y Comercial de la Nación, se dispone en los arts. 767, 768 y 769, lo relativo a los intereses compensatorios, moratorios y punitivos respectivamente.

Ahora bien, esta regulación general debe completarse con las normas dictadas con relación a la contratación.

Allí, en el art. 1381 se dispone que el contrato debe especificar la tasa de interés y cualquier precio, gasto, comisión y otras condiciones económicas a cargo del cliente. Si no determina la tasa de interés, es aplicable la nominal mínima y máxima, respectivamente, para las operaciones activas y pasivas promedio del sistema, publicadas por el Banco Central de la República Argentina a la fecha del desembolso o de la imposición. Asimismo, en el parágrafo 2° se regula la cuenta corriente bancaria. Y en el art. 1398 se establece que: *“El saldo deudor de la cuenta corriente genera intereses, que se capitalizan trimestralmente, excepto que lo contrario resulte de la reglamentación, de la convención o de los usos. Las partes pueden convenir que el saldo acreedor de la cuenta corriente genere intereses capitalizables en los períodos y a la tasa que libremente pacten.”* Agregando que: *“Las cláusulas de remisión a los usos para la determinación de las tasas de interés y de otros precios y condiciones contractuales se tienen por no escritas.”*

En consecuencia, *“como puede advertirse: la tasa de interés es un elemento esencial del contrato y la transparencia a su respecto es un recaudo decisivo; llegando al extremo de que si no se la determina, el Código Civil y Comercial impone la aplicación de las tasas nominales mínima y máxima, respectivamente, para las operaciones activas y pasivas promedio del sistema publicadas por el BCRA, a la fecha del desembolso o de la imposición. Así, en caso de omitirse un pacto expreso, la norma impone aplicar la tasa más favorable al cliente de la entidad financiera dentro de las usuales y aprobadas por la autoridad de aplicación que rigen, para el tipo de operación de que se trata, en el sistema financiero; debiéndose agregar que para el caso de tratarse de contratos bancarios con consumidores y usuarios ninguna suma puede ser exigida si no se encuentra expresamente prevista en el contrato (arts. 1388 primer párrafo del CCyCN).*

En conclusión, los Jueces votantes Dres. Rubén D. Gérez y Nélida I. Zampini, acordaron que, *“al no haberse acompañado el contrato de cuenta corriente bancaria que une a la entidad financiera con el cuentacorrentista, resultaba de aplicación la tasa de interés nominal mínima para operaciones activas promedio del sistema, publicada por el Banco Central de la República Argentina a la fecha del cierre de la cuenta, desde la fecha de mora (arts. 768, 1381, 1398 y ccdtes. del CCyCN)”.*

Mora, que debe fijarse el día 07/09/2015, fecha de la diligencia de intimación de pago que hace las veces de interpelación fehaciente al deudor”, invocando que en este sentido la S.C.B.A. ha resuelto que: “Las circunstancias de que constituya título ejecutivo el saldo deudor de cuenta corriente bancaria que reúne los requisitos del art. 793 in fine (texto incorporado por el dec. ley 15354/46) del Código de Comercio (art. 521 inc. 5, C.P.C.C.) y que dicho saldo resulte exigible desde su determinación, no sirven por sí solas para acarrear la mora del deudor. No se trata de una obligación a la que pueda aplicarse el sistema de la mora ex re -porque es pura y simple- rigiendo en consecuencia el de la mora ex persona. Es necesaria la interpelación al deudor.” (SCBA, Ac 69792 sent. del 31/05/2000; Ac 52768 S 08/03/1994).

Agregando en su voto el Dr. Rubén D. Gérez, que: *“Esta doctrina legal no ha sido modificada aún por el Superior Tribunal, por lo que razones de “casación de hecho” impiden a este Tribunal evaluar si la sanción del nuevo Cód.Civ. y Com. determina la inaplicabilidad del citado criterio, máxime que la calificación de obligación pura y simple de la deuda generada por saldos deudores de cuenta corriente bancaria requieren para el comienzo del cómputo de intereses de una interpelación a su pago, pues en este tipo de contratos el “acaecimiento” de la generación de un “saldo deudor” no queda cristalizado hasta el momento del cierre de la cuenta, y si es así, la mora solo puede producirse desde que éste último acontecimiento es anoticiado al cuentacorrentista (arg. art. 1406 del Cód. Civ y Com.)”.*

Y por todo lo manifestado, resuelven hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por el ejecutante, modificando en consecuencia, la sentencia de trance y remate dictada y fallan que, sobre el monto de condena se liquidarán intereses desde el 07/09/2015 conforme la tasa de interés nominal mínima para operaciones activas promedio del sistema, publicada por el Banco Central de la República Argentina, la que para el caso concreto analizado sería la del 15,23% anual por ser la tasa nominal mínima para operaciones activas promedio del sistema a la fecha de cierre de la cuenta corriente (09/05/2013); cuyo devengamiento se computará desde la fecha de intimación de pago (07/09/2015) por no encontrarse acreditada una interpelación previa.-

COLOFÓN

La sentencia examinada demuestra cómo, la aplicación inmediata de las disposiciones del Código Civil y Comercial puestas para los intereses que se devenguen de las obligaciones dinerarias a una relación jurídica existente con anterioridad a su creación, no significa una aplicación retroactiva del mismo, en tanto que, sólo alcanza a sus efectos como son los intereses; aun cuando las previsiones del art. 1406 del C. Civ. Com. sean inaplicables a un certificado de saldo deudor de cuenta corriente bancaria emitido durante la vigencia del art. 793 del Cód. Com.-

Nº 20:
LA TRAMPA MORTAL DEL PAGO MÍNIMO DE LAS TARJETAS DE CRÉDITO

Autor: Dr. Eduardo MARSALA

*Instituto de Derecho Comercial del Colegio de Abogados de Lomas de Zamora
"Dr. Angel M. Mazzetti"*

En virtud de la normativa de derecho del consumidor, se debería difundir en el "pago mínimo" claramente "no se esta pagando el capital adeudado", y cuáles son los rubros de la deuda que incluye el "pago mínimo".

El porcentual del "pago mínimo", deberá estar relacionado con la tasa de interés financiero del momento, y deberá llegar a cubrir una parte del capital adeudado.

I.- INTRODUCCIÓN:

Últimamente los usuarios han comenzado a plantearse, porque si cumplen debidamente el pago mínimo de la tarjeta de crédito, se encuentran que su deuda aumenta cada mes, como si ningún pago hubieran realizado.

A partir de ese hecho, los medios periodísticos se han hecho eco del problema, pudiendo ver con habitualidad algunos artículos que plantean la problemática.

II.- QUÉ COMPONE EL PAGO MÍNIMO:

El pago mínimo de la tarjeta de crédito en nuestro país es del 5 %, y comprende los siguientes rubros:

1. Comprende la totalidad de todos los gastos no financiados:
 - a) Costos Administrativos
 - b) Intereses
 - c) Cargos por mora
 - d) Comisiones
 - e) Impuestos
 - f) Adelantos en efectivo
 - g) El saldo únicamente se imputa al pago de cuotas

De allí, se deduce, que quién paga el “pago mínimo” se puede encontrar que únicamente se encuentra pagando los denominados en general “gastos bancarios” e intereses y nada o casi nada de las cuotas por compras y/o cualquier otro pago (tarifas, impuestos, etc.), o sea, del capital que se está financiando, con lo cual estas deudas continúan aumentando conforme al interés del mercado.

Se debe puntualizar, que la tarjeta de crédito es un medio muy utilizado en épocas de crisis, ya que el usuario la utiliza para poder salir de las deudas mensuales con la utilización de la misma, o para efectuar compras o pagos, para los cuales no cuenta con el efectivo necesario.

A lo cual se debe agregar la gran difusión que existe a los efectos que los clientes utilicen las tarjetas de crédito, o lo que se denomina en el mercado “el plástico”, para sus compras con ofertas importantes, que en realidad no son tales.

La última medida del actual gobierno, al establecer que los comercios deben difundir el “pago contado efectivo” y el “pago con tarjeta” ha venido a transparentar esta situación. Hoy en día, nos encontramos con el hecho que cada vez que vamos a realizar una compra, debemos realizar un análisis exhaustivo, ya que cada tarjeta cuenta con diferentes tasas de interés, que a su vez varían según la cantidad de cuotas.

Lo que a simple vista del consumidor puede parecer como un aumento de los pagos con tarjeta, en realidad no ha sido otra cosa que transparentar que jamás el pago con tarjeta fue igual al pago contado.

Si usamos nuestra memoria, recordaremos que era una práctica habitual, que cuando realizáramos una cuota, si ofrecíamos el pago contado y en efectivo obtuviéramos una considerable disminución del precio publicitado. Esta diferencia de precios, que antes dependía de la habilidad del cliente para obtenerla, hoy en día se encuentra ya transparentada para todos.

Ahora bien, cuanto mayor es el interés de plazo, menor es la disminución de la deuda mediante el pago del “mínimo”. Como ya hemos especificado el mínimo se encuentra en el orden del 5 %, contra una tasa de interés que fluctúa entre el 6 y el 8 % mensual, con lo cual, no se llega ni a abonar el interés sobre la deuda, y menos aún, ya que como hemos especificado nos encontramos frente a que lo primero que se paga con ese 5 % son los gastos e impuestos bancarios. Tengamos en cuenta que en el mercado actualmente la tasa de financiación anual, o sea, por las famosas 12 cuotas, ronda entre el 50 y 58 %.

Las estadísticas actuales más confiables determinan que sólo entre un 60 y un 70 % (2) cubren el pago total de la tarjeta, por lo que entre el 30 y 40 % se limitan a abonar el “pago mínimo”. Este porcentaje de usuarios se encuentran ante la “trampa mortal” de poder llegar a una gravísima crisis financiera.

III.- LA INFLUENCIA PSICOLÓGICA DEL PAGO MÍNIMO:

Una importante investigación concluyó que el pago mínimo puede influir y determinar la cantidad

de dinero que una persona destinará al pago de su deuda: Le influenciará psicológicamente. El estudio mostró cómo las personas cambiaban sus hábitos de pago, cuando veían en su estado de cuenta un monto específico marcado como un pago mínimo.

Por otra parte, aquellas personas que no vieron el pago mínimo deseaban pagar un monto más alto de su deuda (deseaban pagar más que el mínimo)

*El monto enunciado en tu estado de cuenta como “pago mínimo” puede parecerle un monto razonable a ser pagado, pero en realidad es un problema porque al hacerlo **sólo pagas intereses y no reduces tu deuda**. Si una institución financiera sólo te pide el 5% (pago mínimo) en el estado de cuenta mensual, inconscientemente asumes que eso es lo que debes hacer y terminarás pagando un monto cercano al mínimo.*

Artículo recomendado: 6 Aprende de psicología financiera para alcanzar tus metas.(1)

IV.- PAGO CON TARJETA DE CRÉDITO VS. PRESTAMO PERSONAL.

Nos encontramos pues, ante la paradoja que la financiación con tarjeta de crédito resulta mucho más costosa que la que se contrae con un “préstamo personal”.

En definitiva, la financiación con tarjeta de crédito resulta más fácil de obtener pero más costosa que el préstamo personal, para lo cual los bancos solicitan el cumplimiento de muchos más requisitos.

De allí, que la actualidad financiera recomienda que el usuario endeudado solicite un préstamo personal, para pagar el total adeudado por la tarjeta.

Lamentablemente, este es un dato que no le es aclarado debidamente a los usuarios que contraen una tarjeta de crédito.

En un momento como el actual, con altas tasas de interés, se lleva a los usuarios a un nivel de deuda que les resulta impagable.

Lógicamente, que el ideal sería que los usuarios abonen el total de las cuotas mensuales de su tarjeta, pero la realidad no es así.

V.- COMO ES EL “PAGO MÍNIMO” EN OTROS PAISES:

En Perú, se ha implementado un importante cambio, al disponer: La norma, de inmediata entrada en vigencia, señala que todo lo que el usuario pague como excedente al mínimo se debe distribuir de la siguiente manera: cubrir primero la deuda revolviente, empezando por las que tengan mayor tasa de interés, hasta llegar a las de menor tasa de interés. Cuando ya se dio este paso, pero todavía queda un saldo por aplicar, es posible tomarlo como un pago anticipado siempre que el saldo sea mayor a dos cuotas futuras (de la parte en cuotas). (3)

En países como España, Francia y Alemania, el sistema resulta similar y puede resultar aún más gravoso, ya que en tales países el “pago mínimo” no es un porcentaje del crédito, sino un monto especifi-

co. De tal forma, ese monto cubre menos deuda cuánto mayor es el monto financiado por la tarjeta, aunque en dichos países nos encontraremos con porcentajes de financiación infinitamente menores que los de nuestro país.

En Estados Unidos, también el sistema es similar y se determina el “pago mínimo”, el usuario cuenta con un periodo de gracia de 25 días para abonar el saldo, sin que se le cargue interés por dicho atraso.

V.- CONCLUSIÓN:

El sistema por el cual las tarjetas de crédito, establecen un “pago mínimo” como hemos visto es a nivel mundial.

El problema se presenta, cuando nos encontramos con altas tasas de interés financiero.

En virtud de la normativa de derecho del consumidor, se debería difundir en el “pago mínimo” claramente “no se esta pagando el capital adeudado”, y cuales son los rubros de la deuda que incluye el “pago mínimo”.

El porcentual del “pago mínimo”, deberá estar relacionado con la tasa de interés financiero del momento, y deberá llegar a cubrir una parte del capital adeudado. Por ejemplo, si nos encontramos frente a una tasa de interés financiero del 6 al 8 % mensual, el “pago mínimo” tendría que fijarse en idéntica proporción, o sea del 10 al 15 %. De forma tal, que siempre algo del pago mínimo cubriese una parte del capital.

(1) <http://www.yopresupuesto.com/la-trampa-del-pago-mínimo-de-la-tarjeta-de-crédito/>

(2) <http://www.iprofesional.com/notas/230612-Pagar-solo-el-mínimo-de-la-tarjeta-puede-costar-ms-del-100-anual->

(3) <http://diariocorreo.pe/economia/la-sbs-regula-el-pago-mínimo-con-tarjetas-de-crédito-719851/>

Nº 21:

LA RESPONSABILIDAD POR LA PÉRDIDA, HURTO O EXTRAVÍO DE LA TARJETA DE CRÉDITO. DIFERENTES SUPUESTOS JURISPRUDENCIALES.

Autor: Dr. Eduardo MARSALA

*Instituto de Derecho Comercial del Colegio de Abogados de Lomas de Zamora
“Dr. Angel M. Mazzetti”*

La entidad bancaria, la emisora de la tarjeta de crédito y en algunos casos especiales, el comercio en donde se realizó la venta, pueden resultar solidariamente responsables, cuando han actuado con negligencia ante la denuncia en legal término por parte del usuario de la denuncia por pérdida o hurto de la tarjeta de crédito:

I.- INTRODUCCIÓN:

La temática de la responsabilidad bancaria ha tenido en los últimos años cambios fundamentales, basado en diversos aspectos, por un lado, a partir de la crisis del 2001 se fue perdiendo el mito que a los bancos no se les podía iniciar reclamo alguno, por el otro, un mayor contralor por parte del Estado y las normativas, y finalmente la sanción de la ley de derechos del consumidor, ha ido produciendo un gran caudal de doctrina y jurisprudencia que marca la responsabilidad de los bancos y entidades financieras, en diferentes aspectos. Aquellos fallos que eximían de responsabilidad en casos realmente irrisorios basándose en cualquier fundamento alejado del derecho, son felizmente un recuerdo.

Sin embargo, nos encontramos en algunos casos, en los cuales aún no se ha avanzado, y uno de tales casos es el que se presenta “*en la responsabilidad por la pérdida, hurto y extravío de la tarjeta de crédito*”, en los cuales se continua responsabilizando únicamente al portador, el cual continuamos encontrando doctrina y jurisprudencia en tal sentido.

Si bien, deberá estarse a cada caso particular y a la prueba que se realice al respecto, me permito disentir con grandes doctrinarios en algunos aspectos.

II.- PRINCIPIO BÁSICO:

Como un principio básico y rector en la materia, vamos a comenzar con cual es la obligación del usuario de tarjeta de crédito ante la eventualidad de la pérdida, robo, hurto o extravío de la misma, que consiste en dar inmediata denuncia ante el Banco emisor y ante la tarjeta por dicha eventualidad.

Mientras el usuario no realice esta denuncia, recaerá bajo su responsabilidad el uso indebido de la tarjeta perdida, extraviada o robada.

III.- SUJETOS PASIVOS ANTE LA DENUNCIA DEL USUARIO:

Como exprese en el punto precedente, considero que el usuario debe denunciar el extravío de la tarjeta tanto al banco emisor, como a la tarjeta, y si tiene la obligación de realizar dicha denuncia ante ambas entidades, es porque sostengo que ambas serán responsables por el uso indebido de la misma.

Así, se ha pronunciado la jurisprudencia al rechazar los planteos de falta de legitimación efectuada por el banco emisor: *“debe rechazarse el planteo de falta de legitimación pasiva formulado por el banco emisor de una tarjeta de crédito, durante el trámite de apelación de la resolución administrativa que le atribuyó haber violado el art. 4º de la Ley de Defensa del Consumidor 24.240, por omitir brindar información al usuario del plástico sobre el cargo telefonía, incluido en los resúmenes de cuenta y reiteradamente desconocido por este último, si se adujo que es el administrador del sistema de tarjetas de crédito quien determina si corresponde o no cada débito, ya que, a la luz de lo dispuesto en los arts. 2º, Inc. a) y 8º de la Ley de Tarjeta de Crédito 25.065, el banco emisor debe supervisar y controlar constantemente el funcionamiento del sistema, interviniendo directamente en las relaciones jurídicas que se generan en torno de la emisión y uso de las tarjetas, pues no puede ser equiparado a un mero fabricante o distribuidor de plásticos en tanto debe prever las contingencias que se susciten en su funcionamiento y adoptar las prevenciones pertinentes, obrando con lealtad y con la diligencia debidas al prestar un servicio en forma profesional”* (1) (7)

“Ante un conflicto entre el usuario y el emisor, en aquellos casos -la mayoría- en que este a su vez tiene una relación contractual con una empresa de administración de tarjetas de crédito, el emisor pretende deslindarse de responsabilidad esgrimiendo que no contrata directamente con los usuarios y que por tal motivo en ningún caso reviste la calidad de sujeto pasivo en estos conflictos, entonces en estos casos, como podría ser la imputación de cargos indebidos o la no-emisión del resumen con este argumento, no podría denunciar a esta empresa y tampoco iniciar el usuario acciones judiciales”

El banco que emite una tarjeta de crédito no es un mero distribuidor de credenciales plásticas para compras, es su obligación también supervisar y controlar constantemente el funcionamiento del sistema, interviniendo directamente en las relaciones jurídicas que se generan en torno de su emisión y uso, previendo las contingencias que se susciten en su funcionamiento, adoptando las prevenciones pertinentes obrando con lealtad y con la diligencia debidas al prestar un servicio en forma profesional (2)

(1) “Citibank NA c/ GCBA s/ otras causas”. Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Sala: II, del 13-may-2004

(2) Tarjetas de crédito (desde la óptica del derecho del consumo), Autor: Centanaro, Ivana

DIFERENTES SUPUESTOS DE USO INDEBIDO DE LA TARJETA:

1.- Uso indebido de la tarjeta desde el momento del extravío hasta la denuncia del usuario:

En este supuesto nos encontramos ante un usuario que ha cumplido con su obligación, pero que la tarjeta es igualmente usada en forma indebida, durante ese periodo de tiempo.

Conforme el contrato de adhesión de las tarjetas de crédito, el usuario responde por el uso de la misma hasta la 0 hora del día que realiza la denuncia.

No comparto los fallos jurisprudenciales que validan estas cláusulas, que van en contra del derecho del consumidor. El periodo de tiempo entre la denuncia puede resultar excesivamente extenso, pensemos simplemente la cantidad de uso que le puede dar un tercero a esa tarjeta de crédito, en pocas horas. Es más, el tercero que hace uso de la tarjeta en forma indebida en la práctica lo realiza en muy poco tiempo, con lo cual el daño al usuario puede resultar de gran gravedad.

Analicemos, las dos posibilidades de uso de tarjeta:

a) En la compra directa en el comercio, el comerciante debe exigir la tarjeta de crédito, el documento de identidad del usuario y la firma de este. O sea que, el usuario se tiene que ver protegido por los tres requisitos.

b) En la compra por Internet, se efectúa indicando el número de tarjeta y la clave.

Los supuestos a los que no referiremos en este artículo son las compras efectuadas en forma directa en los comercios.

Las comercios más responsables, incluso por medio informático o por llamada telefónica, proceden a comunicarse con la entidad emisora de la tarjeta, por medio del cual se le pregunta al poseedor de la tarjeta alguna otra información sobre su persona, a fin de ratificar que se encuentra frente al poseedor legítimo de la misma.

Sin embargo, algunos fallos han sido impiadosos para el usuario, la responsabilidad directa del usuario por el uso indebido de la tarjeta durante este periodo de tiempo, exigiendo incluso la prueba demoníaca al usuario, como es la presentación de los cupones de los comercios. Justamente el usuario no es quien puede tener en su poder dichos cupones, sino que es el comercio y la entidad emisora de la tarjeta quienes deberían aportar dicha prueba en virtud del principio de la prueba dinámica.

Así, me permito no compartir dichos fallos, como los que se citan a continuación:

“...el hecho de que el actor no haya suscripto los cupones dubitados, no lo exime de afrontar los gastos generados por el mal uso que un tercero hizo de su tarjeta antes de denunciarse su extravío.”

“El incumplimiento de las obligaciones de identificación del portador de la tarjeta endilgado a los comerciantes carece de relevancia frente al banco emisor y a la administradora del sistema...”

“Dado que no obran en autos los cupones que generaron los débitos por ciertas operaciones realizadas luego del extravío de la tarjeta del actor, pero antes que éste realizara el aviso pertinente, cabe concluir que tal carencia documental impide apreciar si los establecimientos comerciales intervinientes han incurrido en una conducta negligente en las obligaciones que atañen a la identificación del portador de la tarjeta y al cotejo de la firma estampada en el comprobante”.

“A los fines de determinar la existencia de una conducta negligente por parte de un establecimiento comercial en las obligaciones que atañen a la identificación del portador de una tarjeta y al cotejo de la firma

estampada en el comprobante, cabe tener presente que no puede exigirse al comerciante vendedor más experiencia en el examen de la firma que la que pueda tener el común de las personas” (3)

2.- La acreditación de la falsedad de su firma en los cupones:

En aquellos supuestos en los cuales se han agregado al juicio, los cupones emitidos por los comerciantes, en los cuáles la pericial caligráfica realizada sobre la firma de los usuarios, exime de toda responsabilidad a estos por dichas deudas. En este supuesto, a diferencia del anterior, el usuario ha tenido la posibilidad de obtener tales cupones, ya sea porque el los ha adjuntado como prueba o porque en virtud de la prueba dinámica, los ha tenido que adjuntar en el expediente ya sea el comerciante o la entidad emisora.

Resulta indudable la diferencia que existe entre este fallo y el anteriormente citado, respecto a la responsabilidad del comerciante en el contralor de la tarjeta y su firma, teniendo como fundamento que el mismo al trabajar habitualmente con tarjetas de crédito, debe tener la diligencia adecuada para evitar el riesgo del uso de la misma por poseedores ilegítimos.

En esos supuestos la jurisprudencia ha ratificado esta postura:

“Resulta improcedente la acción deducida por una entidad emisora de una tarjeta de crédito contra el titular de la misma, por la cuál persigue el cobro de ciertos gastos originados en su uso, cuándo -como el caso- se verifica que no obstante haberse debitado en la cuenta del accionado ciertas operaciones que son anteriores a la denuncia de extravío, de la pericia caligráfica realizada, surge que las firmas insertas en los cupones no le pertenecen al reclamado. Es decir, que está fehacientemente acreditada la falsedad de las rúbricas atribuidas a la defensa. En tal sentido, es de ponderar que el pretensor, es un comerciante profesional especializado en el negocio de tarjetas de crédito; eso le responsabiliza de manera especial e implica su superioridad técnica y el deber de obrar más que con sólo prudencia en la gestión de su operatoria, en virtud del pleno conocimiento de su metier” (Código Civil artículos 512, 902, 909 y concordantes). Por ende, tiene la obligación de exhibir una diligencia adecuada con su objeto haciendal y su organización debió ser la ajustada para ejercer su giro mercantil correctamente.

Consecuentemente, tanto la administradora como el banco, por tratarse de empresas cuyo objeto consiste en la implementación, organización y administración de sistema de tarjeta de compra y crédito, deben organizar un sistema capaz de asegurar los intereses propios a los de los usuarios, adecuando su desempeño al mandato del artículo 902 del C. Civ.. Por cuanto la emisora, no podrá perseguir la deuda reclamada en autos que tenga como base los cupones falsos, es decir, solo prosperará la originada conforme la prueba pericial caligráfica aportada.

La entidad emisora de tarjetas de crédito ... no puede equiparársela a un mero fabricante distribuidor de plásticos”, sino que debe prever las contingencias que suscita su utilización y adoptar los recaudos pertinentes, obrando con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios.

(3) Dalton, Edgardo Omar c. Argencard S.A. y otros s/ ordinario, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala: E, del 7-abr-2004

Constituye práctica notoria que una vez que el comerciante obtuvo la autorización del sistema para aceptar la tarjeta, suele desentenderse de la identificación del portador, pues presume que si la operación fue autorizada, no pesa sobre esa tarjeta denuncia alguna sobre pérdida ni se encuentra inhabilitada. Sin embargo, la autorización no dispensa, ni suple la obligación del comerciante de identificar al portador. (4)

3.- Demora de la entidad financiera en dar de baja a la tarjeta desde la denuncia.

Este es un caso muy habitual, y radica en la demora de la entidad emisora en dar de baja a la tarjeta desde el momento que la denuncia es efectuada por el usuario.

Esta negligencia ocasiona grandes problemas al usuario, que básicamente son:

- El daño pecuniario por la gran pérdida que se le provoca al usuario por el abusivo uso de la tarjeta.
- La denuncia ante el B.C.R.A. y por consiguiente la aparición del usuario en el Veraz y otros sistemas semejantes.
- El daño moral que se le ocasiona.

La jurisprudencia ha actuado correctamente en este supuesto al eximir de responsabilidad al usuario y hacer recaer la misma en el emisor de la tarjeta que negligentemente demora la baja de la misma.

“1.-Corresponde hacer lugar a la demanda de daños por los perjuicios que ha ocasionado al actor la entidad financiera demandada por no haber gestionado la baja de la tarjeta de crédito, pese a los innumerables reclamos efectuados; siendo que como consecuencia de ello la reclamante figuraba en situación 5, es decir como morosa irrecuperable, en la Central de deudores del Sistema Financiero. “

“2.-Si bien el registro en la Central de Deudores del Sistema Financiero como irrecuperable por el período denunciado se debió a una deuda formalmente contabilizada por la entidad financiera, la misma se había generado por el actuar poco diligente de esa misma entidad, al no dar de baja oportunamente la tarjeta de crédito de la actora.”

“3.-Las entidades financieras, que generalmente son muy estrictas en los recaudos que exigen a sus clientes que pretenden operar con tarjetas de crédito, como así también imponen intereses muy gravosos ante cualquier incumplimiento, deben proceder con la misma dedicación para no ocasionar daños a aquellos.” (5)

4. Entidad emisora que niega recepción de la denuncia:

Un supuesto muy particular. Las denuncias por pérdida de la tarjeta de crédito se efectúan en un

(4) Schpak de Siculer Dora y otro c/ Diners Club Argentina S.A.C. y de T. s/ sumario, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala B, del 23-ago-2001

(5) Badariotti Patricia E. c/ Standard Bank Argentina S. A. s/ indemnización por daños y perjuicios, Juzgado de Primera Instancia de Distrito en lo Civil y Comercial de Rosario, Juzgado: 5ta nom., del 22-mar-2013

90% telefónicamente, pero en este fallo, nos encontramos ante una entidad emisora que niega haber recibido dicha denuncia.

Nos encontramos ante un supuesto en el cual, además de la negligencia de la entidad, existe una mala fe procesal que debería ser sancionada, e implica contradecir sus propios actos y por ende, pasible de la responsabilidad que se le imputa.

El fallo, resulta ejemplificador en tal sentido:

La circunstancia de que la demandada niegue la existencia de la denuncia de robo efectuada por la actora respecto de su tarjeta de crédito, debite los cargos desconocidos por la actora, cancele y retire la tarjeta y remita información como deudor incobrable al B.C.R.A para ser cargado en la base de deudores, implica contradecir sus propios actos y por ende, pasible de la responsabilidad que se le imputa. Pues si consideró que no se efectuó denuncia alguna, no se advierte justificado el asiento practicado en el resumen de cuenta con posterioridad, donde se descontaron los saldos impugnados. Nadie puede contrariar sus propios actos, ya que de lo contrario importaría restar trascendencia a conductas jurídicamente relevantes y plenamente eficaces, siendo una de las consecuencias del deber de obrar de buena fe, la necesidad de un comportamiento coherente. Consecuentemente, debe ser desestimado el pedido de falta de responsabilidad que plantea la demandada.

Entiende la sala en el recurso en examen que el hecho generador de la responsabilidad consistente en la errónea comunicación del banco respecto de la información cursada al B.C.R.A entre 1997 y 2001 que llevaron al actor a figurar en la 'Central de deudores del Sistema Financiero' desde la situación 3 a la 5 (irrecuperable), no configura un incumplimiento contractual, sino un obrar antijurídico ajeno al contrato de tarjeta de crédito referido por el a quo". En esta inteligencia, corresponde encuadrar la actuación del banco dentro del ámbito de la responsabilidad aquiliana. Cabe aplicar entonces la doctrina elaborada en torno al art. 1078 del Cód. Civ que remite al Art. 1109 final del primer párrafo, según el cual, la sola realización del hecho dañoso lleva a presumir la existencia de la lesión de los sentimientos del damnificado, y su reparación indemnizatoria tanto material como moral, según lo dispuesto en los artículos citados precedentemente y lo previsto en los arts. 903 y 904 de dicho cuerpo legal. Máxime cuando transcurrió más de un año desde que fuera requerida la rectificación correspondiente, imposibilitado el uso de la tarjeta de crédito y trastocado todo su funcionamiento comercial y crediticio. (5)

Para el supuesto de robo de la tarjeta de crédito debe el titular y/o usuarios adicionales comunicar el hecho a la entidad reguladora (en términos más habituales, a la administradora del sistema, es decir en el caso a Mastercard y Visa). Desde tal perspectiva conceptual, el argumento del banco según el cual no le fue comunicada la denuncia del hecho delictivo carece de virtualidad para receptar su agravio. Es que, detentaba aquél una posición negocial privilegiada, pues reunía toda la información que se generaba en punto a los movimientos bancarios ejecutados por el actor en todos los servicios del "paquete" contratado (caja de ahorro, cuenta corriente, tarjeta de crédito, entre otros). En tal orden de ideas y de acuerdo a las facultades que ostentaba la entidad bancaria, así como realizó el débito en la cuenta corriente -frente a la falta de pago de la tarjeta-, debió revertirlo de inmediato generando el crédito respectivo cuando al mes siguiente las opera-

(6) Rodríguez Armando c/ Banco de Galicia y Buenos Aires S.A. y otro s/ sumarísimo incidente de apelación, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala E, del 22-oct-2004

ciones objeto de impugnación y sujetas a investigación por las administradoras se neutralizaron. Tal era la conducta exigible al Banco demandado. Y ello no solo en virtud de aquella cláusula inserta en el contrato de tarjeta de crédito que le imponía aceptar aquello que informare o decidiera la entidad reguladora, sino, además, por consecuencia de la privilegiada posición en que se encontraba. (8)

5. Entidad emisora reconoce consumos no efectuados por el usuario pero niega responsabilidad

En este caso, la entidad emisora, o sea el banco, tuvo una actitud dubitativa y errática, que configura indudablemente una negligencia pasible de responsabilidad, ya que por un lado reconoció que los consumos fueron efectuados por un poseedor de mala fe, y que no fueron realizados por el usuario legítimo, sin embargo luego de ese reconocimiento, no acepto hacerse cargo del pago de los mismos, lo que obligo al cliente a hincar el juicio por responsabilidad.

Indudablemente, los actos de la entidad resultan contrarios a la buena praxis, su reconocimiento previo y su negativa posterior no sólo va en contra de la buena fe que debe existir, sino que violenta la normativa vigente respecto de los derechos del consumidor.

Por ello, resulta sumamente importante y la comparto plenamente la sentencia recaída en este caso.

Puesto que, a pesar de lo acotado en el contrato de adhesión, en ningún momento el banco accionado opuso como argumento absolutorio de su responsabilidad que el actor debía hacerse cargo de los gastos hechos con su tarjeta hasta el momento de la denuncia de robo, sino que tuvo una conducta permeable a reconocer todos los gastos no efectuados por aquél, cabe concluir que su posterior negativa de hacerse cargo de los consumos reconocidamente no efectuados por el demandante por el hecho de ser anteriores a la denuncia, resulta contraria a la doctrina de los propios actos y al principio de buena fe; máxime tratándose de un comerciante profesional especializado en su negocio, que tiene el deber de obrar con la mayor prudencia en la gestión de su operatoria. 2- La negativa del banco accionado de hacerse cargo de los consumos reconocidamente no efectuados por el demandante por el hecho de ser anteriores a la denuncia de robo de su tarjeta, resulta inadmisibles, no sólo porque contraría su anterior conducta permeable a reconocer todos los gastos no efectuados por aquél, sino porque mediante su publicidad, dicha entidad hizo entrever que no era un problema que debiera asumir el cliente si se perdía su tarjeta o si era hurtada, lo que debe tenerse incorporado al contrato, de acuerdo con la ley de defensa del consumidor (art. 8º, ley 24.240)" (7)

Nulidad de la cláusula que dispone que el usuario responderá hasta la Cero hora del día que denuncia el extravío.

Ya hemos comentado sobre esta cláusula, y nuestra opinión en contra de la misma, y lo fundamentos. La jurisprudencia se ha expedido sobre dicha nulidad hace ya décadas aunque dicha cláusula se continúa utilizando.

(7) Cottiz, Pedro Armando y otro c. Banco del Buen Ayre S.A. s/ ordinario, Tribunal: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala: A, del 17-sep-2004

La cláusula de un contrato de tarjeta de crédito que establece que el usuario reconoce que será responsable por todos los gastos que se realicen mediante el uso de las tarjetas extraviadas o robadas hasta las cero horas del día que formalice la correspondiente denuncia ante la sociedad emisora, resulta abusiva y debe tenerse por no convenida, ya que la misma, desnaturaliza la naturaleza de la obligación emergente del seguro contratado para proteger, precisamente, al usuario de los gastos efectuados con la tarjeta robada o perdida. (9)

V.- CONCLUSIÓN:

Como conclusión al análisis jurisprudencial efectuado, indudablemente en un camino en el cual queda mucho para avanzar y colocarnos a la altura de los países desarrollados, se ha ido mejorando mucho, tanto en el aspecto legislativo con la ley de consumidor, la sanción del nuevo Código Civil y Comercial unificado, las nuevas normativas del B.C.R.A., el Código de Practicas Bancaria y el evidente avance de la jurisprudencia, tanto nacional como provincial.

En consecuencia, sostengo que la entidad bancaria, la emisora de la tarjeta de crédito y en algunos casos especiales, el comercio en donde se realizó la venta, pueden resultar solidariamente responsables, cuando han actuado con negligencia ante la denuncia en legal término por parte del usuario de la denuncia por pérdida o hurto de la tarjeta de crédito.

(8) Fedunkiwi, Andres Gabriel C/ Banco Itaú Buen Ayre Sa S/ Ordinario.. C.A.C.C. Sala: F.

(9) Valentini, Patricia E. c. Banca Nazionale del Lavoro s/ acción de amparo. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, Sala II, del 30-dic-1999

Nº 22:

CONTRATO DE SERVICIOS EDUCATIVOS

Autor: Marta Beatriz MORALLI

*Instituto de Derecho Comercial Colegio de Abogados de Lomas de Zamora
"Dr. Angel Mauricio Mazzetti"*

Las normas sobre defensa del consumidor que se añaden a través del Código Civil y Comercial de la Nación, en especial a los Contratos de Consumo y por Adhesión entre Instituciones Educativas Privadas y sus estudiantes consumidores, se complementan con las normas específicas en materia educativa, ponderando siempre la solución más favorable al consumidor

Frente a la realidad económica que vive el país, y los constantes conflictos docentes, cada vez más familias se han volcado a la educación privada.

No puede escapar al análisis que cada vez surgen más establecimientos que brindan servicios educativos en forma privada, atento la alta demanda de vacantes.

También es dable considerar que la mayoría de las nuevas instituciones carecen de subvención estatal y en la mayoría de los casos, estas instituciones suelen fijar cuotas antojadizas, que no tienen justificación legal alguna en sus incrementos o, al menos, no en la totalidad del mismo, y ya empezado el ciclo lectivo, quita la posibilidad de cambiar a los educandos de colegio.

Es por ello que, en mayor o menor medida el incremento en el valor de la cuota suele ser materia de conflicto.

Antes de adentrarme a tratar el tema de los aumentos es dable destacar que dentro de las principales reformas introducidas por el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN), en materia de contratos de consumo podemos destacar las que resultarían aplicables a los contratos educativos, en especial las que refieren a:

Cuota: (art. 1.100 CCCN). Donde en síntesis se puede adaptar a cualquier Institución privada que ofrezca servicios educativos pudiendo ser catalogados como nulos sino son debidamente realizados conforme a la nor-

mativa que se detalla a continuación y sino son adecuadamente notificados a los estudiantes, sus padres o representantes. La información debe contener en forma detallada: Aumento de Cuotas, inscripciones, matrículas, cuotas adicionales, extraordinarias, materiales, derechos de examen, diplomas, certificados, o cualquier costo que sea impuesto como obligatorio.

Asimismo, por aplicación del art. 1.096 CCCN, las cuotas o cualquier deuda que tenga el responsable del pago, solo puede ser cobrada mediante las vías legales, nunca mediante la retención de documentación (título, certificados analíticos), del alumno, prohibición de rendir o cursar o promocionar o cualquier otra intimidación que pueda impedir u obstaculizar al estudiante en su educación.

Respecto del plazo de prescripción de las deudas, frente al conflicto que existía entre el art. 4.035 del Código Civil derogado (que preveía un plazo de prescripción anual) y la ley de defensa del consumidor (cuyo plazo previsto es de 3 años) en varios precedentes se resolvió aplicar el plazo más breve por ser la más favorable al consumidor o usuario, “Instituto Santa Ana S.A. C/ A.J.F. y Otro” Cámara Cuarta de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba que también ratificó que la prescripción debe computarse desde el vencimiento de cada cuota y no a partir del día posterior a la última jornada del año lectivo cursado.

Actualmente, siguiendo esa tesitura el nuevo CCCN prevé un plazo de prescripción legal de 2 años. (Art. 2.562 CCCN).

Trato digno: El establecimiento escolar se debe abstenerse de realizar prácticas intimidatorias, discriminatorias, conductas abusivas e intempestivas o cualquier acto que restrinja la admisión, el cursado regular, produzca daños psíquicos y/o físicos a los alumnos. (art. 1.097 CCCN).

Publicidad Engañosa: Los ofrecimientos “publicitados” del Establecimiento (sobre todo en la publicidad para el ingreso), que se tiene por incluida en el contrato educativo desde el inicio hasta su finalización. (Arts. 1.101 y 1.103 CCCN) obligan al establecimiento y generan responsabilidad.

Centrándonos en el tema del aumento de la cuota escolar de los colegios privados podemos decir que, provoca una clara violación a los derechos y leyes que protegen a los usuarios y consumidores de dichos servicios.

Teniendo en cuenta que el decreto nacional 2417/93 establece es su Art. 7º que “antes del 31 de octubre de cada año, los colegios deberán presentar a la SECRETARÍA DE COMERCIO E INVERSIONES una copia del contrato de enseñanza mencionado en el artículo 6º. Los establecimientos educativos, bajo declaración jurada, deberán acreditar que el contrato educativo cuenta con la conformidad de la mayoría de los padres o responsables de los alumnos que concurran al establecimiento. En el caso de no tener la conformidad requerida se deberán mantener los valores correspondientes al 30 de noviembre del año anterior”, se fortalece la posición de los consumidores quienes en su conjunto pueden torcer aumentos injustificados, desproporcionados o alejados de la realidad económica.

Asimismo, haciendo aplicación de este mismo artículo, tampoco corresponde el ítem “ a cuenta

de futuros aumentos” pues la ley es clara al establecer que al comienzo del ciclo lectivo, los establecimientos deben cobrar el arancel informado antes del 31 de octubre del año anterior. Deben informar sobre el monto de las cuotas, las que serán iguales e inamovibles durante todo el año lectivo.

Cualquier violación a este precepto resulta reprochada por las disposiciones consumeriles y reforzadas por el art. 1100 del CCCN.

No solo se encuentran expresamente prohibidos los aumentos a cuenta de futuros aumentos a docentes sino también el traslado de dicho aumento a la cuota cuando este supere la participación del CINCUENTA POR CIENTO (50%) respecto a la cuota del establecimiento.

El aumento pretendido por los establecimientos privados en los últimos años, no solo traslada el total del aumento docente a las cuotas, sino que además excede el porcentaje de los mismos.

Es por todo esto, que dichos abusos configuran una infracción a la Ley de Defensa al Consumidor 24.240, por los daños causados por su servicio (art. 5) dado su incumplimiento con el contrato en los términos, plazos, condiciones, modalidades, reservas y demás circunstancias conforme a las cuales hayan sido ofrecidos, publicitados o convenidos. (arts. 8, 10 bis y 29), la información adecuada (art. 4), el trato digno (art. 8 bis), cumplimiento de reclamos (30 bis y 31) y tratar de imponer cláusulas abusivas realizadas en contratos formularios (arts. 37, 38 y 39), y Decreto 2417/93.

En este orden de ideas, las situaciones más comunes son:

Aumentos de Cuota, No Informada:

- **Colegios con subvención estatal:** Al comienzo del ciclo lectivo, estos establecimientos deben cobrar el arancel informado antes del 31 de octubre del año anterior.
- **Colegios sin subvención estatal:** Al comienzo del ciclo lectivo, estos establecimientos deben cobrar el arancel informado antes del 1º de octubre del año anterior. Deben informar sobre el monto de las cuotas, iguales e inamovibles.

Aumentos de cuota Prohibidos:

- **Aumentos a cuenta de futuros aumentos a docentes** o cuyo traslado a la cuota supere la participación del CINCUENTA POR CIENTO (50%) respecto a la cuota del establecimiento. Este porcentaje será de SESENTA POR CIENTO (60%) para los establecimientos comprendidos en el Decreto Nº 2542/91 (**con subvención estatal**) y del SETENTA POR CIENTO (70%) para las escuelas de Educación Especial. Por incumplimiento de las normas del presente régimen se hayan percibido importes en exceso, los mismos deberán devolverse o acreditarse a favor de los padres o responsables de los alumnos.
- Fijación de **cuotas escalonadas;** (el decreto 2417/93 así lo determina).

- Se viola el deber de información si en octubre, no informan el precio final de la cuota, (le aplican a un porcentaje anual distintos adicionales, pero no informan la cuota a abonar) el decreto dice que deben informar sobre el monto de las cuotas, iguales e inamovibles.
- Aumentos de cuotas por brindar otras prestaciones.
- Reducción de los servicios que brinda el establecimiento sin reducir la cuota.
- Reducción de la carga horaria de los servicios que el colegio se ha comprometido sin reducir la cuota correspondiente.
- Cobro de prestaciones que no brinda.
- Cobro de otros ítems.
- Errores en la facturación.

Aumentos de Cuota Permitidos:

- **Colegios con subvención estatal:** Los que expresamente hayan sido autorizados a trasladar aumentos salariales al valor de las cuotas.
- **Colegios sin subvención estatal:** En el caso de los establecimientos que no cuentan con aporte estatal, las variaciones en las cuotas se encuentran reguladas por el Decreto Nacional N° 2417/93 y el órgano de control es Secretaría de Comercio Interior.

Decreto 2417/93

INSTITUTOS DE ENSEÑANZA COMPRENDIDOS EN EL DECRETO N° 2542/91

Artículo 1º: Los institutos privados comprendidos en el decreto N° 2542/91, cualquiera sea su jurisdicción, deberán informar fehacientemente por escrito a los padres o responsables de los alumnos, antes del 31 de octubre de cada año y para el período lectivo siguiente, los puntos que a continuación se indican:

- Importe de la matrícula de inscripción o reinscripción, en el caso que la hubiese, y condiciones de reintegro de la misma en el caso de arrepentimiento;
- Cantidad de cuotas totales por servicios educativos, que se percibirán únicamente durante el año lectivo, con discriminación de conceptos, con arreglo a lo previsto en el último párrafo del artículo 22 de la Ley N° 13.047;
- Monto de cada una de las cuotas, que serán mensuales, iguales y consecutivas;

d. Forma y plazo de pago, y determinación de los recargos a aplicar en caso de mora.

Artículo 2º: Antes del 30 de noviembre de cada año deberán presentar los elementos mencionados en el artículo anterior a la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE ENSEÑANZA PRIVADA DEL MINISTERIO DE CULTURA Y EDUCACIÓN o al organismo correspondiente de la jurisdicción a la que el establecimiento pertenezca y a la SECRETARÍA DE COMERCIOS E INVERSIONES del MINISTERIO DE ECONOMÍA Y OBRAS Y SERVICIOS PÚBLICOS.

Artículo 3º: Los establecimientos de educación pública de gestión privada comprendidos en el Decreto N° 2542/91, para percibir cuotas extraordinarias o para realizar cualquier modificación en el valor de los aranceles percibidos al 30 de noviembre de 1993, excepto lo previsto en el artículo 9º del presente decreto, deberán contar con la autorización del MINISTERIO DE CULTURA Y EDUCACIÓN a través de la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE ENSEÑANZA PRIVADA, o del organismo correspondiente de la de la jurisdicción a la que el establecimiento pertenezca y de la SECRETARÍA DE COMERCIO E INVERSIONES del MINISTERIO DE ECONOMÍA, OBRAS Y SERVICIOS PÚBLICOS. Para percibir aranceles por enseñanza extra programática, deberán contar solamente con autorización del MINISTERIO DE CULTURA Y EDUCACIÓN a través de la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE ENSEÑANZA PRIVADA o del organismo correspondiente a la jurisdicción a la que el establecimiento perteneciera.

Artículo 4º: A los establecimientos comprendidos en el régimen del Decreto N° 2542/91, que percibieren valores superiores a los que correspondan, se les suspenderá el aporte de la contribución estatal hasta el efectivo cumplimiento de la obligación dispuesta en el presente decreto. La medida será dispuesta por el MINISTERIO DE CULTURA Y EDUCACIÓN a través de la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE ENSEÑANZA PRIVADA, o del organismo correspondiente a la jurisdicción a la que el establecimiento perteneciera.

CAPITULO II

INSTITUTOS PRIVADOS NO COMPRENDIDOS EN EL DECRETO N° 2542/91

Artículo 5º: Para el ciclo lectivo 1994, antes del 31 de octubre de 1993, los establecimientos de enseñanza pública de gestión privada no comprendidos en el Decreto N° 2542/91 deberán presentar los elementos mencionados en el artículo 1º a la SECRETARÍA DE COMERCIO E INVERSIONES del MINISTERIO DE ECONOMÍA, OBRAS Y SERVICIOS PÚBLICOS, debiendo contar con la conformidad individual y expresa de la mayoría de los padres o responsables de alumnos que concurran al establecimiento, con aranceles a percibir. En el caso de no tener la conformidad requerida, que se acreditará por medio de una declaración jurada de los responsables de los establecimientos educativos, deberán mantenerse los valores correspondientes al 30 de noviembre del año anterior

Artículo 6º: A partir del ciclo lectivo 1995, los establecimientos de enseñanza pública de gestión privada no comprendidos en el Decreto N° 2542/91, informarán a los padres o responsables de los alumnos antes del 1º de octubre de cada año el contenido del contrato de enseñanza que regirá el ciclo lectivo para el cual se anuncia y que deberá contener como mínimo lo requerido en el artículo 1º.

Artículo 7º: Asimismo, antes del 31 de octubre de cada año, los colegios deberán presentar a la SECRETARÍA DE COMERCIO E INVERSIONES una copia del contrato de enseñanza mencionado en el artículo 6º. Los establecimientos educativos, bajo declaración jurada, deberán acreditar que el contrato educativo cuenta con la conformidad de la mayoría de los padres o responsables de los alumnos que concurran al establecimiento. En el caso, de no tener la conformidad requerida se deberán mantener los valores correspondientes al 30 de noviembre del año anterior.

CAPITULO III

NORMAS GENERALES

Artículo 8º: El monto de los aranceles no podrá ser modificado durante el transcurso del año lectivo para el cual fue anunciado, y permanecerá invariable hasta su conclusión, con excepción de los previsto en el artículo 9º y de las reducciones que el establecimiento pueda poner.

Artículo 9º: Los establecimientos de enseñanza pública de gestión privada podrán prorratear entre los matriculados, en forma proporcional a los aranceles que abonen mensualmente, los incrementos salariales que se vean obligados a otorgar a su personal docente en cumplimiento del artículo 174 de la Ley N° 14473 o su equivalente en la jurisdicción a que el establecimiento pertenezca. A los efectos previstos en este artículo, se presume, salvo prueba en contrario, que el costo laboral tendrá una participación del CINCUENTA POR CIENTO (50%) respecto a la cuota del establecimiento. Este porcentaje será de SESENTA POR CIENTO (60%) para los establecimientos comprendidos en el Decreto N° 2542/91 y del SETENTA POR CIENTO (70%) para las escuelas de Educación Especial.

Artículo 10º: En caso de incumplimiento de lo establecido en los artículos 5º, 6º, 8º y 9º del presente decreto, los interesados deberán recurrir a la SECRETARÍA DE COMERCIO E INVERSIONES del MINISTERIO DE ECONOMÍA, OBRAS Y SERVICIOS PÚBLICOS, que será competente para requerir los elementos de juicio e informaciones que fueren necesarias, pudiendo compulsar incluso la documentación contable de los establecimientos y requerir el auxilio de la SECRETARÍA DE INGRESOS PÚBLICOS del MINISTERIO DE ECONOMÍA Y OBRAS Y SERVICIOS PÚBLICOS.

Artículo 11º: Cuando por incumplimiento de las normas del presente régimen se hayan percibido importes en exceso, los mismos deberán devolverse o acreditarse a favor de los padres o responsables de los alumnos.

Artículo 12º: Las informaciones que se presenten en cumplimiento de lo establecido en el presente, lo serán con el carácter de declaración jurada.

Artículo 13º: La SECRETARÍA DE COMERCIO E INVERSIONES del MINISTERIO DE ECONOMÍA Y OBRAS Y SERVICIOS PÚBLICOS, actuará como Autoridad de Aplicación del presente, resolverá la interpretación que corresponda en cada caso y dictará las normas reglamentarias, aclaratorias y complementarias que correspondiere.

Artículo 14º: La Dirección Nacional de Comercio Interior de la SECRETARÍA DE COMERCIO E INVERSIONES del MINISTERIO DE ECONOMÍA Y OBRAS Y SERVICIOS PÚBLICOS y la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE ENSEÑANZA PRIVADA del MINISTERIO DE CULTURA Y EDUCACIÓN o los organismos correspondientes de Comercio Interior y Educación Privada de las jurisdicciones a las que pertenezcan los establecimientos otorgarán en forma conjunta la autorización a que se refiere el artículo 9º del Decreto N° 2542/91.

Artículo 15º: El presente decreto entrará en vigencia el día de su publicación en el Boletín Oficial.

Artículo 16º: Los establecimientos de enseñanza pública de gestión privada deberán exhibir en sus instalaciones, en un lugar destacado y visible, copia del presente.

Artículo 17º: Derógase el Decreto 365 del 5 de marzo de 1993.

Artículo 18º: Comuníquese, publíquese, dése a la Dirección Nacional del Registro Oficial y archívese.

Nº 23:
**ADECUADA INTERPRETACIÓN DEL BENEFICIO DE JUSTICIA GRATUITA EN LAS
 ACCIONES COLECTIVAS DE CONSUMO**

Autor: Gabriela Fernanda BOQUIN

Colegio de Abogados de San Martín.

El beneficio de justicia gratuita del art. 55 de la ley 24.240 debe alcanzar a las costas y costes del proceso configurando el mecanismo procesal particular elegido por el legislador para asegurar el acceso a la jurisdicción en condiciones de igualdad

A pesar de los años que lleva vigente el instituto aún nos encontramos debatiendo si “beneficio de justicia gratuita” es equivalente a “beneficio de litigar sin gastos”, ello a pesar que como consecuencia de lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente “Unión de Usuarios y Consumidores y Otros c/ Nuevo Banco de Entre Ríos S.A. s/ ordinario” (expte U. 10. XLIX., 30.12.2014) toda desavenencia interpretativa debería considerarse superada.

El Máximo Tribunal ya se ha pronunciado sobre el alcance del instituto considerándolo comprensivo de todos los gastos que se produjeren en el proceso, y los tribunales inferiores deberían adecuar sus decisiones a ese pronunciamiento que es coincidente con la letra expresa de la ley, pues lo que en definitiva se encuentra en juego es la continuidad de las acciones, el aliento o impulso a iniciarlas, la concreción de la posibilidad de un acceso a la justicia real.

Es más, el caso expuesto no fue el único pronunciamiento de la Corte, ya que en autos “Unión de Usuarios y Consumidores y Otros c/ Banca Nazionale del Lavoro S.A. s/ Sumarísimo” (Expte. U. 66. XLVI, sentencia del 11.10.2011), se rechazó un recurso extraordinario interpuesto por la actora por resultar inadmisibles (art. 280 C.Pr.), pero destacando que no correspondía imponerle costas en virtud de lo dispuesto por el art. 55 de la ley 24.240. Recientemente el Máximo Tribunal dictó el precedente “Consumidores Financieros Asociación Civil p/ su defensa c/ Nación Seguros SA s/ Ordinario” (Com 39060/2011/1/RH1 sentencia del día 24.11.2015) allí se indicó que la asociación actora no debía abonar el depósito previsto por el art. 286 del CPCCN, y agregó que al prever el beneficio de justicia gratuita, el legislador pretendió establecer un mecanismo eficaz para la protección de los consumidores, evitando que obstáculos de índole económica pudieran comprometer su acceso a la justicia y, en consecuencia, privarlos de la efectiva tutela de los derechos consagrados en el texto constitucional. Una interpretación que pretenda restringir los alcances del precepto no solo desconocería la pauta interpretativa que desaconseja distinguir allí donde la ley no distingue, sino que conspiraría contra la efectiva concreción de las garantías constitucionales.

En los procesos fundados en la ley de defensa del consumidor, existe un grave riesgo de que se favorezcan situaciones de abuso de posición dominante quien siempre contará con más y mejores recursos económicos para afrontar el proceso.

Los consumidores y usuarios cuentan con una debilidad estructural de tipo cognoscitiva, informativa, económica, de negociación, que debe ser superada dentro de un proceso judicial que tenga como objeto el resguardo de sus derechos, a fin de que aquellos, en base al principio de la tutela judicial efectiva, logren obtener una decisión emitida por un magistrado. Concebir en forma restrictiva el beneficio de gratuidad consagrado legalmente no destierra la debilidad referida y provoca la transgresión del derecho de acceso a la jurisdicción y de la igualdad ante la ley, lo que implica hechos de gravedad institucional pues según la interpretación adecuada o no del art. 55 LDC se debilita, restringe y hasta anula la posibilidad de realizar reclamos en defensa de los más débiles pues el colectivo representado por una asociación actora es afectado en la medida que se le niegue un beneficio que la ley le acuerda para compensar la desigualdad que el mercado lo coloca.

La ley 24.240 al reconocer legitimación a las asociaciones de consumidores no sólo respeta un mandato constitucional, sino que aprecia que los reclamos individuales pueden demandar tiempo y esfuerzo que el posible actor individual no puede siempre afrontar por sí solo. En efecto, comprar un bien o contratar un servicio es fácil, pero reclamar a un proveedor cuando media abuso es muy costoso, no sólo en materia de costo dinerario, sino en cuanto al tiempo que ello demanda y la imposibilidad de dejar las obligaciones personales para reclamar ante un vendedor o prestador de servicios. Por ello, existen las acciones colectivas con el beneficio de justicia gratuita para intentar balancear la desigualdad que existe en el mercado y permitir que un sujeto, como es la asociación de consumidores, que sin beneficio alguno respecto del resultado final del reclamo, asuma la representatividad de un elenco colectivo

El criterio más restrictivo considera que el beneficio de justicia gratuita normado por el art. 55 de la ley 24.240 está limitado al pago de la tasa de justicia, apartándose del derecho vigente teniendo en cuenta las distintas interpretaciones que pueden hacerse de la norma:

a) Interpretación literal.

La doctrina de la Corte que señala que, cuando una norma es clara y no exige mayor esfuerzo interpretativo, no cabe sino su directa aplicación (arg. Fallos: 308:1745; 320:2145; 324:3345) y que es adecuado, en principio, dar a las palabras de la ley el significado que tienen en el lenguaje común (arg. Fallos 302:429; 324:3345) o bien el sentido más obvio al entendimiento común (arg. Fallos: 320:2649; 324: 3345).

El art. 55 segundo párrafo de la ley 24.240 establece que las acciones judiciales iniciadas en defensa de intereses de incidencia colectiva cuentan con el beneficio de justicia gratuita. Las palabras que utiliza la norma son “beneficio”, “justicia” y “gratuita”. El significado de estos léxicos es claro y no exige mayor esfuerzo interpretativo no existiendo dudas de que la ley ha conferido, frente a la promoción de acciones en defensa de intereses de incidencia colectiva, el derecho de tramitar el juicio gratis, sin costos ni costas a su cargo. Una interpretación distinta a lo que claramente sus palabras indican, equivaldría a la prescindir de su texto, sin debate ni declaración de inconstitucionalidad o ilegalidad.

b. Interpretación conforme la *ratio legis*.

Tiene dicho la Corte que cuando la letra de la ley, como primera fuente de su exégesis, no define la cuestión, resulta adecuado interpretar la norma en concordancia con el contexto general y los fines que la informan (Fallos: 285:322; 322:1699). Cabe analizar pues cuál ha sido la finalidad de la creación del microsistema tuitivo del consumidor y/o usuario consagrado por nuestro ordenamiento jurídico. Se advierten dos objetivos: por un lado la protección del consumidor y/o el usuario de bienes y servicios, y por el otro la regulación del mercado económico.

Concretamente, el beneficio de justicia gratuita tiene como fin contrarrestar el grave riesgo que existe, en los procesos iniciados en protección del consumidor y usuario, de que se favorezcan situaciones de abuso de posición dominante, posibilitando el acceso irrestricto a la jurisdicción. La finalidad de la norma consiste en facilitar el acceso a la justicia de los consumidores individualmente y de los integrantes del colectivo representado por las asociaciones de consumidores. A tal fin, el art. 55 LDC establece el beneficio de justicia gratuita lo cual, teniendo en cuenta, no sólo su interpretación literal, sino su finalidad, no puede sino entenderse como otorgamiento automático de beneficio de litigar sin gastos.

c. Interpretación sistemática.

Es válido apartarse de las palabras de la ley cuando su interpretación sistemática así lo exige, lo cual no ocurre en el caso del art. 55 LDC. La Corte ha puesto de relieve que la Constitución Nacional y el ordenamiento jurídico deben ser examinados como un todo coherente y armónico en el cual cada precepto recibe y confiere su inteligencia de y para los demás. Esa interpretación debe tener en cuenta, además de la letra, la finalidad perseguida y la dinámica de la realidad (Fallos: 320: 875 consid. 15). La interpretación de las leyes debe hacerse siempre evitando darles un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, destruyendo las unas por las otras, y adoptando como verdadero el que concilie y deje a todas con valor y efecto (310:195; 312:1614; 323:2117). Por ende quienes se apartan de las palabras de la ley, pues la interpretación sistemática de la norma conduce al mismo resultado que la interpretación literal, lo hacen contra legem. En efecto, si se analiza el sentido del art. 55 de la LDC en forma coherente con el texto legal que lo contiene (LDC) y a esta con el resto del ordenamiento jurídico, hallamos que el beneficio de justicia gratuita no solo está previsto para las acciones colectivas, como el presente caso, sino también para las que se inicien representando un derecho o interés individual (art. 53, ley 24.240).

La parte final del art. 53 de la Ley 24.240 establece que las actuaciones judiciales individuales que se inicien en razón de un derecho o un interés individual gozarán del beneficio de justicia gratuita, facultando a la parte demandada a que mediante la interposición de un incidente acredite la solvencia económica del consumidor a fin de desvirtuar dicho franquicia.

Al respecto cabe preguntarse: ¿Cuál sería el interés del accionado en interponer y tramitar, con todo lo que eso implica, un incidente de solvencia? Sólo tiene sentido que se otorgue al demandado la posibilidad de demostrar la solvencia del actor si el consumidor está eximido en forma automática del pago de todas las costas del juicio. Si se entendiera que el beneficio de justicia gratuita sólo alcanza al pago de la tasa de justicia, ningún interés tendría el demandado en demostrar la solvencia del actor. En todo caso, el interesado sería el Fisco Nacional. En efecto, el interés de la parte en demostrar cierta capacidad económi-

ca de su contraria obedece a obtener la satisfacción de los emolumentos profesionales y demás gastos causídicos, y no de tributos y sellados de los que no resultaría beneficiaria, toda vez que el destinatario de estas últimas percepciones resulta ser un sujeto distinto al que reclama la solvencia.

Una interpretación integradora del art. 55 con el art. 53 de la LDC, sólo puede conducir a la conclusión de que el beneficio de justicia gratuita comprende todos los gastos del proceso y no solo el pago de la tasa de justicia.

Cuando a costas nos referimos debe aclararse que en el caso de las acciones colectivas, son procesos en los cuales el actor –la asociación de consumidores- no recibirá beneficio alguno en caso de prosperar la demanda, sino que el beneficio será para los integrantes del colectivo en representación del cual se ha iniciado la acción.

Tal como afirmó Junyent Bas, no interesa en rigor la solvencia o insolvencia de la asociación de consumidores, sino que se presume que las acciones iniciadas por estas entidades, que tienen una finalidad tuitiva del consumidor, contienen un reclamo serio y, por eso, merecen el beneficio otorgado (Junyent Bas, Francisco y Flores, Fernando “La tutela constitucional del beneficio de gratuidad contenida en el art. 53, LDC, Semanario Jurídico N° 1801, Tomo 103, año 2011–A-445).

Los detractores del instituto consideran que ***no parece adecuado otorgar a la gratuidad mayores alcances que los contemplados en el ámbito laboral, señalando que semejante solución afectaría la garantía de igualdad ante la ley.***

Este falaz argumento cae cuando se compara específicamente la finalidad que ha tenido en miras el legislador al regular el beneficio de gratuidad en el ámbito laboral y en el derecho de consumo.

En primer término, el punto de contacto más importante entre ambos cuerpos normativos es, sin lugar a dudas, la garantía de acceso a la justicia.

En el derecho del trabajo con el objetivo de generar la igualdad de partes, ha receptado décadas atrás el principio de gratuidad para el operario. El texto del art. 20 de la Ley de Contrato de Trabajo establece que: “*El trabajador o sus derecho-habientes gozarán del beneficio de la gratuidad (...). Su vivienda no podrá ser afectada al pago de las costas en caso alguno. En cuanto de los antecedentes del proceso resultase pluspetición inexcusable, las costas deberán ser soportadas solidariamente entre la parte y el profesional actuante*”.

Se puede observar que, a diferencia de lo que acontece en la ley de Defensa del Consumidor, aquí sí el legislador previó expresamente la imposición de costas al trabajador vencido, excluyendo de la afectación al pago de éstas, a su propia vivienda.

Además, mientras que al trabajador se le otorga en forma automática el beneficio de gratuidad *iure et de iure*, se protege en forma expresa la inejecutabilidad su vivienda y además se lo habilita a solicitar adicionalmente el beneficio de litigar sin gastos, al consumidor se le otorga el beneficio de gratuidad como presunción *iuris tantum* y no está facultado a requerir el otorgamiento adicional del beneficio de litigar sin gas-

tos, lo cual podría resultar en el posible desapoderamiento de su vivienda ante la incapacidad de solventar las costas del juicio.

La propia norma laboral “subsana” la diferente implementación del beneficio de gratuidad en ambos sectores jurisdiccionales, al otorgarle en subsidio al trabajador el beneficio de litigar sin gastos y eximirlo en su caso del pago de las costas. Mientras que un consumidor sin beneficio de gratuidad queda absolutamente expuesto y desprotegido.

Es que como se ha expresado a lo largo del presente existen irrefutables razones de orden público, acceso a la justicia, control de mercado y de poderes fácticos, afectación de grupos postergados y fuerte interés estatal en su protección que justifican sobradamente la decisión de política legislativa de establecer un beneficio de justicia gratuita amplio a favor de los usuarios y consumidores que promueven casos individuales, y de las asociaciones que promueven casos de incidencia colectiva.

Asimismo, y en línea con el principio de progresividad y no regresividad del derecho, no debería cuestionarse la garantía del beneficio de gratuita como un trato desigual (y, por ello, ilegítimo) sino, en todo caso, preguntarse por qué no puede concederse con el mismo alcance en el ámbito de ambos procesos, en concordancia con la consideración de que tales actores jurisdiccionales no son más que el mismo individuo tutelado en sus dos ámbitos de desarrollo económico.

Otros detractores del art. 55 LDC consideran que la interpretación amplia aumentará la litigiosidad, pero para contrarestar tal argumento cabe señalar que el ejercicio de acciones en resguardo de los derechos del consumidor incidirá en el mercado y podrá incluso tener una función preventiva para que los proveedores adopten recaudos protectores.

En cuando a la eventualidad de que se inicien acciones sin la menor probabilidad de éxito, corresponde indicar que la afirmación de que la franquicia en cuestión funciona como un *bill de indemnidad* significaría descreer de nuestro sistema judicial y por ende de quienes imparten justicia, en el sentido que considerarían que estos no pueden advertir cuándo alguien está litigando de buena fe, y cuando lo está haciendo en contraposición a dicho principio.

Tal como así se ha expuesto, no se duda que el otorgamiento de un beneficio de justicia gratuita con carácter amplio (esto es, similar al beneficio de litigar sin gastos) puede derivar en usos temerarios e irresponsables por parte de los operadores, pero sería un grave error utilizar este argumento para conceder al art. 55 de la LDC un alcance restrictivo. Debe considerarse al analizar este tema el principio *in dubio pro consumidor* que se encuentra plasmado en el artículo 3 de la ley 24.240. Se trata de una regla interpretativa en caso de conflicto o ausencia de normas. Asimismo este principio hermenéutico encuentra también su anclaje en el artículo 37 del cuerpo legal citado respecto de la interpretación de los contratos de consumo. Ante la ausencia de certeza debe formularse el encuadro normativo que beneficie al consumidor. Es por ello que el juzgador en el caso de duda, debe estar siempre a la posición más favorable al débil jurídico.

**Nº 24:
RESPONSABILIDAD EN LOS TÍTULOS VALORES:
CONTRADICCIÓN DE LOS ARTS. 1826 Y 1846 CC y CN.**

Autor: Osvaldo E. PISANI

Colegio de Abogados de San Isidro.

Deben ser armonizados, por ser actualmente contradictorios los arts. 1826 y 1846 CC y CN en cuanto a la responsabilidad en materia de títulos valores "atípicos" pues mientras el primero de ellos sienta como principio general, solo la responsabilidad de los creadores del título, liberando a los restantes, el art. 1846 también como principio responsabiliza al endosante.

Recordamos que estos artículos, solo se aplican a los títulos valores de libre creación, permitida por el art. 1820 CC y C, a los cuales denominamos "atípicos" por oposición a los típicos (v. g. cheque, pagaré etc) que en cuanto a la responsabilidad se regulan por su ley específica.

ANTECEDENTES:

En el mismo Capítulo regulatorio de los Títulos Valores del Código Civil y Comercial de la Nación, en cuanto a la extensión de responsabilidad por la intervención en los títulos valores, textualmente dicen los siguientes artículos:

Artículo 1826.- Responsabilidad. Excepto cláusula expresa en el título valor o en uno de sus actos de transmisión o garantía, están solidariamente obligados al pago los creadores del título valor, pero no los demás intervinientes.

Las obligaciones resultantes de un título valor pueden ser garantizadas por todas las garantías que sean compatibles. Las garantías otorgadas en el texto del documento o que surgen de la inscripción del artículo 1850, son invocables por todos los titulares y, si no hay disposición expresa en contrario, se consideran solidarias con las de los otros obligados.(sic)

Luego dice el:

Artículo 1846.- Responsabilidad. Excepto cláusula expresa, el endosante responde por el cumplimiento de la obligación incorporada.

En cualquier caso, el endosante puede excluir total o parcialmente su responsabilidad mediante cláusula expresa.

NUESTRO COMENTARIO:

Como se observa de una simple lectura, la contradicción en los dos artículos referidos no puede ser mas opuesta y no tiene, a nuestro entender mas explicación que la de un error material por falta de lectura o razonamiento, pues todo tipo de interpretación que se intente, tratando de armonizar ambos artículos la entendemos imposible, pues mientras el art. 1826 CC y C se ocupa como principio general, incluyendo las transmisiones, en responsabilizar solo al creador del título, liberando a los demás intervinientes, contrariamente a ello el art 1846 CC y C determina también como principio, la responsabilidad de los endosantes del título, que no son otra cosa que transmitentes del mismo y estaban como principio liberados de responsabilidad por el art. 1826 CC y CN.

Sostenemos, que la única alternativa válida de corrección es por la vía legislativa, para evitar situaciones disvaliosas que aplicadas a los casos concretos puede llevar a soluciones totalmente contradictorias frente a los mismos supuestos, lo cual rompe con uno de los principios básicos de justicia, como sería la igualdad de tratamiento.-

Asimismo y para no inquietar los ánimos, recordamos que estos artículos, solo se aplican a los títulos valores de libre creación, permitida por el art. 1820 CC y CN, a los cuales denominamos "atípicos" por oposición a los típicos (v.g. cheque, pagaré, etc.) que en cuanto responsabilidad se regulan por su ley específica).

Nº 25:**TÍTULOS DE CRÉDITO - REQUISITOS ESENCIALES DEL PAGARÉ**

Autores: Dres. Horacio P., Guillermo H. F. y Andrés A. GARAGUSO

Colegio de Abogados de Mar del Plata

Es necesaria la regulación normativa del "pagaré de consumo" para superar la actual situación de anarquía judicial y reestablecer la seguridad jurídica.

Jurisprudencia: Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de Azul, en Pleno. In re "H.S.B.C. BANK ARGENTINA C/ PARDO CRISTIAN DANIEL S/ COBRO EJECUTIVO". Fallo del 9 de marzo de 2017. RCJ 1517/17.-

"El pagaré de consumo puede integrarse con documentación adicional relativa al negocio causal, dentro del mismo juicio ejecutivo, conformando un título complejo que deberá contener información clara y veraz, y además cumplir con los requisitos previstos en el artículo 36 de la ley 24240, para las operaciones de financiación o crédito para el consumo. Dicha documentación debe agregarse en primera instancia, hasta el momento de la sentencia, sin que se admita su integración en la alzada. Los intereses pactados que surjan del título complejo no podrán exceder el límite de la ganancia lícita. Resulta oportuno poner en conocimiento del legislador, **a la manera de comunicación exhortativa, la conveniencia de regular el denominado pagaré de consumo**".-

NORMAS DE REFERENCIA:

Artículo 36 ley 24.240: "REQUISITOS: En las operaciones financieras para consumo y en las de crédito para el consumo deberá consignarse de modo claro al consumidor o usuario, bajo pena de nulidad: a) La descripción del bien o servicio objeto de la compra o contratación, para los casos de adquisición de bienes o servicios. b) El precio al contado, sólo para los casos de operaciones de crédito para adquisición de bienes o servicios. c) El importe a desembolsar inicialmente —de existir— y el monto financiado. d) La tasa de interés efectiva anual. e) El total de los intereses a pagar o el costo financiero total. f) El sistema de amortización del capital y cancelación de los intereses. g) La cantidad, periodicidad y monto de los pagos a realizar. h) Los gastos extras, seguros o adicionales, si los hubiere.

Cuando el proveedor omitiera incluir alguno de estos datos en el documento que corresponda, el consumidor tendrá derecho a demandar la nulidad del contrato o de una o más cláusulas. Cuando el juez declare la nulidad parcial simultáneamente integrará el contrato, si ello fuera necesario.

En las operaciones financieras para consumo y en las de crédito para consumo deberá consignarse la tasa de interés efectiva anual. Su omisión determinará que la obligación del tomador de abonar intereses sea ajustada a la tasa pasiva anual promedio del mercado difundida por el Banco Central de la República Argentina vigente a la fecha de celebración del contrato.

La eficacia del contrato en el que se prevea que un tercero otorgue un crédito de financiación quedará condicionada a la efectiva obtención del mismo. En caso de no otorgamiento del crédito, la operación se resolverá sin costo alguno para el consumidor, debiendo en su caso restituirse las sumas que con carácter de entrega de contado, anticipo y gastos éste hubiere efectuado.

El Banco Central de la República Argentina adoptará las medidas conducentes para que las entidades sometidas a su jurisdicción cumplan, en las operaciones a que refiere el presente artículo, con lo indicado en la presente ley.

Será competente, para entender en el conocimiento de los litigios relativos a contratos regulados por el presente artículo, siendo nulo cualquier pacto en contrario, el tribunal correspondiente al domicilio real del consumidor. (Artículo sustituido por art. 15 de la Ley N° 26.361 B.O. 7/4/2008).-

Artículos 332 y 354 del C. P. C. P. B. A.

332. “Agregación de la prueba documental. Con la demanda, reconvenición y contestación de ambas en toda clase de juicios, deberá acompañarse la prueba documental que estuviese en poder de las partes. Si no la tuvieren a su disposición, la individualizarán indicando su contenido, el lugar, archivo, oficina pública y persona en cuyo poder se encuentre. Si se tratare de prueba documental oportunamente ofrecida, los letrados patrocinantes, una vez interpuesta la demanda, podrán requerir directamente a entidades privadas, sin necesidad de previa petición judicial, y mediante oficio en el que se transcribirá este artículo, el envío de la pertinente documentación o de su copia auténtica, la que deberá ser remitida directamente a la secretaria, con transcripción o copia del oficio”.-

354. “Contenidos y requisitos. En la contestación opondrá el demandado todas las excepciones o defensas que, según este código no tuvieren carácter previo. Deberá, además:

1º) Reconocer o negar categóricamente cada uno de los hechos expuestos en la demanda, la autenticidad de los documentos acompañados que se le atribuyeren y la recepción de las cartas y telegramas a él dirigidos cuyas copias se acompañen. Su silencio, sus respuestas evasivas o la negativa meramente general podrán estimarse como reconocimiento de la verdad de los hechos pertinentes y lícitos a que se refieran. En cuanto a los documentos se los tendrá por reconocidos o recibidos, según el caso. No estarán sujetos al cumplimiento de la carga mencionada en el párrafo precedente, el defensor oficial y

el demandado que interviniera en el proceso, como sucesor a título universal de quién participe en los hechos o suscribió los documentos o recibió las cartas o telegramas, quienes podrán reservar su respuesta definitiva para después de producida la prueba.

2º) Especificar con claridad los hechos que alegare como fundamento de su defensa.

3º) Observar, en lo aplicable, los requisitos prescriptos en el artículo 330”

FUNDAMENTACIÓN.

En la evolución de las ciencias jurídicas hay momentos en los que por razones históricas, políticas o económicas, se singularizan ciertos fenómenos y son ellos los que dan el color al derecho positivo. Así fue la lucha contra los trustes a fines del siglo XIX, la “empresa” en buena parte del siglo XX, la tecnología, y más recientemente el consumo y el rol relevante que el consumidor asumen en una economía de mercado^[1].-

Esteban Righi^[2] pone de manifiesto que en la economía neoliberal que predomina en el mundo el derecho se evidencia desde dos aspectos, por un lado y con relación a las empresa en la “defensa de la competencia” y en las operaciones del mercado en la “defensa del consumidor”, situación que se manifiesta hasta en la recepción constitucional de los derechos del consumidor. Fue en la década de los noventa en que Brasil sanciona su Código de Defensa del Consumidor y Argentina pone en vigencia la legislación especial primero y la norma constitucional más tarde.-

El consumo es la determinante de la vigencia de los mercados, y no se reduce a las familias como proponen los economistas neoliberales, sino que las trasciende y avanza sobre todos los agentes económicos. El mercado demanda del consumo no sólo para la mecánica de la fijación de precios, sino también para generar “bienestar”, el que modernamente se mide por la capacidad de consumir que tienen las comunidades en cierto tiempo y lugar. Esta localización se pone en evidencia cuando se realizan ponderaciones: los cinco dólares por mes de Darfur son infinitamente inferiores a los mil que supone la línea de la pobreza en nuestro país.-

Gabriel Martínez Medrano, dice que la legislación antimonopólica no sólo es regulatoria de los mercados sino un instrumento de defensa del consumidor, afirmación que pese a ser inobjetable no se le empero en las obras de los especialistas^[3]. El sistema tuitivo del consumidor se introduce sin demora en todas las disciplinas normativas y genera un ámbito específico como lo evidencia el nuevo Código Civil y Comercial que regula en forma expresa y diferenciada los contratos de “consumo”, gobernados por reglas

[1] “Los delitos económicos”, Esteban Righi, páginas 18 y siguientes. Editorial Ad hoc, Bs.As. 2000.-

[2] Righi Esteban, ob.cit. nota 1, páginas 17 y 18.-

[3] Martínez Medrano Gabriel, “Control de los monopolios y defensa de la competencia”, páginas 13 y 14, Lexis Nexis Depalma, Buenos Aires 2002.-

y principios emanados del texto constitucional porque “el consumo en todas sus formas goza de la protección de las leyes”. El debate empero continua, entre quienes propician que la protección obedece a razones vinculadas con los derechos de las personas y quiénes creen que sólo se relaciona con el derecho económico como disciplina regulatoria de los mercados.-

Esta penetración condujo a situaciones como las que refleja el denominado “pagaré de consumo”, cuya aparición se concreta en el punto de contacto entre la actividad comercial y el consumidor. En realidad la legislación de los títulos de crédito que data de los sesenta y está inspirada en convenciones de la década del treinta, ha sido superada por la realidad y ello se ve en la jurisprudencia cotidiana que oscila entre la valoración del pagaré como título de crédito inter empresario y como mecanismo asegurador del crédito de los distribuidores y vendedores en las relaciones de consumo. Las cuestiones vinculadas con la competencia -orientadas a la defensa del consumidor-, las relacionadas con el debate causal en las ejecuciones, y fallos como el plenario que inspira esta ponencia, demuestran que existen en la realidad dos tipos de pagaré: el de consumo y el general o financiero propio de las actividades económicas de producción, distribución, transporte y financiamiento que vincula a empresas y empresarios.-

Ello nos conduce a sostener la necesidad de la regulación expresa del “pagaré de consumo”, bajo los principios contenidos en la legislación especial y en el Código Civil y Comercial vigente.-

Simplemente y como anécdota no coincidimos con la amplitud del plenario, en punto a la oportunidad de integrar la prueba documental asociada a la relación de consumo. Juzgamos que debe resolverse conforme las reglas de los artículos citados del Código Procesal o sea las normas de los preceptos indicado supra, que contradicen los alcances de la doctrina plenaria.-

Si coincidimos con dos de los contenidos del fallo citado:

1) Que la tasa de interés, aunque convencionalmente pactada, no puede exceder el límite de la ganancia lícita. En este sentido hubiéramos preferido la doctrina de la SCBA en punto a la tasa pasiva.-

2) La exhortación al congreso para que legisle el “pagaré de consumo” conforme con las reglas propias del sistema de defensa del consumidor.

Dedicamos esta ponencia a la memoria del querido Hugo Stempels.

Nº 26:

PAGARÉ A LA VISTA, IMPOSIBILIDAD DE DISPENSARLO DEL PROTESTO.

Autor: Osvaldo E. PISANI

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 VÁLIDAMENTE QUE LA CLÁUSULA DE DISPENSA DEL PROTESTO, (el “Sin Protesto”) REGULADA en el Art. 50 del mencionado Dec. ley, NO RESULTA APLICABLE A LOS PAGARÉS 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).

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 descripto 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 sólo 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 crearse 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:

- Es pagable a su presentación (art. 36 DL 5965/63)
- 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.-
- 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.-
- 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 quién 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 quién invoca la falta de presentación, es quién 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, esta 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:

- Monto del pagaré
- Intereses, que a diferencia del pagaré con vencimiento a día fijo, podrán ser compensatorios y moratorios (Conf. art. 5 del Dec. Ley 5965/63).-
- Costas judiciales
- 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 presentó 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 sosteni-

da 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 le 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)

APLICACIÓN 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 quién CARGUE CON LA PRUEBA DE SU MANIFESTACIÓN DE VOLUNTAD, igualmente nos merece las siguientes críticas y observaciones:

- 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.-
- 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)
- 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)
- 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:

- 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).-
- 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 INTERPRETACIÓN 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 cuando 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 sólo 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 audáz 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:

- 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)

- 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.-

- 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.-

- 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.-

- 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.-

- 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:

- La interpretación de que la prueba en juicio de falta de presentación corre por cuenta de quién 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.-

- 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 quién necesariamente es quién debe exteriorizarla.-

INTERPRETACIÓN A LA LUZ DEL CONTEXTO GENERAL DE DERECHO:

- 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.-

- Existe un principio general de que quién 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.-

- Se destaca también que no es usado el pagaré a la vista en los países Europeos, lo que motiva que no se haya planteado allí ninguno de los problemas indicados.-

- 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 PAGARÉS QUE SON GIRADOS A LA VISTA, TRÁTESE DE TÍTULOS QUERABLES/ PORTABLES O DOMICILIARIOS.

N° 27:
**“EL ARTÍCULO 1379 DEL COD. CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN,
UNA ARMÓNICA SOLUCIÓN A LA DISCUSIÓN RESPECTO DE LA
EJECUTABILIDAD DEL PAGARÉ DE CONSUMO”**

Autores: Dres. TRIMARCO, Julieta y PISANI, Osvaldo E.

Colegio de Abogados de San Isidro.

Como una solución integradora y fundada en lo dispuesto por el art. 1379 del Código Civil y Comercial de la Nación (y sin perjuicio de lo que pueda aplicarse a ciertos casos en particular) sostenemos que la exigencia de dicho artículo, cuando obliga a las entidades financieras a indicar si se tratan de operatorias de la cartera de “consumo” o de la “comercial” y la inclusión de dicha aclaración en los títulos, permitirá distinguir si los pagarés que se suscriban están alcanzados o no por la ley de defensa del consumidor a los efectos del cumplimiento del resto del articulado.

ANTECEDENTES:

A la luz del precedente jurisprudencial de la Cámara de Apelaciones del Departamento Judicial de Azul, en Pleno, “HSBC BANK Argentina c/ Pardo Cristian D. s/ Cobro Ejecutivo”, consideramos necesario plantear las posibles soluciones ante la ejecución de los llamados “pagarés de consumo” con la principal intención de armonizar el choque normativo existente entre la Ley de Defensa del Consumidor, de orden público (Art. 65 LDC) y de rango constitucional (Art. 42 Const. Nacional) y el régimen cambiario establecido en el decreto ley 5965/63.-

PROBLEMÁTICA PLANTEADA

El precedente jurisprudencial que da nacimiento a esta ponencia, pretende resolver prima facie la problemática existente actualmente en los Tribunales tanto de la Provincia de Buenos Aires y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, respecto de la ejecutabilidad de los pagaré de consumo.-

Como puntapié inicial, se destaca que el llamado pagaré de consumo no es un nuevo instituto jurídico, como tampoco se encuentra regulado en la Ley de Defensa del Consumidor ni en el Código Civil y Comercial de la Nación. Lo cierto es que se trata de una denominación utilizada para describir un título de crédito cuya causa tiene origen en una relación de consumo.-

De lo expuesto, surge el choque normativo de la ley de defensa del consumidor y el régimen cambiario, considerando lo siguiente:

- La ley de defensa del consumidor en su artículo 36 establece bajo pena de nulidad que en las operaciones financieras para consumo y en las de crédito para el consumo deberá consignarse La descripción del bien o servicio, El precio al contado, La tasa de interés efectiva anual; El total de los intereses a pagar y el sistema de cancelación de los mismos.
- En los términos del decreto Ley 5965/63 el pagaré como consecuencia de su carácter literal, autónomo, y abstracto debe bastarse a sí mismo, por lo que se encuentra desvinculado de la relación que le dió origen.-

Frente a lo expuesto, surgen ciertos interrogantes respecto de la aplicación de ambas normas conjuntamente a los fines de ejecutar un título de crédito con origen en una relación de consumo:

- Ante la ejecución de un pagaré de consumo, el juez debe declarar, de oficio, la inhabilidad del título con fundamento en que el mismo no cumple con los requisitos establecidos en el artículo 36 LDC ?
- Resulta una solución viable, que el juez intime al acreedor a integrar la documentación que consigne la causa que dió origen al libramiento del pagaré y el cumplimiento de los recaudos del artículo 36 LDC?

Al primero de los interrogantes, entendemos que no corresponde que el juez declare de oficio la inhabilidad de título, ante la falta de acreditación del cumplimiento de los requisitos del artículo 36 LDC, pues ello implicaría no sólo llevar al extremo la protección del consumidor, soslayando la propia voluntad del mismo, si no, y lo que es más peligroso, la desnaturalización de un título de crédito aboliendo con dicho accionar el régimen cambiario y la vía ejecutiva.-

Ahora bien y con respecto al segundo de los interrogantes que nos planteamos, destacamos que el precedente que traemos a esta ponencia, propone como una posible solución al choque normativo que genera la ejecutabilidad de un pagaré de consumo, que ante un juicio ejecutivo el acreedor deberá conjuntamente con el título, integrar documentación original relativa al negocio causal que dió origen al libramiento del cartular, y además deberá acreditar el cumplimiento de los recaudos exigidos en la ley de defensa del consumidor. Ello bajo apercibimiento de que en caso de no hacerlo, se declare la inhabilidad del título que se pretende ejecutar.-

Entendemos que la doctrina del fallo indicado, resulta una aproximación a una solución de la cuestión planteada, y en respuesta al segundo de los interrogantes consideramos igualmente que la premisa de que en todos los casos sea necesario que el acreedor acompañe la documentación respaldatoria de la relación causal, también resulta una desnaturalización del régimen cartular y asimismo conllevaría un dispendio jurisdiccional en donde el juez interviniente deberá analizar en cada caso la documentación y el cumplimiento de los recaudos exigidos por la ley 24.240.-

En virtud de ello, entiendo que una posible salida favorable se encuentra en el artículo 1379 del Código Civil y Comercial de la Nación: “La publicidad, la propuesta y la documentación contractual deben

indicar con precisión y en forma destacada si la operación corresponde a la cartera de consumo o a la cartera comercial, de acuerdo a la clasificación que realiza el Banco Central de la República Argentina. Esa calificación no prevalece sobre la que surge del contrato, ni de la decisión judicial, conforme a las normas de este Código...”

La solución que se permite vislumbrar con la aplicación del mencionado artículo, entendemos que es que la entidad financiera incluya en el pagaré a suscribir si la operación corresponde a la cartera de consumo o a la cartera comercial. Intimado de pago el deudor, habiendo negado la deuda y oponiendo la defensa de inhabilidad de título denunciando la falta de cumplimiento con el artículo mencionado, en dicha oportunidad, el juez podrá requerir la documentación respaldatoria necesaria para dirimir la cuestión.

CONCLUSIÓN:

Todo lo expuesto nos permite concluir que la revisión judicial de la operación de crédito que dió nacimiento al libramiento del pagaré de consumo, solo resultaría necesaria para los casos en que el título de crédito no tenga inserta la manifestación de si se trata de una operación de la cartera de consumo (artículo 1379 del Cód. Civil y Com). O cuando el deudor oponga la excepción de inhabilidad de título denunciando la falta de cumplimiento con el artículo mencionado.-

**Nº 28:
PAGARÉ DE CONSUMO.**

Autor: Dra. Mariela BICHLER

Colegio de Abogados de San Isidro.

I.- INTRODUCCIÓN.-

Entendemos que una gran parte de la población argentina se encuentra fuera del sistema financiero por distintos motivos (sociales, culturales, económicos, etc), con lo cual no tiene acceso al crédito ofrecido por el sistema bancario.- Como consecuencia de ello recurre a una financiación distinta basada en su gran mayoría en préstamos personales a sola firma, suscribiendo en muchas oportunidades como garantía del cumplimiento de las obligaciones contraídas pagarés, que resultan claramente en este tipo de operaciones, ser la única herramienta que tienen de financiación.- Es claro, que este tipo de préstamos personales, y a sola firma conllevan tasas de interés a su vez muy superiores a las que pueden establecerse en préstamos hipotecarios, y resultan ser préstamos mucho más costosos.

Lo cierto es que el pagaré es un título ejecutivo, que resulta justamente ser uno de los más utilizados, puesto que son limitadas las excepciones que se puede oponer en un proceso ejecutivo, haciéndolos un instrumento seguro para su cobro.- (Art. 544 CPCCN).-

II.- ABSTRACCIÓN CAMBIARIA Y LEY DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR.-

La Ley de Defensa del Consumidor , en adelante LDC, en su artículo 36 in fine dispone que en lo relativo a las operaciones financieras para consumo y en las de crédito para consumo es competente para entender en el conocimiento de los litigios relativos a contratos regulados por el presente artículo, siendo nulo cualquier pacto en contrario, el tribunal correspondiente al domicilio real del consumidor.-

La misma LDC en su Artículo 65 se autoproclama ser de orden público.- Se reconocería el derecho del consumidor como una especie de género de los derechos humanos y por ende frente a cualquier colisión entre normas de derecho común o procesal y normas protectorias de los derechos de los consumidores prevalecerían estas. Es que el régimen protectorio de los usuarios y consumidores argentinos posee un núcleo central constituido por la normativa específica, la que, al establecer fundamentalmente pautas y criterios necesita apoyarse en el resto del ordenamiento, lo que además surge del expreso mandato legal.- Esta integración normativa requiere de pautas que determinen no sólo las normas aplicables a las relaciones de consumo , sino también los contornos que fijan sus límites.- Todo ello surge de los criterios que emanan de la CN, de la propia LDC y del CCCN.-

Es que justamente el derecho del consumidor con raigambre constitucional directa en base a lo normado por el Art 42 de la CN parecería prevalecer frente a la abstracción cambiaria que impide la indagación causal, por tener ésta origen en el derecho común.- Sería ver al derecho común como una especie de negador o impedimento a la efectiva vigencia de un derecho constitucional.-

En principio, el artículo 36 in fine de la LDC no traería aparejado conflicto alguno, puesto que se aplicaría en protección de la parte más débil, en estos casos el deudor – consumidor, evitándole ser víctima de abusos por parte de los acreedores.-

Sin embargo, dicha norma encuentra dificultad en su aplicación, cuando el préstamo de consumo está instrumentado en pagarés, que a su vez están regulados por el Decreto Ley 5965/63, toda vez que el lugar de ejecución y por ende competente será el que esté en el título, el cuál no siempre se corresponde con el domicilio real del deudor ejecutado.-

Así, parte de la Jurisprudencia optó por presumir que a los pagarés que se ejecutan y que se corresponden a préstamos de consumo deberá serle aplicable la LDC y por ende se declaran incompetentes cuando el domicilio del deudor no se corresponde con la jurisdicción de pago obrante en el título; sin embargo en la posición contraria se ha dicho que a invocación del carácter de orden público de la LDC no justifica prescindir de las disposiciones especiales sobre la letra de cambio y pagaré incorporados a la legislación de fondo, y que reviste jerarquía constitucional al igual que la LDC.-

Lo que habría que debatir en consecuencia es el carácter general o especial de la LDC, analizando si la misma es de carácter general o especial con respecto a los pagarés originados por los préstamos de consumo.-

La CSJN es clara al decir que la ley general no deroga a la ley especial anterior salvo expresa abrogación, es decir salvo que en la ley general aparezca clara la voluntad derogatoria. Borda ha manifestado que frente las leyes debe darse preferencia a las especiales sobre las generales.

Sin duda, el Decreto Ley 5965/63 aparecería como una norma especial, frente a la regulación general para los contratos de consumo de la LDC, ya que no brinda ninguna normativa especial tendiente a modificar a aquél, sobre todo teniendo en cuenta las características propias de los papeles de comercio, en especial el pagaré, sino que tan sólo se limita a las relaciones de consumo.-

La jurisprudencia viene sosteniendo que como la LDC se autoproclama de orden público, sus normas serían de aplicación imperativa incluso en los juicios ejecutivos, ya que han modificado implícitamente la legislación sustancial y procesal vigente.-

Aquí viene el análisis de la segunda cuestión, que se refiere a la naturaleza del pagaré, el cual en tanto papel de comercio, es un título abstracto, formal y completo.-

De las características mencionadas la abstracción sería objeto de análisis en los planteos que venimos efectuando ya que parecería que se podría identificar el título cambiario con la relación subyacente en el mismo, de la cual el título opera como garantía, es decir que el título no es más que un acto de ejecución de la relación subyacente, que es haber contraído un préstamo para consumo.-

Pero la relación cambial se comporta como un negocio abstracto, porque el derecho de crédito que en ella se incorpora mediante una declaración unilateral de voluntad, expresada con la firma de quién la suscribe, puede ser exigido con prescindencia de la relación fundamental o negocio jurídico de derecho común que le sirve de causa para su libramiento o transmisión.- Y justamente es esta característica la que hace del pagaré un título ejecutivo tan utilizado, puesto que son limitadas las excepciones que se pueden llegar a oponer en este tipo de procesos, haciéndolo un instrumento seguro para el cobro. (Art 544 CPCCN).-

Si tomamos la definición de “relación de consumo” establecida en el Art.3º de la LDC y en el artículo 1092 del CCCN podríamos presumir que los pagarés que dan fundamento a los procesos ejecutivos, prácticamente serían todos provenientes de préstamos de consumo y que como tales debería aplicarse la LDC.-

El artículo 1.092 del CC y CN define relación de consumo. Consumidor. “Relación de consumo es el vínculo jurídico entre un proveedor y consumidor. Se considera consumidor a la persona humana o jurídica que adquiere o utiliza, en forma gratuita u onerosa, bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social”. El CC y CN deja de considerar al tercero expuesto como consumidor a pesar de que lo equipara, pero agrega otro tipo de consumidores: 1.- Consumidor en sentido estricto, 2.- El que utiliza el bien o servicio con destino final sin ser parte del contrato de consumo; 3.- Sucesor particular de los bienes adquiridos por los consumidores.- Con este amplio espectro de consumidores parecería que todas las ejecuciones de pagarés provendrían de préstamos para consumo.-

Sin embargo, y a mi entender, lo cierto es que el pagaré es un título que genera vía ejecutiva, y las acciones que lo involucran, no son las de un juicio ordinario por cobro de pesos, sino que son los procesos de ejecución, del Libro III, Título II del Código Procesal y bajo esas normas se debe regir.- Es que justamente en este tipo de procesos la limitación probatoria reducida al documento autosuficiente, es un principio rígido que impide encontrar aperturas a un conocimiento más amplio.-

Una de las características principales es la limitación de la prueba, dado que su carácter especial deriva de la circunstancia de hallarse a trámites específicos distintos a los del proceso ordinario.-

Su sumariedad está dada por la circunstancia de que, en tanto el conocimiento del juez debe eventualmente circunscribirse al examen de un número limitado de defensas, el juicio ejecutivo carece de actividad para el examen y solución total del conflicto; su objeto no consiste en obtener un pronunciamiento judicial que declare la existencia o inexistencia de un derecho sustancial incierto, sino en lograr rápidamente la satisfacción de un crédito que la ley presume existente en virtud de la peculiar modalidad que reviste el documento que lo comprueba.-

A su vez, tanto del Art. 544 del CPCCN como del artículo 18 del Decreto Ley 5965/63 surge que está vedado discutir la causa de la obligación inserta en un título ejecutivo, cuyo fundamento también es la seguridad en la transmisión y garantía expedita de cobro.-

Al respecto ha dicho la Cámara Comercial: “En juicio ejecutivo no corresponde discutir si el documento fue entregado en garantía, ni el abuso de firma en blanco, dado que en estos juicios no se ventila la causa de la obligación; por lo que la excepción de inhabilidad de título es improcedente. Por otro lado aten-

to al carácter abstracto de los títulos ejecutados las referencias de índole extra cambiarias carecen de relevancia y no afectan su habilidad.”

La CSJN ha sostenido: “ en el juicio ejecutivo no cabe examen causal del título atento al estrecho marco de conocimiento de aquél. (Art. 544 del CPCCN)”.

Es que el acreedor, a través del juicio ejecutivo debería estar asegurándose un cobro relativamente rápido y seguro, y es justamente por ello que un cambio en los caracteres de los pagarés, sobre todo en el desconocimiento de la abstracción, podría llegar a tener consecuencias económicas y financieras serias, limitando su uso y recortando su circulación.- Por otro lado, si se permitiera en el juicio ejecutivo analizar la relación subyacente del título cambiario, generaría inseguridad jurídica al acreedor, limitándose la obtención de ciertos créditos o de renegociar ciertas deudas.-

III.- PRÓRROGA DE JURISDICCIÓN EN OPERACIONES FINANCIERAS PARA CONSUMO.

El artículo 101 del Decreto Ley 5965/63, dispone como requisito del pagaré que se indique el lugar de pago del mismo, con lo que se busca que el deudor obtenga una ventaja cambiando su domicilio, o que un acreedor también pretenda cobrar en determinado lugar en perjuicio del deudor.- En muchas ocasiones, el acreedor, en uso de una posición dominante, le impone al deudor el lugar de pago, el cual muchas veces es distinto al que realmente corresponde a la creación del título.-

El régimen contractual argentino, prevé que las partes pueden prorrogar la jurisdicción en asuntos patrimoniales (Art 1 CPCCN) y será el juez ante quien se inicie la demanda quien establezca si es competente. (Art. 5º CPCCN).

La estipulación de un lugar de pago en los pagarés no sería más que una prórroga de jurisdicción pactada entre las partes.- Pero el juzgador en un proceso de ejecución no podría, en principio, inmiscuirse en el análisis de la causa de un pagaré, para determinar la validez o no, en este caso, de la cláusula del lugar de pago.-

A mi entender, el lugar de pago, en numerosos casos resulta para el acreedor una condición sin la cual no se aceptaría ese título.- Con lo cual la cláusula del lugar de pago no puede catalogarse siempre de abusiva ni que resulte agravante para el deudor, debiendo evaluarse en cada caso concreto.- Y a su vez, si aplicamos siempre la normativa correspondiente al resguardo de la parte más débil en la relación de consumo, podría también perjudicarlo dado que se restringiría aún más su acceso al crédito.- Si bien el Art. 36 in fine de la LDC establece la nulidad de cualquier pacto que establezca distinta competencia a la del Juez del domicilio del deudor, podría interpretarse que se refiere al deudor que toma préstamos para el consumo documentados, en cualquier tipo de documento, valga la redundancia, pero nunca fue el fin modificar la abstracción cambiaria establecida en el Dec. Ley 5965/63 porque de haberlo querido hubiese modificado este expresamente.-

En fallo plenario auto convocado con fecha 29/06/2011 por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, para resolver en el caso de las ejecuciones de títulos cambiarios donde se encuentren involu-

crados derechos de los consumidores y éstos sean demandados fuera de la jurisdicción de sus domicilios, se ha resuelto por voto de la mayoría que el juez tiene la facultad y el deber de actuar de oficio y restablecer el imperio de la regla de orden público, atributiva de competencia resultante del art. 36 in fine de la LDC; es decir, que podría declararse de oficio la incompetencia del tribunal en base a lo dispuesto en dicha norma. Esta actuación no invalidaría el título sino sólo la posibilidad de perseguir su cobro en un domicilio distinto al domicilio del consumidor debiendo tenerse dicha cláusula por no escrita.

CONCLUSIONES.

Con este precedente sentado por el plenario de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, si un tribunal no declara de oficio la incompetencia, el consumidor podría oponer excepciones basándose en este plenario y denunciar que ha sido demandado en jurisdicción ajena a la de su domicilio real.

Pone en serio riesgo la vigencia de la abstracción cambiaria como carácter esencial de los títulos de crédito, con las dificultades que ello puede aparejar para la seguridad, certeza y rapidez en la circulación del crédito, valores cuyo resguardo resulta ser el objetivo principal de esta clase de títulos.-

Es deber de la justicia dilucidar en el caso concreto cuando se encuentra vulnerado un derecho del consumidor, que por ejemplo es ejecutado en Capital Federal y se domicilia en Salta, aunque también será más bien una cuestión de definición sobre cuando considera a una persona jurídica o física “consumidor” y a su vez dilucidar cuándo se otorga un préstamo para el consumo.-

El verdadero problema sería el hecho de probar si el demandado ejecutado es consumidor o no, sin embargo analizar esta cuestión dentro del juicio, nos podría llevar a casualizar el título ejecutivo excediendo las excepciones que taxativamente impone tanto el Decreto Ley 5965/63 como el CPCCN.

El mismo no permite oponer defensas amplias, sino limitarlas, por ello la parte demandada muchas veces al no poder oponer excepciones prefiere no presentarse. Esto es lo que buscaba justamente el CPCCN y es una de las causas fundamentales de la utilización de los títulos ejecutivos, su confiabilidad para documentar deudas, dando una seguridad para su cobro por lo que una solución diferente podría traer consecuencias económicas al limitar el acceso al crédito o de renegociar ciertas deudas. Buscar la causa contractual detrás de un pagaré, en el caso de que existiese aquella, sería causalizar el mismo, desnaturalizando las ventajas que buscó darle el legislador a estos títulos.

Por otro lado es casi impensable que se otorgue un crédito dinerario que no sea para el consumo. Se podría aplicar la LDC en aquellos casos en los que surja claramente lo abusivo de la cláusula predispuesta en perjuicio del consumidor ejecutado, pero debería analizarse con carácter restrictivo en cada caso en particular y nunca de oficio, sino siempre a petición de parte. El juez deberá con prudencia, si lo que se desea es impulsar el consumo, buscar soluciones sin eliminar la eficacia y celeridad en el cobro que otorga el pagaré como instrumento de crédito.

**Nº 29:
DERECHO COMERCIAL – PAGARÉ DE CONSUMO**

Autor: Lidia Estela DI MASULLO

*Instituto de Derecho Comercial del Colegio de Abogados de Lomas de Zamora
“Angel Mauricio Mazzetti”*

LA VIABILIDAD DE INTEGRACIÓN DEL LLAMADO “PAGARÉ DE CONSUMO” Y LA EXHORTACIÓN PARA QUE SE LEGISLE SOBRE EL TEMA CONFORME EL PLENARIO DE LA CÁMARA DE APELACIONES CIVIL Y COMERCIAL DE AZUL.

INTRODUCCIÓN

A raíz de la distintos criterios existentes en las Salas que componen la Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de Azul, ésta decidió reunirse en plenario¹ para tratar el tema de viabilidad de “[...]la integración dentro del mismo proceso ejecutivo del “pagaré de consumo” con documentación adicional al mismo, de modo de tener por cumplimentados los requisitos exigidos por el régimen de protección al consumidor plasmados en el art. 36 de la ley 24.240 [...]”

Como antecedentes cabe destacar que la Sala I se había expedido, por unanimidad, en el sentido de negar la posibilidad de que un pagaré de consumo se integrare con documentación adicional; en tanto la Sala II, había admitido, también por unanimidad, la posibilidad de su integración.

LOS ARGUMENTOS DE AMBAS POSTURAS VERTIDOS EN EL PLENARIO

El Dr. Louge Emiliozzi, integrante de la Sala I, fue el primero en expedirse sobre el tema y lo hizo

¹ Se trata del Plenario nº 5 y data del 09/03/2017.

² Cám.CC.Azul, Plenario nº 5, Punto II.

³ Art. 1145.- “Entrega de factura. El vendedor debe entregar al comprador una factura que describa la cosa vendida, su precio, o la parte de éste que ha sido pagada y los demás términos de la venta. Si la factura no indica plazo para el pago del precio se presume que la venta es de contado. La factura no observada dentro de los diez días de recibida se presume aceptada en todo su contenido. Excepto disposición legal, si es de uso no emitir factura, el vendedor debe entregar un documento que acredite la venta”.

⁴ Art.1525.- “Concepto. Hay contrato de mutuo cuando el mutuante se compromete a entregar al mutuario en propiedad, una determinada cantidad de cosas fungibles, y éste se obliga a devolver igual cantidad de cosas de la misma calidad y especie.”

por la negativa. Comenzó aclarando que con la denominación “pagaré de consumo” se describía a un título de crédito como lo es el pagaré cuyo origen es una relación de consumo.² Señaló que en general tales documentos se utilizan para plasmar operaciones de financiamiento de compra de mercadería para consumo o mutuos de consumo, cuya instrumentación debería realizarse por otros medios tales como facturas (art. 1145CCC)³ o contratos de mutuo.⁴

Destacó que permitir la integración del pagaré significaría no solo desvirtuar sus características propias como título de crédito tales como son la abstracción, la autonomía y la literalidad, sino que también permitiría la ejecución de un título distinto y causal o “título ejecutivo indirecto”.⁵

Estimó además que si bien el legislador previó en la Ley 24.240, calificada como de orden público⁶, la sanción de “nulidad relativa” en lugar de “nulidad absoluta” para el caso de incumplimiento de los requisitos enumerados en el art. 36⁷, procedió así porque el orden público que guió la letra de la LDC está referido a la protección de la parte débil en la relación jurídica.⁸

Asimismo, puso énfasis en diferenciar la nulidad de los actos jurídicos, respecto de las nulidades procesales dado que se trata de institutos distintos; y finalmente sostuvo que, si en virtud del art.529 del CPCC⁹, se advirtiera la existencia de una relación de consumo en el documento cuya ejecución se pretende, el camino a seguir sería declarar de oficio la inhabilidad del título, para impedir que se eludiera el deber de información exigido por el art. 36LDC.¹⁰

A su turno, se expidió el Dr. Galdós, quien comenzó anticipando su decisión favorable a la integración por cuanto a través de la misma además de respetarse el derecho del consumidor se logra compatibilizar -razonable y coherentemente- el subsistema de derecho privado con los microsistemas de derecho cambiario y juicio ejecutivo.¹¹ Reparó en la inexistencia de una normativa específica que regule la

⁵ Ídem 2, in fine.

⁶ Ley 24.240, t.o Ley 26.361: Art.65. — La presente ley es de orden público, rige en todo el territorio nacional y entrará en vigencia a partir de la fecha de su publicación en el Boletín Oficial. El Poder Ejecutivo debe reglamentar la presente ley dentro de los ciento veinte (120) días a partir de su publicación.

⁷ Art. 36 Ley 24.240, to por Ley 26.361, B.O. 7/4/2008): “ARTICULO 36. — Requisitos. En las operaciones financieras para consumo y en las de crédito para el consumo deberá consignarse de modo claro al consumidor o usuario, bajo pena de nulidad: a) La descripción del bien o servicio objeto de la compra o contratación, para los casos de adquisición de bienes o servicios. b) El precio al contado, sólo para los casos de operaciones de crédito para adquisición de bienes o servicios. c) El importe a desembolsar inicialmente — de existir— y el monto financiado. d) La tasa de interés efectiva anual. e) El total de los intereses a pagar o el costo financiero total. f) El sistema de amortización del capital y cancelación de los intereses. g) La cantidad, periodicidad y monto de los pagos a realizar. h) Los gastos extras, seguros o adicionales, si los hubiere. Cuando el proveedor omitiera incluir alguno de estos datos en el documento que corresponda, el consumidor tendrá derecho a demandar la nulidad del contrato o de una o más cláusulas. Cuando el juez declare la nulidad parcial simultáneamente integrará el contrato, si ello fuera necesario [...]”

⁸ Ídem 2, Punto IV.

⁹ Art. 529. Intimación de pago y procedimiento para el embargo. El juez examinará cuidadosamente el instrumento con que se deduce la ejecución, y si hallare que es de los comprendidos en los artículos 521 y 522, o en otra disposición legal, y que se encuentran cumplidos los presupuestos procesales, librándolo de embargo

¹⁰ Ídem 2, Punto IV, párr.7.

¹¹ Ídem 2, Punto I, párr. 2.

materia, a diferencia de otros países como Alemania y Francia que prohíben el uso de los pagarés en las relaciones de consumo, o como otros, tal el caso de EE.UU que lo permiten con la exigencia de la indicación expresa de que se trata de un pagaré o letra “de consumo”.¹² Precio entonces, que la regulación existente apunta a privilegiar el “derecho de información” de los consumidores, erigiéndolo en un “deber calificado” al exigir que la información presente las cualidades de “adecuada, veraz, cierta, clara, detallada, gratuita, comprensible, transparente y oportuna”¹³. Y advirtió, a modo de exhortación, a los congresales acerca de la necesidad de legislar sobre el pagaré de consumo para dar cumplimiento así a la manda constitucional del art. 42, que ordena a las autoridades públicas la protección del consumidor.¹⁴

En orden a estas ideas, su propuesta consistió en otorgar primacía al derecho del consumidor, en orden al carácter tuitivo de sus normas, pero no por ello excluir el análisis de la relación negocial subyacente, es decir que su pretensión tiende a conjugar los institutos provenientes de los dos sistemas -el comercial y el consumeril-. Asimismo defendió la postura integracionista, expresando que al posibilitarse la verificación del art. 36 LCD antes de expedirse sobre la habilidad o no del título, se están conjugando los dos sistemas en juego al permitirse la protección en ambos sentidos: por lado la del consumidor y por el otro la del tráfico mercantil al no dictaminarse la inhabilidad de oficio¹⁵; de ello se sigue que en la medida que se autoriza la integración del título se impide que: “[...]el derecho del consumo expulse del derecho positivo sustancial y procesal a la ejecución cambiaria y al pagaré como obligación cartular.”¹⁶; porque también sostuvo que aún el consumidor, en su calidad de tal, debe cumplir con la obligación de pago de los bienes o servicios adquiridos.

En conclusión y atendiendo a que la mayoría de votos se inclinaban por la afirmativa, se decidió adoptar como doctrina que:

El pagaré de consumo puede integrarse con documentación adicional relativa al negocio causal, dentro del mismo juicio ejecutivo, conformando un título complejo que deberá contener información clara y veraz, y además cumplir con los requisitos previstos en el art. 36 de la LDC para las operaciones de financiación o crédito para el consumo. Dicha documentación debe agregarse en primera instancia, hasta el momento de la sentencia, sin que se admita su integración en la alzada. Los intereses pactados que surjan del título complejo no podrán exceder el límite de la ganancia lícita.

COLOFÓN

El Plenario permite, además de apreciar la riqueza de argumentos de las dos corrientes, visualizar la orfandad normativa que presenta el tema, la cual fuera oportunamente planteada por diferentes Jueces,

¹² Ídem 2, Punto II-1.

¹³ Ídem 2, Punto II-1, párr.2.

¹⁴ Ídem 2, Punto II-1, párr.3.

¹⁵ Ídem 2, Punto II-7-

¹⁶ Ídem 2, Punto II-7, párr. 1 in fine.

entre ellos la Dra. Nérida I. Zampini¹⁷ -integrante de la Sala Tercera de la Cámara de Apelaciones de Mar del Plata-, y que viene aquejando desde larga data, tanto a las partes -directamente involucradas en la operatoria- como a los letrados que deben asistirlos. Cierto es que se trata de la [...] existencia dos planos jurídicos diversos que no pueden confundirse...”¹⁸, y que bajo ningún punto de vista se debe perder el horizonte marcado por el derecho protectorio del consumidor, pero tampoco es menos cierto que las obligaciones contraídas deben honrarse con su cumplimiento, tal como lo marcara el Dr. Galdós, claro está siempre dentro de un marco normativo que impida los abusos. Deviene entonces, más que acertada la exhortación del Camarista Galdós al plantear la necesidad de legislar sobre el pagaré en cual subyace una relación de consumo, determinando la vía procesal adecuada para la resolución de la problemática existente.

¹⁷ Así su voto en autos: “Banco Macro S.A. c/ Corresa Rubén Darío”, 15/09/2015;

¹⁸ Junyent Bas, Francisco, (s.f.), “Los títulos de crédito y la relación de consumo”. Revista de Derecho Comercial, del Consumidor y de la Empresa, Año II, Número 1: 81 Buenos Aires: Editorial: La Ley

Nº 30:
TÍTULOS DE CRÉDITO: PAGARÉ DE CONSUMO

Autores: Dres. Horacio P., Guillermo H. F. y Andrés A. GARAGUSO

Colegio de Abogados de Mar del Plata

Es necesaria la regulación normativa del “pagaré de consumo” para superar la actual situación de anarquía judicial y reestablecer la seguridad jurídica.

Jurisprudencia: Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de Azul, en Pleno. In re “H.S.B.C. BANK ARGENTINA C/ PARDO CRISTIAN DANIEL S/ COBRO EJECUTIVO”. Fallo del 9 de marzo de 2017. RCJ 1517/17.-

“El pagaré de consumo puede integrarse con documentación adicional relativa al negocio causal, dentro del mismo juicio ejecutivo, conformando un título complejo que deberá contener información clara y veraz, y además cumplir con los requisitos previstos en el artículo 36 de la ley 24.240, para las operaciones de financiación o crédito para el consumo. Dicha documentación debe agregarse en primera instancia, hasta el momento de la sentencia, sin que se admita su integración en la alzada. Los intereses pactados que surjan del título complejo no podrán exceder el límite de la ganancia lícita. Resulta oportuno poner en conocimiento del legislador, **a la manera de comunicación exhortativa, la conveniencia de regular el denominado pagaré de consumo**”.-

NORMAS DE REFERENCIA:

Artículo 36 ley 24240: “REQUISITOS: En las operaciones financieras para consumo y en las de crédito para el consumo deberá consignarse de modo claro al consumidor o usuario, bajo pena de nulidad: a) La descripción del bien o servicio objeto de la compra o contratación, para los casos de adquisición de bienes o servicios. b) El precio al contado, sólo para los casos de operaciones de crédito para adquisición de bienes o servicios. c) El importe a desembolsar inicialmente -de existir- y el monto financiado. d) La tasa de interés efectiva anual. e) El total de los intereses a pagar o el costo financiero total. f) El sistema de amortización del capital y cancelación de los intereses. g) La cantidad, periodicidad y monto de los pagos a realizar. h) Los gastos extras, seguros o adicionales, si los hubiere.

Cuando el proveedor omitiera incluir alguno de estos datos en el documento que corresponda, el consumidor tendrá derecho a demandar la nulidad del contrato o de una o más cláusulas. Cuando el juez declare la nulidad parcial simultáneamente integrará el contrato, si ello fuera necesario.

En las operaciones financieras para consumo y en las de crédito para consumo deberá consignarse la tasa de interés efectiva anual. Su omisión determinará que la obligación del tomador de abonar intereses sea ajustada a la tasa pasiva anual promedio del mercado difundida por el Banco Central de la República Argentina vigente a la fecha de celebración del contrato.

La eficacia del contrato en el que se prevea que un tercero otorgue un crédito de financiación quedará condicionada a la efectiva obtención del mismo. En caso de no otorgamiento del crédito, la operación se resolverá sin costo alguno para el consumidor, debiendo en su caso restituirsele las sumas que con carácter de entrega de contado, anticipo y gastos éste hubiere efectuado.

El Banco Central de la República Argentina adoptará las medidas conducentes para que las entidades sometidas a su jurisdicción cumplan, en las operaciones a que refiere el presente artículo, con lo indicado en la presente ley.

Será competente, para entender en el conocimiento de los litigios relativos a contratos regulados por el presente artículo, siendo nulo cualquier pacto en contrario, el tribunal correspondiente al domicilio real del consumidor. (Artículo sustituido por art. 15 de la Ley N° 26.361 B.O. 7/4/2008).-

Artículos 332 y 354 del C. P. C. P. B. A.

332. “Agregación de la prueba documental. Con la demanda, reconvencción y contestación de ambas en toda clase de juicios, deberá acompañarse la prueba documental que estuviese en poder de las partes. Si no la tuvieren a su disposición, la individualizarán indicando su contenido, el lugar, archivo, oficina pública y persona en cuyo poder se encuentre. Si se tratare de prueba documental oportunamente ofrecida, los letrados patrocinantes, una vez interpuesta la demanda, podrán requerir directamente a entidades privadas, sin necesidad de previa petición judicial, y mediante oficio en el que se transcribirá este artículo, el envío de la pertinente documentación o de su copia auténtica, la que deberá ser remitida directamente a la secretaría, con transcripción o copia del oficio”.-

354. “Contenidos y requisitos. En la contestación opondrá el demandado todas las excepciones o defensas que, según este código no tuvieren carácter previo. Deberá, además:

1º) Reconocer o negar categóricamente cada uno de los hechos expuestos en la demanda, la autenticidad de los documentos acompañados que se le atribuyeren y la recepción de las cartas y telegramas a él dirigidos cuyas copias se acompañen. Su silencio, sus respuestas evasivas o la negativa meramente general podrán estimarse como reconocimiento de la verdad de los hechos pertinentes y lícitos a que se refieran. En cuanto a los documentos se los tendrá por reconocidos o recibidos, según el caso. No estarán sujetos al cumplimiento de la carga mencionada en el párrafo precedente, el defensor oficial y

el demandado que interviniera en el proceso, como sucesor a título universal de quién participe en los hechos o suscribió los documentos o recibió las cartas o telegramas, quienes podrán reservar su respuesta definitiva para después de producida la prueba.

2º) Especificar con claridad los hechos que alegare como fundamento de su defensa.

3º) Observar, en lo aplicable, los requisitos prescriptos en el artículo 330”

FUNDAMENTACIÓN.

En la evolución de las ciencias jurídicas hay momentos en los que por razones históricas, políticas o económicas, se singularizan ciertos fenómenos y son ellos los que dan el color al derecho positivo. Así fue la lucha contra los trustes a fines del siglo XIX, la “empresa” en buena parte del siglo XX, la tecnología, y más recientemente el consumo y el rol relevante que el consumidor asumen en una economía de mercado^[1].-

Esteban Righi^[2] pone de manifiesto que en la economía neoliberal que predomina en el mundo el derecho se evidencia desde dos aspectos, por un lado y con relación a las empresa en la “defensa de la competencia” y en las operaciones del mercado en la “defensa del consumidor”, situación que se manifiesta hasta en la recepción constitucional de los derechos del consumidor. Fue en la década de los noventa en que Brasil sanciona su Código de Defensa del Consumidor y Argentina pone en vigencia la legislación especial primero y la norma constitucional más tarde.-

El consumo es la determinante de la vigencia de los mercados, y no se reduce a las familias como proponen los economistas neoliberales, sino que las trasciende y avanza sobre todos los agentes económicos. El mercado demanda del consumo no sólo para la mecánica de la fijación de precios, sino también para generar “bienestar”, el que modernamente se mide por la capacidad de consumir que tienen las comunidades en cierto tiempo y lugar. Esta localización se pone en evidencia cuando se realizan ponderaciones: los cinco dólares por mes de Darfur son infinitamente inferiores a los mil que supone la línea de la pobreza en nuestro país.-

Gabriel Martínez Medrano, dice que la legislación antimonopólica no solo es regulatoria de los mercados sino un instrumento de defensa del consumidor, afirmación que pese a ser inobjetable no se le empero en las obras de los especialistas^[3]. El sistema tuitivo del consumidor se introduce sin demora en

[1] “Los delitos económicos”, Esteban Righi, páginas 18 y siguientes. Editorial Ad hoc, Bs.As. 2000.-

[2] Righi Esteban, ob.cit. nota 1, páginas 17 y 18.-

[3] Martínez Medrano Gabriel, “Control de los monopolios y defensa de la competencia”, páginas 13 y 14, Lexis Nexis Depalma, Buenos Aires 2002.-

todas las disciplinas normativas y genera un ámbito específico como lo evidencia el nuevo Código Civil y Comercial que regula en forma expresa y diferenciada los contratos de “consumo”, gobernados por reglas y principios emanados del texto constitucional porque “el consumo en todas sus formas goza de la protección de las leyes”. El debate empero continúa, entre quienes propician que la protección obedece a razones vinculadas con los derechos de las personas y quienes creen que solo se relaciona con el derecho económico como disciplina regulatoria de los mercados.-

Esta penetración condujo a situaciones como las que refleja el denominado “pagaré de consumo”, cuya aparición se concreta en el punto de contacto entre la actividad comercial y el consumidor. En realidad la legislación de los títulos de crédito que data de los sesenta y está inspirada en convenciones de la década del treinta, ha sido superada por la realidad y ello se ve en la jurisprudencia cotidiana que oscila entre la valoración del pagaré como título de crédito inter empresario y como mecanismo asegurador del crédito de los distribuidores y vendedores en las relaciones de consumo. Las cuestiones vinculadas con la competencia – orientadas a la defensa del consumidor-, las relacionadas con el debate causal en las ejecuciones, y fallos como el plenario que inspira esta ponencia, demuestran que existen en la realidad dos tipos de pagaré: el de consumo y el general o financiero propio de las actividades económicas de producción, distribución, transporte y financiamiento que vincula a empresas y empresarios.-

Ello nos conduce a sostener la necesidad de la regulación expresa del “pagaré de consumo”, bajo los principios contenidos en la legislación especial y en el Código Civil y Comercial vigente.-

Simplemente y como anécdota no coincidimos con la amplitud del plenario, en punto a la oportunidad de integrar la prueba documental asociada a la relación de consumo. Juzgamos que debe resolverse conforme las reglas de los artículos citados del Código Procesal o sea las normas de los preceptos indicado supra, que contradicen los alcances de la doctrina plenaria.-

Si coincidimos con dos de los contenidos del fallo citado:

1. Que la tasa de interés, aunque convencionalmente pactada, no puede exceder el límite de la ganancia lícita. En este sentido hubiéramos preferido la doctrina de la SCBA en punto a la tasa pasiva.-

2. La exhortación al congreso para que legisle el “pagaré de consumo” conforme con las reglas propias del sistema de defensa del consumidor.-

Dedicamos esta ponencia a la memoria del querido Hugo Stempels.

Nº 31:

TÍTULOS VALORES. Títulos valores cartulares abstractos: Letra de cambio y pagaré. Impacto del art. 53¹ de la legislación consumeril en el dec. ley 5965/63.

Autor: Ricardo Daniel SOSA AUBONE.

Colegio de Abogados de La Plata.

Partiendo de la base que es posible analizar si la letra de cambio o el pagaré fueron librados en virtud de una relación de consumo, cabe ponderar la aplicación del art. 53 de la ley 24.240 (Ley de Defensa del Consumidor) -que impone la tramitación por las normas del proceso de conocimiento más abreviado que rija en la jurisdicción del tribunal competente- a un juicio ejecutivo promovido en base a un pagaré emitido en función de una relación de consumo (se ejecuta a un consumidor).

El art. 53 de la ley 24.240 se refiere a los procesos que inicien los consumidores o usuarios de conformidad con la Ley de Defensa del Consumidor, y tiene la finalidad de otorgar una tutela mayor, dando la posibilidad de que sus acciones tramiten por la vía de conocimiento más abreviada (juicio sumarísimo), ello claro está, a menos que a pedido de parte o por resolución judicial se considere necesario un trámite de conocimiento más adecuado.

De la redacción de la norma citada puede apreciarse que el tipo de proceso previsto por el art. 53 LDC alude a las acciones individuales que han de entablar los consumidores o usuarios en el ejercicio de los derechos que dicha ley les confiere, pero ello no significa que los mismos no puedan ser demandados a través de un proceso ejecutivo si el título base de la ejecución resulta hábil y contiene todos los recaudos legales, entre ellos, los previstos por el art. 36 de la citada ley 24.240.

CONCLUSIÓN: el art. 53 de la ley 24.240 no impide demandar al consumidor por la vía ejecutiva, aunque marca una tendencia hacia un criterio más amplio en el análisis de las defensas que puede oponer dicho sujeto.

¹ El art. 53 LDC establece que “En las causas iniciadas por ejercicio de los derechos establecidos en esta ley regirán las normas del proceso de conocimiento más abreviado que rijan en la jurisdicción del tribunal ordinario competente, a menor que a pedido de parte el Juez por resolución fundada y basado en la complejidad de la pretensión, considere necesario un trámite de conocimiento más adecuado... Los proveedores deberán aportar al proceso todos los elementos de prueba que obren en su poder, conforme a las características del bien o servicio, prestando la colaboración necesaria para el esclarecimiento de la cuestión debatida en el juicio...” (artículo sustituido por el art. 26 de la ley 26.361, B.O. 7/4/2008).

DERECHO CONCURSAL. Problemática que presenta el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación en orden al concurso del patrimonio del fallecido y el juez competente en materia concursal tratándose de una persona humana.

Autor: Ricardo Daniel SOSA AUBONE.

Colegio de Abogados de La Plata.

1. Patrimonio del fallecido: el C.C. y C.N. amplía el elenco de excepciones al presupuesto objetivo. El art. 2 de la ley 24.522 -en adelante L.C.- contempla la situación que genera el fallecimiento de un deudor cuyo patrimonio está en crisis, al permitir el concursamiento del *“patrimonio del fallecido, mientras se mantenga separado del patrimonio de los sucesores”* (art. 2, inc. 1, L.C.).

Ello no significa que quién ya no tiene personalidad la recupera, ya que el patrimonio del fallecido es objeto de derecho y no sujeto de derecho.² Ahora bien, la norma precitada requiere que el patrimonio del causante se mantenga separado del patrimonio de los sucesores.

En el Código Civil, a partir de la reforma del dec. ley 17.711/68, la herencia era aceptada con beneficio de inventario como regla, siendo la responsabilidad ilimitada del heredero la excepción. Así, el art. 3.363, párrafo primero, establecía la presunción de la aceptación bajo beneficio de inventario. Estos efectos se podían perder ante la realización de actos prohibidos, o por no hacer el inventario dentro del plazo de tres meses desde que fue intimado judicialmente el heredero.

El Código Civil y Comercial de la Nación elimina la distinción entre aceptación lisa y llana y con beneficio de inventario, al igual que la acción de separación de patrimonios (arts. 3.433 y 3.445 del código derogado), estableciendo la responsabilidad limitada del heredero como principio (art. 2.317) y una preferencia en el cobro para los acreedores del fallecido, los acreedores de la sucesión (cargas del sucesorio) y los legatarios, sobre los bienes de la herencia, desplazando a los acreedores de los herederos (art. 2.316).

Así el art. 2.317 establece que el heredero queda obligado por las deudas y legados de la sucesión sólo hasta la concurrencia del valor de los bienes hereditarios recibidos. En caso de pluralidad de herederos, éstos responden con la masa hereditaria indivisa.

En consecuencia, ya no hay aceptación bajo beneficio de inventario, ni pura y simple, sino que hay una sola aceptación que trae consigo la responsabilidad limitada del heredero, aunque separa los patrimo-

² El art. 2.360 del C.C. y C.N. prescribe que la masa indivisa insolvente puede someterse a concurso preventivo o quiebra, a solicitud de los copropietarios de la masa o de los acreedores, y de acuerdo con las disposiciones de la ley concursal, en cuyo caso se aplica el art. 8, L.C..

nios del causante y del heredero al modo del beneficio de inventario. El heredero sólo responde con sus propios bienes cuando no hace el inventario dentro de los tres meses que fue intimado judicialmente a su realización, oculta fraudulentamente los bienes de la sucesión omitiendo su inclusión en el inventario, exagera dolosamente el pasivo sucesorio o enajena bienes de la sucesión a precios no convenientes y sin que el precio ingrese a la masa (art. 2.321, C.C. y C.N.).

La indivisión hereditaria cesa con la partición. Si la partición incluye bienes registrables, es oponible a terceros desde su inscripción en los registros respectivos (art. 2.363, C.C. y C.N.).

No obsta a la petición, el hecho de que la cesación de pagos se haya producido luego del fallecimiento.

En cuanto al presupuesto objetivo, el art. 2.360 del C.C. y C.N. establece que *“En caso de desequilibrio patrimonial o insuficiencia del activo hereditario, los copropietarios de la masa pueden peticionar la apertura del concurso preventivo o la declaración de quiebra de la masa indivisa, conforme a las disposiciones de la legislación concursal. Igual derecho, y de acuerdo a la misma normativa, compete a los acreedores”*. Dicha norma viene a ampliar el presupuesto objetivo (cesación de pagos), a situaciones de mero desequilibrio patrimonial o insuficiencia del activo que conforma la herencia.

CONCLUSIÓN: Dicha norma amplía el elenco de excepciones que establece el art. 1 -sin perjuicio de las que pueden surgir de los arts. 4, 68, 160 y 161, L.C.- en el caso del patrimonio del fallecido, que se puede concursar estando en cesación de pagos, en caso de desequilibrio patrimonial o insuficiencia del activo hereditario.

2. Juez competente en materia concursal. Persona humana. Cambio de domicilio. Limitaciones. El concurso de las personas humanas debe iniciarse ante el juez del lugar de la sede de la administración de sus negocios; es decir, el del lugar en que dirige sus actividades (lugar donde se halla el centro de su organización administrativa y contable).³

Si dicho deudor está matriculado como comerciante o empresario, dicho lugar cobra relevancia a los efectos de inferir la ubicación de la sede de administración de los negocios (CSN, Comp. 68.XXII, “Muñoz, Miguel”, 14/7/92).

Si tuviere varias administraciones es competente el juez del lugar de la sede de la administración principal o del establecimiento principal.

³ La solución legal presume que el lugar de la actividad del concursado es el que se encontrará más próximo a los acreedores, facilitando la concreción de los principios que inspiran la ley concursal y asegurando la adecuada concurrencia de la masa de acreedores en igualdad de condiciones (Heredia, Pablo D., “Tratado Exegético de Derecho Concursal”, Abaco, t. I, pág. 265) (Cám. Civ. y Com. 2da., Sala I, La Plata, 117.818, 18/11/2014, “Monti, Guillermo José s/Quiebra pequeña”, RSD. 245/2014).

En caso que no pudiera determinarse cuál es la administración principal, será competente el juez que hubiere intervenido primero (prevenido).

A falta de sede de administración, será competente el juez del lugar del domicilio del deudor (residencia habitual).

Cabe tener presente que la persona humana tiene domicilio real en el lugar de su residencia habitual. Si ejerce actividad profesional o económica lo tiene en el lugar donde la desempeña para el cumplimiento de las obligaciones emergentes de dicha actividad (art. 73, C.C. y C.N.), lo cual cobra especial relevancia cuando el deudor cambia de domicilio a un lugar alejado del centro de sus actividades.

CONCLUSIÓN: Si la persona humana cambia de domicilio real a un lugar alejado de donde ejercía su actividad profesional o económica, tal cambio no es relevante a los efectos de determinar la competencia en materia concursal, ya que prima el lugar donde ejerció la actividad profesional o económica para el cumplimiento de las obligaciones emergentes de dicha actividad.

Nº 32:

TÍTULOS VALORES. Títulos valores cartulares abstractos: Letra de cambio y pagaré. Impacto del art. 36 de la legislación consumeril en el dec. ley 5965/63.

Autor: Ricardo Daniel SOSA AUBONE.

Colegio de Abogados de La Plata.

1. Introducción. La cuestión sujeta a debate reside en la aplicación de la Ley de Defensa del Consumidor, con preceptos de orden público destinados a resguardar el derecho de acceso a la justicia y de defensa en juicio de la parte que el legislador ha considerado “débil” en la contratación que se hubo celebrado (arts. 14, 18 y 42 de la Constitución Nacional, 15 y 38 de la bonaerense, 8 y 25 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos; 1, 2 y 65, ley 24.240; arts. 1.092 y sgtes. del C.C. y C.N.), frente a la legislación que regula la acción cambiaria por vía ejecutiva (Dec. ley 5965/63 y C.P.C.C.), que establece límites al análisis interno (v.gr. causal) del título en aras de la tutela del crédito.

En primer lugar, corresponde analizar si la letra de cambio o el pagaré fueron librados en virtud de una relación de consumo y, en su caso, la aplicación del art. 36 de la ley 24.240 (Ley de Defensa del Consumidor) en el juicio ejecutivo donde se ejecutan tales títulos.¹

2. Art. 36², LDC. Cabe dividir el análisis del art. 36³ de la ley 24.240 (LDC), en dos etapas. Siendo que el disparador de la temática se generó con el último párrafo de dicho artículo referido a la competencia, se

¹ Ello genera los siguientes interrogantes: a) ¿Se puede analizar ello en el ámbito de una acción cambiaria tramitada por la vía ejecutiva, donde está limitado el marco de conocimiento?; b) ¿Quién es el juez competente para dicho análisis? i) ¿El juez ante quién se promovió la ejecución?; ii) ¿El juez del domicilio real del deudor?; c) ¿Qué sucede cuando el deudor cambia de domicilio real?; d) ¿Qué sucede si el deudor contrajo la deuda por la cual se libró el pagaré en virtud de una actividad profesional y el acreedor invoca lo normado por el art. 73, segundo párrafo, C.C.C.N.?; e) ¿El control de legalidad que impone el art. 36 se limita a la competencia o se puede extender a la información que requiere la primera parte de dicha norma bajo pena de nulidad?; f) ¿Se puede integrar el pagaré con el contrato que contiene la información que requiere la primera parte del art. 36?; g) ¿La solución es la misma si el pagaré ya contiene dicha información?; y h) ¿La aplicación de la ley de defensa del consumidor transforma la acción cambiaria en una acción causal?

La brevedad del espacio disponible para la ponencia me impide dar respuesta a dichos interrogantes, pero actuarán como disparadores para el debate.

² El art. 36 en análisis establece que “En las operaciones financieras para consumo y en las de crédito para consumo deberá consignarse de modo claro al consumidor o usuario, **bajo pena de nulidad:**

a) La descripción del bien o servicio de la compra o contratación, para los casos de adquisición de bienes o servicios;

comenzará por allí, para luego pasar a la primera parte de la norma, referido a la información que se le debe brindar al consumidor.

2.1. Art. 36 último párrafo. Aceptar la prevalencia de las normas procesales locales, como un mecanismo para eludir tal prohibición de normas sustanciales, no es razonable (arts. 3, 36 y 65, L.D.C.), máxime cuando está en juego la defensa en juicio (art. 18, C.N.) y derechos que tienen tutela constitucional (arts. 42, C.N. y 38, Const. Provincial).

Tal es así que en el precedente “Cuevas” (causa C. 109.305, del 1/9/2010), la SCBA resolvió que los jueces se encuentran autorizados a declarar de oficio la incompetencia territorial a partir de la constatación (mediante elementos serios y adecuadamente justificados) de la existencia de una relación de consumo a las que se refiere el art. 36 de la ley 24.240 (en igual sentido: SCBA, C. 117.245, 3/9/2014).

Para ello, entendió que el dilema que puede presentar el conflicto entre la ley de Defensa del Consumidor (24.240) y la normativa sustancial y procesal que impide indagar la causa en la acción cambiaria promovida por vía ejecutiva (dec. ley 5965/63 y C.P.C.C.), debe imperar un criterio hermenéutico que permita arribar a la solución que proteja del modo más eficiente posible la finalidad tuitiva de grupos tradicionalmente postergados y particularmente vulnerables (ver CSN, “Fallos” 331:819; íd. causa H. 270. XLII, “Halabi”, del 24/2/2009, consid. 13) como ocurre con los usuarios y consumidores (art. 42, Const. Nac.; 37, ley 24.240; doct. SCBA causa C. 98.790, del 12/8/2009; voto del Dr. Hitters en causa C. 109.193, del 11/8/2010) (SCBA, C. 109.305, 1/9/2010, “Cuevas”).⁴

b) El precio al contado, sólo para los casos de operaciones de crédito para adquisición de bienes o servicios;

c) El importe a desembolsar inicialmente -de existir- y el monto financiado;

d) La tasa de interés efectiva anual;

e) El total de los intereses a pagar o el costo financiero total;

f) El sistema de amortización del capital y cancelación de los intereses;

g) La cantidad, periodicidad y monto de los pagos a realizar;

h) Los gastos extras, seguros o adicionales, si los hubiere.

Cuando el proveedor omitiera incluir alguno de estos datos en el documento tendrá derecho a demandar la nulidad del contrato o de una o más cláusulas. Cuando el juez declare la nulidad parcial simultáneamente integrará el contrato, si ello fuera necesario.

En las operaciones financieras para consumo y en las de crédito para consumo deberá consignarse la tasa de interés efectiva anual. Su omisión determinará que la obligación del tomador de abonar intereses sea ajustada a la tasa pasiva anual promedio del mercado difundida por el Banco Central de la República Argentina vigente a la fecha de celebración del contrato. ...” (artículo sustituido por el art. 58 de la ley 26.993, B.O. 19/9/2014). El resaltado en “negrita” es de mi autoría.

³ El art. 36 de la L.D.C. contempla dos nulidades bien diferenciadas, en el primer párrafo determina la información que debe consignarse en las operaciones financieras y de crédito para consumo, “bajo pena de nulidad” -que puede ser total con la consiguiente invalidación del contrato o parcial, limitada a una o más cláusulas-; y en el último párrafo establece la nulidad del pacto de prórroga de competencia en favor de una circunscripción judicial distinta de la que corresponda al domicilio real del consumidor.

⁴ También dijo, con cita del Máximo Tribunal federal, que la finalidad de la ley 24.240 consiste en la debida tutela del consumidor o el usuario, que a modo de “purificador legal” integra sus normas con las de todo el orden jurídico, de manera que se impone una interpretación que no produzca un conflicto inter normativo, ni malogre o controvierta los derechos y garantías que, en tal sentido, consagra el art. 42 de la Constitución Nacional (CSN, “Fallos” 329:646 y 695, voto del doctor Zaffaroni; en el mismo sentido “Fallos” 331:2614, voto del doctor Maqueda) (SCBA, C. 109.305, 1/9/2010, “Cuevas”).

Luego expresó que debe intentarse una congruencia entre el sistema de protección establecido en la ley de defensa del consumidor y las disposiciones adjetivas que impiden en el ámbito de los procesos de ejecución la discusión de aspectos causales de la obligación (SCBA, C. 109.305, 1/9/2010, “Cuevas”).⁵

En función de lo expresado, la SCBA consideró que si bien imperan en el ámbito de las relaciones de financiación para consumo, las limitaciones cognoscitivas propias de los procesos de ejecución, que impiden debatir aspectos ajenos al título (conf. art. 542, C.P.C.C.), es posible una interpretación de la regla aludida acorde con los principios derivados de la legislación de protección de usuarios (arts. 1, 2, 36 y 37, ley 24.240; voto del Dr. Hitters en causa C. 109.193, del 11/8/2010) (SCBA, C. 109.305, 1/9/2010).⁶

Tales precedentes consagraron la apertura del análisis causal en los títulos de crédito abstractos, lo cual abrió la puerta para el análisis de la aptitud ejecutiva del pagaré librado con motivo de una relación de consumo, también llamado “pagaré de consumo”. Tal situación se hizo más visible a partir de la vigencia del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (1/8/2015), que vino a reforzar la protección al consumidor.

Con tal piso de marcha, he de ingresar al análisis de la aplicación de la primera parte del art. 36 en la ejecución de un pagaré.⁷

2.2. Art. 36 primera parte. En los tribunales encontramos disparidad de pronunciamientos, lo cual genera una incertidumbre que es necesario disipar.⁸

⁵ Y, cuando analizó si era posible extender la eficacia del art. 36 de la ley 24.240 (conf. ley 26.361), más allá de las acciones sustentadas en instrumentos ‘causales’ (en los que -por ser viable penetrar en los antecedentes del negocio- el juez puede determinar si se trata de una operación de crédito de las normadas en el citado dispositivo legal), consideró que la prohibición que rige en los procesos de ejecución, de ingresar en aspectos que hacen a la causa de la obligación tiene como finalidad la tutela efectiva del crédito, valor jurídico de repercusión social evidente. Sin embargo, la división entre lo que constituye debate sobre la causa de la obligación, por un lado; y sobre las aptitudes ejecutivas del instrumento, por el otro, no siempre resulta tajante e inmaculada (ver voto del Dr. Hitters en causa C. 91.162, sent. del 2-IX-2009) (SCBA, C. 109.305, 1/9/2010, “Cuevas”).

⁶ La Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSN), estableció que la abstracción propia del pagaré no justifica que los tribunales admitan la manifiesta violación de una norma de orden público, como lo es el art. 36, L.D.C., ya sea través de una cláusula especial o fijando el lugar de pago del pagaré. Ello implicaría una renuncia consciente a la verdad jurídica objetiva que no se compadece con el adecuado Servicio de Justicia que garantiza la Constitución Nacional en su art. 18 (CSN, Fallos 304:326).

⁷ La LDC no prohíbe el libramiento de títulos valores, ni contiene regulación alguna sobre el pagaré de consumo. El C.C. y C.N., pese a regular los Contratos de consumo (arts. 1.092 a 1.122) y los Títulos valores (arts. 1.815 a 1.881), no hizo referencia al “pagaré de consumo” ni modificó las disposiciones de la Ley cambiaria argentina (Dec. ley 5965/63). En consecuencia la cuestión quedó librada a la interpretación judicial, que se debe realizar de modo coherente con todo el ordenamiento (art. 2, C.C. y C.N.).

Todavía no hay pronunciamientos de la CSN ni de la SCBA sobre el cumplimiento de las exigencias descriptas en un título de crédito abstracto cuyo cobro de intenta por la vía ejecutiva, sin perjuicio de que a través de lo señalado en los puntos anteriores se establecieron ejes muy importantes. Aunque no es ocioso destacar que, cuando tales tribunales analizaron la competencia en un “pagaré de consumo”, nada dijeron sobre la habilidad ejecutiva del instrumento o admisibilidad de la vía elegida.

⁸ Hay quienes no dicen nada frente a la ausencia de planteo concreto, están los que no admiten la integración de la legislación cambiaria con la normativa consumeril y se ciñen a los recaudos formales del dec. ley 5965/63 (Cám. Civ. y Com. 1ra., Sala III, La Plata, 254.366, 23/12/2010; ídem, Sala II, causa 255.678, 9/8/2011; ídem, Sala I, 2258.134, 6/11/2012) hay otros que declaran la inhabilidad del título cuando advierten la presencia de una relación de consumo por violación del art. 36, LDC (Cám. Civ. y Com. Sala III, Mar del Plata, causas 152.243, 6/11/2012, RSD. 226/2012; 158.670, 15/9/2015, RSD. 165/2015; Cám. Civ. y Com. Azul, Sala I, causa

No tengo duda, con sustento en lo ya expresado, que resultan en principio válidos los títulos valores cartulares creados en virtud de una relación de consumo (art. 19, C.N.); ni que el ejecutante, en su condición de proveedor, debe cumplir con las exigencias del art. 36, LDC,⁹ pese a que tales requisitos importan vincular el título con la causa y afectan los caracteres de “literalidad” y “abstracción”.¹⁰ A tal fin puede integrar el título.

La incertidumbre generada por los cambios operados en la materia (seguridad jurídica) y la ausencia de regulación legislativa expresa, impone que se permita al ejecutante integrar el título con la documentación respectiva bajo apercibimiento de rechazar la ejecución (arts. 18 31 y 42, C.N.; 38, Const. Prov.; 1, 2, 1061, 1094, 1095, 1097, 1098, 1099, 1100, 1101, 1103, 1117, 1118, 1119, 1120, 1121 y 1122, C.C.C.N.; 1, 2, 36 y 65, L.D.C.; 34 inc. 5, 384, 529 y 549, C.P.C.C.).

3. CONCLUSIÓN: el art. 36 de la ley 24.240 se aplica en la ejecución de una letra de cambio y pagaré, debiendo permitirse integrar el título a fin de controlar el cumplimiento de dicha norma.

57.142, 29/5/2013), y por último están quienes permiten integrar el título (Cám. Civil y Com. Azul, Sala II, causas 58.639, 29/5/2014, RSD. 55/2014; 59.596, 14/5/2015, RSD. 58/2015; Cám. Civ. y Com. Junín, causa 2304, RSD. 56/2015; las diferentes salas de la Cámara Civ. y Com. 2da. de La Plata) (con la multiplicidad de variantes que tales supuestos pueden presentar: declaración de oficio o a pedido de parte, aplicación del principio de preclusión, irretroactividad de la ley, etc.). Recientemente la Cámara de Azul dictó un ple-nario.

⁹Es que la letra de cambio y pagaré, donde la causa es irrelevante, no deben ser utilizados como un mecanismo para “eludir” la aplicación del art. 36, L.D.C., máxime cuando el cumplimiento de tales recaudos no lleva necesariamente a restarle eficacia al documento como título ejecutivo. Se podrá decir que la acción cambiaría se ha visto afectada con la introducción de aspectos causales, pero no que la procedencia de la vía ejecutiva ha sido cercenada, en la medida que se cumplan todos los recaudos legales “necesarios”, tanto de la legislación cambiaría (requisitos formales extrínsecos) como del estatuto del consumo (reglas de orden público contenidas en el art. 36).

¹⁰Tal como se dijo en el punto anterior, la literalidad, autonomía y abstracción, en modo alguno impiden analizar la prohibición de pró-rroga de jurisdicción que emana del art. 36, último párrafo, L.D.C.

No se ve impedimento alguno para armonizar el principio de literalidad referido, con los recaudos del art. 36 de la Ley de defensa del consumidor, lo cual más que desnaturalizar el proceso ejecutivo lo va a moralizar, ya que el proveedor no podrá aprovecharse del consumidor, colocando cargos excesivos bajo el amparo de la debilidad del usuario. También será un elemento útil para el juicio ordinario posterior que permite el art. 551 del C.P.C.C., que en la mayoría de los casos no se promueve por falta de elementos y su onerosidad. Con ello y en la medida que no se cercene la vía ejecutiva ni se aplique retroactivamente la norma, no se ve de qué manera se pueda afectar el crédito (salvo que sea un dador de crédito inescrupuloso y de mala fe, situación que no merece el amparo legal).

Dicha información, que debe proporcionar el ejecutante ya que hace a la habilidad del título (arts. 518 y 529, C.P.C.C.), no lo es para desnaturalizar por completo el juicio ejecutivo y determinar su transformación en uno de conocimiento, sino a los efectos de velar por la licitud del título, ya que no sería razonable que a través de un título inválido o ilegítimo se permita ejecutar a la parte débil (consumidor), que generalmente carece de recursos materiales (generalmente no cuenta con la documentación pertinente) y económicos para realizar un reclamo a través del mecanismo del art. 551 precitado. Una visión más humana del proceso, con sustento en el principio “pro homine” consagrado en el art. 2, C.C.C.N., impone una mayor sensibilidad al respecto, sin olvidar que la misma norma requiere una interpretación coherente con todo el ordenamiento, lo que importa recalcar en la necesidad de tutelar el crédito.

Lo que si ha de servir de tal información, por su impacto en el contenido económico de la acción promovida, es el precio del bien o servicio, importe desembolsado -en su caso-, monto financiado, tasa de interés, sistema de amortización y pago, costo financiero total, y gastos, ya que el análisis de tales elementos, en la medida que no desnaturalice el ámbito de conocimiento del juicio ejecutivo -lo que queda sujeto al prudente arbitrio judicial-, es factible. Con ello no se afectaría la celeridad que debe tener el juicio ejecutivo, ni por ende el crédito y se evitarían muchos abusos; por otra parte se le brindaría al consumidor un marco de protección más adecuado.

TÍTULOS VALORES. Títulos valores cartulares abstractos: Letra de cambio y pagaré. Impacto del art. 53¹¹ de la legislación consumeril en el dec. ley 5965/63.

Autor: Ricardo Daniel SOSA AUBONE.

Colegio de Abogados de La Plata.

Partiendo de la base que es posible analizar si la letra de cambio o el pagaré fueron librados en virtud de una relación de consumo, cabe ponderar la aplicación del art. 53 de la ley 24.240 (Ley de Defensa del Consumidor) -que impone la tramitación por las normas del proceso de conocimiento más abreviado que rija en la jurisdicción del tribunal competente- a un juicio ejecutivo promovido en base a un pagaré emitido en función de una relación de consumo (se ejecuta a un consumidor).

El art. 53 de la ley 24.240 se refiere a los procesos que inicien los consumidores o usuarios de conformidad con la Ley de Defensa del Consumidor, y tiene la finalidad de otorgar una tutela mayor, dando la posibilidad de que sus acciones tramiten por la vía de conocimiento más abreviada (juicio sumarísimo), ello claro está, a menos que a pedido de parte o por resolución judicial se considere necesario un trámite de conocimiento más adecuado.

De la redacción de la norma citada puede apreciarse que el tipo de proceso previsto por el art. 53 LDC alude a las acciones individuales que han de entablar los consumidores o usuarios en el ejercicio de los derechos que dicha ley les confiere, pero ello no significa que los mismos no puedan ser demandados a través de un proceso ejecutivo si el título base de la ejecución resulta hábil y contiene todos los recaudos legales, entre ellos, los previstos por el art. 36 de la citada ley 24.240.

CONCLUSIÓN: el art. 53 de la ley 24.240 no impide demandar al consumidor por la vía ejecutiva, aunque marca una tendencia hacia un criterio más amplio en el análisis de las defensas que puede oponer dicho sujeto.

¹¹ El art. 53 LDC establece que “En las causas iniciadas por ejercicio de los derechos establecidos en esta ley regirán las normas del proceso de conocimiento más abreviado que rijan en la jurisdicción del tribunal ordinario competente, a menor que a pedido de parte el Juez por resolución fundada y basado en la complejidad de la pretensión, considere necesario un trámite de conocimiento más adecuado... Los proveedores deberán aportar al proceso todos los elementos de prueba que obren en su poder, conforme a las características del bien o servicio, prestando la colaboración necesaria para el esclarecimiento de la cuestión debatida en el juicio...” (artículo sustituido por el art. 26 de la ley 26.361, B.O. 7/4/2008).

DERECHO CONCURSAL. Problemática que presenta el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación en orden al concurso del patrimonio del fallecido y el juez competente en materia concursal tratándose de una persona humana.

Autor: Ricardo Daniel SOSA AUBONE.

Colegio de Abogados de La Plata.

1. Patrimonio del fallecido: el C.C.C.N. amplía el elenco de excepciones al presupuesto objetivo. El art. 2 de la ley 24.522 -en adelante L.C.- contempla la situación que genera el fallecimiento de un deudor cuyo patrimonio está en crisis, al permitir el concursamiento del *“patrimonio del fallecido, mientras se mantenga separado del patrimonio de los sucesores”* (art. 2, inc. 1, L.C.).

Ello no significa que quien ya no tiene personalidad la recupera, ya que el patrimonio del fallecido es objeto de derecho y no sujeto de derecho.¹² Ahora bien, la norma precitada requiere que el patrimonio del causante se mantenga separado del patrimonio de los sucesores.

En el Código Civil, a partir de la reforma del dec. ley 17.711/68, la herencia era aceptada con beneficio de inventario como regla, siendo la responsabilidad ilimitada del heredero la excepción. Así, el art. 3363, párrafo primero, establecía la presunción de la aceptación bajo beneficio de inventario. Estos efectos se podían perder ante la realización de actos prohibidos, o por no hacer el inventario dentro del plazo de tres meses desde que fue intimado judicialmente el heredero.

El Código Civil y Comercial de la Nación elimina la distinción entre aceptación lisa y llana y con beneficio de inventario, al igual que la acción de separación de patrimonios (arts. 3433 y 3445 del código derogado), estableciendo la responsabilidad limitada del heredero como principio (art. 2317) y una preferencia en el cobro para los acreedores del fallecido, los acreedores de la sucesión (cargas del sucesorio) y los legatarios, sobre los bienes de la herencia, desplazando a los acreedores de los herederos (art. 2316).

Así el art. 2317 establece que el heredero queda obligado por las deudas y legados de la sucesión sólo hasta la concurrencia del valor de los bienes hereditarios recibidos. En caso de pluralidad de herederos, éstos responden con la masa hereditaria indivisa.

En consecuencia, ya no hay aceptación bajo beneficio de inventario, ni pura y simple, sino que hay una sola aceptación que trae consigo la responsabilidad limitada del heredero, aunque separa los patrimo-

¹² El art. 2360 del C.C.C.N. prescribe que la masa indivisa insolvente puede someterse a concurso preventivo o quiebra, a solicitud de los copropietarios de la masa o de los acreedores, y de acuerdo con las disposiciones de la ley concursal, en cuyo caso se aplica el art. 8, L.C..

nios del causante y del heredero al modo del beneficio de inventario. El heredero sólo responde con sus propios bienes cuando no hace el inventario dentro de los tres meses que fue intimado judicialmente a su realización, oculta fraudulentamente los bienes de la sucesión omitiendo su inclusión en el inventario, exagera dolosamente el pasivo sucesorio o enajena bienes de la sucesión a precios no convenientes y sin que el precio ingrese a la masa (art. 2321, C.C.C.N.).

La indivisión hereditaria cesa con la partición. Si la partición incluye bienes registrables, es oponible a terceros desde su inscripción en los registros respectivos (art. 2363, C.C.C.N.).

No obsta a la petición el hecho de que la cesación de pagos se haya producido luego del fallecimiento.

En cuanto al presupuesto objetivo, el art. 2360 del C.C.C.N. establece que *“En caso de desequilibrio patrimonial o insuficiencia del activo hereditario, los copropietarios de la masa pueden petitionar la apertura del concurso preventivo o la declaración de quiebra de la masa indivisa, conforme a las disposiciones de la legislación concursal. Igual derecho, y de acuerdo a la misma normativa, compete a los acreedores”*. Dicha norma viene a ampliar el presupuesto objetivo (cesación de pagos), a situaciones de mero desequilibrio patrimonial o insuficiencia del activo que conforma la herencia.

CONCLUSIÓN: Dicha norma amplía el elenco de excepciones que establece el art. 1 -sin perjuicio de las que pueden surgir de los arts. 4, 68, 160 y 161, L.C.- en el caso del patrimonio del fallecido, que se puede concursar estando en cesación de pagos, en caso de desequilibrio patrimonial o insuficiencia del activo hereditario.

2. Juez competente en materia concursal. Persona humana. Cambio de domicilio. Limitaciones. El concurso de las personas humanas debe iniciarse ante el juez del lugar de la sede de la administración de sus negocios; es decir, el del lugar en que dirige sus actividades (lugar donde se halla el centro de su organización administrativa y contable).¹³

Si dicho deudor está matriculado como comerciante o empresario, dicho lugar cobra relevancia a los efectos de inferir la ubicación de la sede de administración de los negocios (CSN, Comp. 68.XXII, “Muñoz, Miguel”, 14/7/92).

Si tuviere varias administraciones es competente el juez del lugar de la sede de la administración principal o del establecimiento principal.

¹³ La solución legal presume que el lugar de la actividad del concursado es el que se encontrará más próximo a los acreedores, facilitando la concreción de los principios que inspiran la ley concursal y asegurando la adecuada concurrencia de la masa de acreedores en igualdad de condiciones (Heredia, Pablo D., “Tratado Exegético de Derecho Concursal”, Abaco, t. I, pág. 265) (Cám. Civ. y Com. 2da., Sala I, La Plata, 117.818, 18/11/2014, “Monti, Guillermo José s/Quiebra pequeña”, RSD. 245/2014).

En caso que no pudiera determinarse cuál es la administración principal, será competente el juez que hubiere intervenido primero (prevenido).

A falta de sede de administración, será competente el juez del lugar del domicilio del deudor (residencia habitual).

Cabe tener presente que la persona humana tiene domicilio real en el lugar de su residencia habitual. Si ejerce actividad profesional o económica lo tiene en el lugar donde la desempeña para el cumplimiento de las obligaciones emergentes de dicha actividad (art. 73, C.C.C.N.), lo cual cobra especial relevancia cuando el deudor cambia de domicilio a un lugar alejado del centro de sus actividades.

CONCLUSIÓN: Si la persona humana cambia de domicilio real a un lugar alejado de donde ejercía su actividad profesional o económica, tal cambio no es relevante a los efectos de determinar la competencia en materia concursal, ya que prima el lugar donde ejerció la actividad profesional o económica para el cumplimiento de las obligaciones emergentes de dicha actividad.

COMISIÓN III - DERECHO SOCIETARIO -

Nº 33:

SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA.

Autor: BARTOLOMÉ ALEMÁN, Paola Lorena

Colegio de Abogados de Moreno - Gral. Rodríguez.

La Sociedad de Garantía Recíproca como herramienta para el desarrollo de las Pymes y la necesidad de readecuar algunas cuestiones operativas.

I. Postulado del trabajo.

1.- Se destaca el obstáculo que para la implementación del sistema de garantías implica el número mínimo de socios partícipes exigido a los fines de constituir una SGR.

2.- A la luz del principio de variabilidad del capital social de la SGR, se vislumbra la necesidad de determinar claramente la competencia del consejo de administración en orden a facilitar el ingreso de los socios partícipes y determinar – bajo ciertos recaudos – el aumento de capital social.

II. Introducción.

La existencia de una gran cantidad de micro, pequeñas y medianas empresas (en adelante Pymes) constituye uno de los factores claves para el desarrollo y crecimiento económico de las economías locales, regionales y nacionales.

Más del ochenta por ciento de la estructura empresarial de nuestro país se encuentra compuesta por dicho sector, siendo el que mayor incidencia posee en el incremento del empleo, la producción, las inversiones, la recaudación impositiva, el incremento de las exportaciones e importaciones, entre otros índices y factores de crecimiento.

Pese a ello, la realidad demuestra que las Pymes encuentran considerables obstáculos que limitan y/o impiden el avance y desarrollo de las mismas, y que se vinculan principalmente con la ausencia de financiamiento en términos de montos, plazos, costos y garantías.

La problemática que presenta este sector económico no es propia de la Argentina, ya que a nivel interna-

cional existen numerosos estudios dedicados a analizar las dificultades que atraviesan las Pymes, así como las diversas alternativas y soluciones a fin de paliar dicha situación.

En líneas generales se concluye que los mayores costes financieros exigidos a las Pymes ante la elevada percepción del riesgo que representan para las entidades bancarias, se debe básicamente – amén de otras causas – a la ausencia de garantías suficientes y acordes a la financiación requerida.

Por tal motivo, se han creado a nivel internacional diversos esquemas de garantías con el objeto de lograr que los bancos y demás entidades financieras incorporen como clientes de crédito a Pymes, disminuyendo así el riesgo crediticio y los gastos de recuperación en caso de incumplimiento¹.

En nuestro país, a través de la sanción de la Ley 24.467² (en adelante LSGR), se ha creado una nueva sociedad, denominada Sociedad de Garantía Recíproca, (en adelante SGR) cuyo objeto principal es el de garantizar las obligaciones de las Pymes – quienes ingresan a aquella como socios partícipes - mediante la celebración de contratos de garantía recíproca.

Si bien la mencionada normativa en principio adopta el sistema de garantías español (Ley 1/1994), diversas modificaciones legislativas – Ley 25.300 y Ley 26.496 – le otorgaron un tinte propio y diverso al de su fuente originaria.

Fue nuestro absoluto convencimiento que las SGR resultan ser un instrumento propicio para recuperar nuestro aparato productivo nacional, lo que nos motivó a desarrollar diversos trabajos de análisis e investigación sobre esta temática.

Ello pues, en un contexto como el de nuestro país, donde las Pymes demandantes de créditos encuentran muchísimas dificultades para ofrecer garantías acordes a sus reales necesidades de financiamiento, los sistemas de garantías de crédito asumen un rol fundamental para solucionar los problemas que aquellas presentan, no sólo porque les facilitan el acceso a la financiación sino porque además les permiten mejorar sus condiciones, en cuanto a plazos y tasas de interés.

A su vez, a través de la utilización de esta herramienta jurídica hemos advertido la posibilidad de construir variadas estrategias comerciales, financieras e impositivas entre los diversos actores involucrados (Pymes, grandes empresas, entidades financieras, municipios, provincias, Estado Nacional) lo que permitirá optimizar la cadena de valor y la eficiencia de nuestras empresas, aumentar la actividad industrial y exportadora, procurar un incremento de la demanda laboral, impulsar el desarrollo de actividades tecnológicas o de mayor riesgo, fortalecer los mercados de capitales locales, aumentar la recaudación impositiva y fortalecer, consecuentemente, la economía a nivel regional y/o nacional.

Sin perjuicio de ello y de los cuantiosos beneficios que la SGR trae aparejados, nos ha sorprendido la esca-

¹ BARTOLOMÉ ALEMÁN, Paola L. “La Sociedad de Garantía Recíproca en el Sistema de Garantías Argentino”, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, p. 2.

² Sancionada el 15 de marzo de 1995 y promulgada el 23 de marzo de 1995.

sa recepción y utilización de aquéllas en nuestro contexto, lo que se refleja en la actualidad en una acotada cantidad de SGR en funcionamiento.

A nuestro criterio, diversas son las razones que podrían incidir en la falta de acogimiento de la SGR en nuestro mercado financiero - algunas de ellas fueron analizadas en profundidad en diversas publicaciones -, sin embargo resulta valioso puntualizar en esta oportunidad, dos de ellas: 1) la necesidad de reunir la cantidad de ciento veinte Pymes como socios partícipes a fin de obtener la autorización para funcionar; 2) la incertidumbre que se genera ante la solicitud de ingreso de una Pyme como socio partícipe, la que no se compatibiliza con el espíritu perseguido por el legislador al establecer la variabilidad del capital social, que justamente radica en permitir el fácil ingreso y egreso de los socios.

III. Cantidad mínima de socios partícipes.

Una de las características principales de las SGR es la de poseer dos clases de socios: los socios partícipes y los socios protectores, siendo ambas condiciones incompatibles entre sí.

De conformidad al texto del art. 37 de la LSGR, la calidad de socio partícipe sólo puede recaer en las Pymes, sean éstas personas humanas o jurídicas, que reúnan las condiciones generales que a tales efectos establezca la autoridad de aplicación.

A su vez, el artículo citado faculta a la autoridad de aplicación a determinar la cantidad mínima de socios partícipes necesaria para la constitución de la SGR en función a la región donde se radique o al sector económico que abarque.

Dicho ello, resulta claro que tanto la condiciones que debe reunir la Pyme así como la cantidad de socios partícipes necesarios para conformar una SGR son determinadas por la autoridad de aplicación, por expresa delegación legislativa.

En cumplimiento de dicha delegación, la autoridad de aplicación dictó desde el año 1995 una cuantiosa cantidad de disposiciones y resoluciones tendientes a determinar tanto el número de socios partícipes necesarios para constituir una SGR, así como regímenes de excepción, entre otras cuestiones.

En todas aquellas oportunidades, la autoridad de aplicación fijó en ciento veinte (120) la cantidad de socios partícipes necesaria para constituir estas sociedades.

Consciente de la profusa – y aún contradictoria – normativa existente en esta temática, y la experiencia recogida desde la implementación del sistema de garantías en nuestro país, dictaminó en el año 2013, la Resolución N° 212³ estableciendo que las SGR que tengan su domicilio y/o desarrollen su actividad principal en ciertos conglomerados urbanos que detalla⁴, deberán contar con un mínimo de ciento veinte socios partícipes.

³ De cuyos considerandos surge la necesidad de materializar determinados cambios en la normativa aplicable, tendientes a una mayor eficacia y eficiencia en la utilización de las herramientas de las cuales dispone el sistema.

⁴ CABA y su área metropolitana, Rosario y su área metropolitana, Ciudad de Córdoba y su área metropolitana, Ciudad de Mendoza y su área metropolitana.

Por su parte, la citada Resolución señala que la cantidad mínima de socios partícipes en las SGR que no se hallaren radicadas o no desarrollaren su actividad principal en los conglomerados urbanos indicados, será establecida en cada caso por la autoridad de aplicación en consideración de los sectores de la economía involucrados en su operación, la ciudad de radicación y desarrollo de actividades. El número mínimo de socios partícipes no podrá ser nunca inferior a sesenta.

La problemática que planteamos es que - pese a los diversos regímenes de excepción y modificaciones de criterios que respecto esta temática ha tenido la autoridad de aplicación-, se considera que la cantidad de ciento veinte socios partícipes a los fines de constituir una SGR resulta ser uno de los principales obstáculos para la implementación y el despegue del sistema de garantías perseguido por el legislador.

Por su parte, tal como se encuentra actualmente redactada la Resolución mencionada, podría dar lugar a ciertas arbitrariedades y/o desigualdades, pues bien podría estar constituida la SGR en una región fuera de los conglomerados que enuncia - y así encuadrar dentro del régimen de excepción - y desarrollar su actividad principal en uno de ellos.

IV. Variabilidad del capital social. Incertidumbre del socio partícipe ingresante.

En otro orden de ideas, corresponde subrayar que una de las principales características de la SGR radica en la “mutualidad”, lo que se refleja en la posibilidad de facilitar a sus socios partícipes el acceso al crédito mediante el otorgamiento de avales por las deudas que estos contraigan en el ejercicio de sus actividades, así como en el ofrecimiento de otros servicios de asesoramiento en materia económica, financiera y técnica.⁵

Tomando como antecedente su par española, se advierte que la SGR constituye una nueva modalidad societaria regulada por una norma especial⁶, que si bien comparte algunos caracteres propios de las cooperativas - como la variabilidad del capital social, la igualdad del valor de voto por acción, el fácil ingreso y egreso de los socios-, le son de aplicación supletoria las disposiciones de la Ley General de Sociedades, y en particular aquellas referidas a las sociedades anónimas⁷.

La variabilidad del capital social es una de las características esenciales de las SGR, lo que queda reflejado en la redacción del art. 45 de la LSGR que permite la variación del mismo sin requerir modificación del estatuto entre la cifra mínima - establecida reglamentariamente - y un máximo que represente el quintuplo de aquella.

A diferencia de lo establecido para las sociedades anónimas, la facultad de aumentar el capital dentro de los parámetros mencionados existe aunque no se hubiera previsto en el estatuto.

⁵ Conforme art. 33 LSGR.

⁶ RAGAZZI, Guillermo E., op. cit. p. 858; FAVIER DUBOIS, Eduardo M., op.cit.; GAGLIARDO, Mariano, “Sociedad de Garantía Recíproca”, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Instituto de Derecho Empresario, Buenos Aires, 1995, p. 7; POLAK, Federico, op.cit., p. 305; NISSEN, Ricardo Augusto “Comentarios a la Ley 24.467 de creación de las sociedades de garantía recíproca”, LL-Tomo D-Sec. Doctrina, 1995, p.1184.

⁷ Por expresa remisión a dicho dispositivo conforme arts. 32 (*in fine*) y 82 LSGR.

Si bien la variabilidad del capital social encuentra su fundamento - al igual que en la ley española - en permitir el fácil ingreso y egreso de los socios ante la necesidad de utilizar los servicios de la SGR; las diferencias existentes entre ambas legislaciones y las dificultades interpretativas que presenta la LSGR, entorpecen desafortunadamente el propósito buscado, lo cual se ilustrará a continuación.

En materia de aumento del capital social, se considera aconsejable la interpretación integrada de los arts. 45 y 51 de la norma en estudio, por cuanto ello nos permitirá entender claramente el procedimiento de aumento de capital social de las SGR.

En tal sentido, se observa que el art. 51 establece la facultad de aumentar el capital social fijado en el estatuto hasta el quintuplo de dicho monto, en cuyos casos resultará competente la asamblea general ordinaria.

Ahora bien, de la lectura del segundo párrafo del art.45 se concluye que en los supuestos en que se aumente el capital social hasta el quintuplo del fijado en el estatuto, no será necesario proceder a la modificación del mismo.

Fuera del supuesto analizado precedentemente, cuando se decida el aumento del capital social por encima del quintuplo del fijado estatutariamente, será necesaria su aprobación por la asamblea general extraordinaria y con la mayoría de los dos tercios de los votos totales de la sociedad⁸, en cuyo caso se deberá proceder a realizar la correspondiente modificación del estatuto.

Despejadas las dudas sobre el procedimiento que le cabe al aumento de capital de la SGR, dijimos que algunas disposiciones en nuestra legislación dificultan la finalidad perseguida al establecer el principio de variabilidad del capital, esto es facilitar el ingreso y egreso de los socios partícipes.

En tal sentido, resulta oportuno señalar que la ley de SGR de España establece claramente el principio de variabilidad del capital social, al permitir que el mismo varíe - aumentando o disminuyendo - entre la cifra mínima fijada en el estatuto y el triple de dicha cantidad sin necesidad de proceder a la modificación estatutaria y por acuerdo del Consejo de Administración⁹. Fuera de dichos límites, se exigirá la modificación de la cifra mínima establecida en el estatuto, siendo competente en tal supuesto la Junta General¹⁰.

⁸ Art. 51, tercer párrafo LSGR.

⁹ Art. 7° Ley 1/94. “Variabilidad del capital y participaciones sociales.1. El capital social, que se integrará por las aportaciones de los socios, será variable entre una cifra mínima fijada en los estatutos y el triple de dicha cantidad, y estará dividido en participaciones sociales de igual valor nominal, acumulables e indivisibles, que no tendrán la consideración de valores negociables ni podrán denominarse acciones.2. Dentro de los límites establecidos para la variación del capital, y respetando los requisitos mínimos de solvencia, aquél podrá aumentar o disminuir sin necesidad de modificación estatutaria por acuerdo del Consejo de Administración, por la creación y atribución de nuevas participaciones sociales o mediante el reembolso y extinción de las existentes.3. La variación del capital fuera de los límites mencionados exigirá la modificación de la cifra mínima fijada en los estatutos, siguiendo para ello el procedimiento establecido en la presente Ley”.

¹⁰ El art. 33 inc. g) de la Ley N° 1/94 establece: “La Junta general, que se reunirá al menos una vez al año, decidirá sobre los asuntos atribuidos a la misma por las disposiciones legales o por los estatutos, y en especial sobre los siguientes: ... inc g) Aumento o disminución de la cifra mínima del capital social que figure en los estatutos.”

Ahora bien, a diferencia de la ley española, nuestra normativa resulta absolutamente confusa en torno a las competencias atribuidas al consejo de administración y a la asamblea general, entorpeciendo innecesariamente el ingreso y egreso de los socios.

En primer lugar, la LSGR atribuye a la asamblea general ordinaria la facultad de decidir el aumento del capital social fijado en el estatuto hasta el quintuplo de dicho monto¹¹.

Asimismo, por expresa disposición legal, la decisión sobre el posible ingreso de un nuevo socio recae en cabeza del consejo de administración *ad referendum* de la asamblea general ordinaria¹². Con ello, se advierte que como consecuencia del aumento del capital social que dicho ingreso genere, será necesario esperar a la respectiva reunión de la asamblea ordinaria a fin de hacer efectivo el aumento de capital y la pertinente entrega de acciones al interesado que ya ha sido aceptado por el consejo de administración; solución ésta que además de generar incertidumbre¹³, resulta poco práctica e incompatible con la finalidad de facilitar el ingreso de socios.

A ello debe agregarse que el art. 20 de la Resolución N° 212/2013 de la autoridad de aplicación – se estima que en un intento de solucionar el planteo formulado *ut supra* – incurre en una contradicción con el art. 62 inc. 12 de la LSGR¹⁴ por cuanto faculta al consejo de administración a decidir el aumento del capital social hasta su quintuplo *ad referendum* de la asamblea general ordinaria a los efectos de viabilizar la incorporación de nuevos socios, pudiendo asimismo disponer la emisión de nuevas acciones.

Además del excesivo avance sobre la LSGR, observamos que el problema trazado queda sin solución, debido a que en cualquiera de los dos supuestos deberá esperarse la decisión de la asamblea, ya sea para que ésta ratifique la admisión del nuevo socio y el aumento de capital decidido por el consejo¹⁵, o para que decida por sí misma el aumento del capital social según lo establecido en el art.51 de la ley permitiendo el ingreso de nuevos socios.

A la misma solución, se arriba en caso de considerar como “aportes irrevocables a cuenta de futuras suscripciones de capital” a las sumas entregadas por aquellos interesados en ingresar como socios a la SGR y que contarán con la aprobación del consejo de administración. Ello pues, el aportante no tendrá la calidad de socio hasta tanto la asamblea societaria resuelva el aumento de capital y los restantes accionistas hayan renunciado al derecho de suscripción preferente¹⁶, derecho éste sobre el cual la LSGR no hace referencia

¹¹ Art.51 LSGR.

¹² Art. 62 inc. 3) LSGR “Será competencia del consejo de administración decidir sobre los siguientes asuntos: ... 3. Decidir sobre la admisión de nuevos socios conforme lo establecido en los estatutos de la sociedad *ad referendum* de la asamblea ordinaria.”

¹³ El interesado aún no reúne la calidad de socio.

¹⁴ Art. 62 inc. 12) LSGR “Será competencia del consejo de administración decidir sobre los siguientes asuntos: ... realizar cualesquiera otros actos y acuerdos que no están expresamente reservados a la asamblea por las disposiciones de la presente ley o los estatutos de la sociedad”

¹⁵ En uso de las atribuciones que le confiere la autoridad de aplicación.

¹⁶ OTAEGUI, Julio - HALPERIN, Isaac “Sociedades Anónimas”, Editorial LexisNexis-Depalma, Buenos Aires, 1998, LexisNexis on line cita N° 5701/002291.

alguna, pero se estima resultaría de aplicación por la remisión expresa a las normas de las sociedades anónimas¹⁷.

En virtud a lo expuesto, consideramos hubiese sido aconsejable que la LSGR -de evidente rango superior a las normas dictaminadas por la autoridad de aplicación - le atribuyera la facultad al consejo de administración de decidir la variación del capital social entre la cifra fijada reglamentariamente y un máximo que represente el quintuplo de la misma, exclusiva y excepcionalmente para el supuesto de admisión de nuevos socios. En el resto de los casos, la decisión de variar el capital social recaerá en la asamblea ordinaria o extraordinaria, según corresponda.

De este modo, la solución que trae la norma además de entorpecer la entrada del requirente como socio y generar incertidumbre respecto su situación, no se compatibiliza con el espíritu perseguido por el legislador al establecer la variabilidad del capital social, que justamente radica en permitir el fácil ingreso y egreso de los socios.

En el ejercicio de dicha facultad el consejo debería ajustarse a lo que al respecto establezca el estatuto, en tanto según el inc. 3 del art. 41 LSGR surge la obligatoriedad de prever en aquél los criterios para admitir nuevos socios y las condiciones a contemplar para la emisión de nuevas acciones.

V. Consideraciones finales.

Como corolario final, corresponde manifestar que la experiencia extranjera ha demostrado importantes avances y resultados en la implementación de los sistemas de garantías en sus diversos modos.

En Argentina, si bien la ley que implementa las SGR data del año 1995, aún resulta ser un instrumento bastante novedoso y de incipiente aplicación, pero la utilización de las SGR en nuestro país ha demostrado excelentes resultados entre los actores involucrados, siendo una herramienta propicia para la creación de estrategias y alianzas entre las grandes, medianas y pequeñas empresas, el mercado de capitales, los gobiernos provinciales, municipales y nacionales y sus fiscos, instituciones comunitarias y productivas, de la ciencia y la educación.

La temática abordada en este trabajo, plantea algunas de las posibles deficiencias normativas detectadas que podrían obstaculizar la implementación cabal del sistema, así como las soluciones que estimamos resultarían adecuadas a fin de mejorarlo y fortalecerlo, con el convencimiento de poder optimizar esta herramienta jurídica para delinear estrategias empresariales con fructíferos resultados en el desarrollo de la cadena de valor y en el incremento de la producción.

¹⁷ En el mismo sentido NISSEN, Ricardo A., op. cit, p. 1192 y art. 46 del Estatuto Tipo aprobado por la Autoridad de Aplicación de la Ley N° 24.467.

N° 34:
SOCIEDADES DE LA SECCIÓN CUARTA - ¿QUÉ SE PRUEBA CUANDO SE PRUEBA LA EXISTENCIA DE LA SOCIEDAD DE HECHO?

Autores: Horacio P., Guillermo H. F. y Andres A. GARAGUSO

Colegio de Abogados de Mar del Plata

SI BIEN PARA ACREDITAR LA EXISTENCIA DE LA SOCIEDAD DE HECHO SON ADMISIBLES TODOS LOS MEDIOS DE PRUEBA, LA MISMA DEBE SER COMPLETA Y CONCLUYENTE Y DEMOSTRAR QUE LA RELACIÓN ENTRE LAS PARTES PRODUJO LA CONSTITUCIÓN DE UNA SOCIEDAD.

JURISPRUDENCIA

“Falconer, Jorge David vs. Cruz, Beatriz s. Ordinario” - 22/12/2016 - Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial Sala E - Rubinzal Online - RC J 1732/17

1) Corresponde rechazar la demanda por rendición de cuentas interpuesta por el actor contra la demandada, sobre su gestión como administradora de la sociedad de hecho que afirmó haber integrado junto con ella, toda vez que, de las constancias de autos y las distintas pruebas producidas, no surge de manera completa y concluyente que la vinculación habida entre las partes haya dado nacimiento a una sociedad; y en tal sentido, la prueba documental -instrumento titulado ‘contrato de constitución de una sociedad de hecho’, sin fecha cierta- acompañada en el escrito de demanda, con firma que cabe atribuir a la accionada (según dictamen pericial caligráfico), resulta insuficiente a los fines pretendidos por el reclamante, en tanto solo justificaría un elemento, el consentimiento, mas no los demás exigidos como imprescindibles para concluir en la existencia del ente. En ese sentido se ha sostenido que la prueba debe estar dirigida a acreditar la existencia de los elementos esenciales caracterizantes del fenómeno societarios (arts. 1 y 11, Ley 19550).

2) No ha quedado acreditada la integración de los aportes supuestamente comprometidos en el instrumento; no existe prueba en el expediente del aporte en efectivo que debía efectuar el demandante, ni del aporte en especie consistente en ‘maquinarias y elementos operativos’ que correspondía a la demandada, los cuales ni siquiera fueron identificados. Es que los aportes constituyen, justamente, uno de los elementos esenciales de la sociedad, sin los cuales no puede existir. No existe tampoco prueba de la conformación de un fondo común para la consecución del objeto social. Tampoco existen constancias de movimientos bancarios o de pagos en efectivo realizados desde la

cuenta de la demandada y en favor del actor que podrían indicar la existencia de la entrega de dividendos. Los únicos desembolsos, realizados por la demandada al actor, refieren a los sueldos por la relación laboral que los unía, conforme fluye del legajo personal del actor y libros laborales. En concreto, sin perjuicio de lo que resulta del instrumento, el actor debió probar que entre las partes se vincularon afectiva y asociativamente para formar una persona jurídica diferenciada de ambos, y ello no ha quedado efectivamente acreditado en autos.

FUNDAMENTACIÓN

En encuentros anteriores (56 Encuentro de Institutos de Derecho Comercial realizado en Mar de Ajó en noviembre de 2012 y 58 Encuentro de Institutos de Derecho Comercial, realizado en Dolores 28 y 29 de noviembre de 2013, en el primero los suscriptos y en el segundo en ponencia de uno de los autores) analizamos la doctrina legal sentada por la SCBA sobre la existencia de prueba suficiente para tener por acreditada la existencia de la sociedad de hecho. La Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos había sentado doctrina legal sobre la materia (6 de junio de 2011 in en “BARCI DORA C/ SALABERRY MAXIMO S/DISOLUCION Y LIQUIDACION DE SOCIEDAD”) al decidir que:

“Corresponde hacer lugar a la demanda por disolución y liquidación de la sociedad de hecho constituida por concubinos, en tanto se tiene demostrado la existencia de los trabajos, patrimonio común, comunidad de aportes, pérdidas y ganancias que constituyeron los elementos de toda sociedad”.-

“La prueba de la sociedad de hecho entre concubinos no puede basarse en principio en presunciones, sino mediante la acreditación de efectivos aportes de dinero o de trabajo, con miras a obtener una utilidad económica, debiéndose apreciar la prueba con criterio restrictivo”.-

“La affectio societatis ha sido calificada por casi toda la doctrina como un elemento específico y esencial del contrato de sociedad, habiéndose remarcado por algunos autores como el único rasgo típico y distintivo que ofrece dicho convenio; la voluntad de asociarse debe entenderse como la voluntad de colaborar en forma activa en la empresa común todo ello en el marco de igualdad jurídica pues, en la relación societaria, no existe subordinación por parte de alguno de los contratantes – socios- hacia el o los otros”.-

Un fallo reciente de la Cámara de apelaciones Civil y Comercial III de Córdoba se ha ocupado de la misma cuestión, fijando una posición semejante, ciertamente restrictiva (julio 2 de 2013, in re “Guimaraes Gabriel c/ Bustos Fernando s/ Societario”, RCJ 14731/13, Rubinzal Culzoni on line), lo que no contradice el sistema normativo. En efecto, si bien el artículo 25 de la ley 19550 establece que “la existencia de la sociedad – de hecho o irregular- puede acreditarse por cualquier medio de prueba”, será necesario que la prueba sea categórica. Se sigue de lo expuesto que puede admitirse cualquier medio de prueba, pero será necesario que la acreditación sea concluyente en el sentido que exista una sociedad, y ello mas allá de toda duda. En este sentido el pronunciamiento Cordobés resolvió:

“Corresponde confirmar la sentencia que rechazó la demanda de disolución de una sociedad de hecho por cuanto la presentación que efectuó el actor frente al juez con materia societaria luego de que no se avocara a la causa el juez civil- disolución de una sociedad de hecho y rendición de cuentas- implicó una transformación de la pretensión originaria – resolución de un mandato tácito-, dado que se alteró el objeto inicial, y porque, además, no se demostró la existencia de una sociedad de hecho entre las partes, surgiendo de las pruebas que las partes operaban en forma independiente y que ocasionalmente el demandado actuaba como mandatario del actor, no habiéndose acreditado aporte de dinero del actor, ni que la actividad desplegada por el demandado resultara un aporte a una persona jurídica independiente ni distribución de ganancias”.-

Se sigue claramente de lo expuesto que si bien puede recurrirse a cualquier medio probatorio – testigos inclusive- deben probarse aquellas cuestiones que justifican la existencia de la sociedad, mencionado ambos precedentes: existencia de aportes, imputación a la sociedad de los actos del representante, o distribución de ganancias. El fallo que motiva la presente sigue esta tendencia por lo que la prueba de la existencia de la sociedad irregular o de hecho debe ser definitiva, y en caso de duda no corresponde presumirla, por el contrario el criterio restrictivo empleado por los tres tribunales conducirá a su desconocimiento.-

Nº 35:
RESPONSABILIDAD DE LOS SOCIOS EN LAS SOCIEDADES DE LA SECCIÓN IV

Autor: Dr. E. Daniel BALONAS

Colegio de Abogados de Lomas de Zamora.

Pese a las importantes reformas del régimen de sociedades no inscriptas o informales contempladas en la sección IV del capítulo I de la L.G.S. introducidas por la Ley 26994, especialmente en materia de responsabilidad, sus socios siguen respondiendo ante terceros en forma directa, sin beneficio de excusión.

1. INTRODUCCIÓN.

Entre los cambios que la Ley 26994 introdujo en la 19550, cambiando incluso su denominación, puede señalarse como el más radical el que incluye a la Sección IV de su Capítulo I.

En esencia, la mentada Sección IV, no ha dejado de constituir un régimen de inoponibilidad –aunque mucho más atenuado ahora- para cierto grupo de sociedades que comparten como elemento común su falta de inscripción.

Curiosamente, la reforma más importante de la sección IV deriva del art. 17 de la LGS, incluido en la Sección III “de las Nulidades”, donde se dispuso que las sociedades atípicas ya no serán nulas sino que solo se las sanciona con la inoponibilidad de las reglas del tipo y su encuadramiento en la mentada sección IV.

Si a ello sumamos la unificación civil y comercial que dejaba huérfana de normativa a las viejas sociedades civiles, así como el nuevo régimen de subsanación que remite a esta sección también a las sociedades anulables, vemos que el elenco al que aplicaremos los artículos 21 y siguientes de la LGS ha quedado notoriamente ampliado.

2. RESPONSABILIDAD.

Dejando de lado otras reformas para introducirnos en la cuestión que inspira esta ponencia, vemos que la nueva normativa ha resuelto la cuestión del siguiente modo:

No se incluye ningún tipo de limitación a la responsabilidad análoga a las que los arts. 134, 141, 146, 163 y 315 disponen para ciertos tipos del Capítulo II, lo que determina la ilimitación, que es la regla general en materia de obligaciones. Entendemos que este régimen es imperativo, lo que impide a los socios lograr la oponibilidad de limitaciones que pudieran introducir en el contrato social.

Sin embargo el nuevo artículo 24 ha traído un novedoso y cuestionable régimen de mancomunación por partes iguales que viene a reemplazar a la solidaridad que hasta ahora regía la responsabilidad de socios. Esta propia norma aclara que estas reglas pueden ser dejadas sin efecto estableciendo un nuevo régimen de solidaridad o una distinta proporcionalidad, ya sea en el contrato social en la medida que resulte oponible, o en un acuerdo con un acreedor particular o por derivación de las reglas del tipo que manifestaron adoptar. Así las normas sobre mancomunación y proporcionalidad son disponibles por las partes, lo que refuerza la idea de que la ilimitación no lo es.

Pero nada dice el nuevo régimen sobre el otro gran aspecto de la responsabilidad, esto es si funciona en forma directa, habilitando a los acreedores a ejecutar directamente a todos o algunos¹ socios o si, por el contrario, tienen los socios responsabilidad solo subsidiaria, pudiendo invocar el beneficio de excusión, exigiendo que primero se ejecute el patrimonio social y solo agotado este se les requiera que asuman ellos los compromisos.

Tal es el cuestionamiento que aquí nos formulamos e intentaremos resolver.

3. RESPONSABILIDAD DIRECTA O SUBSIDIARIA.

3.1. EL RÉGIMEN DE LA LEY 19550 ANTERIOR A LA REFORMA DE LA LEY 26994.

En el régimen anterior nadie dudaba de la responsabilidad directa, asumiendo que la subsidiaria era solo para las sociedades regulares. Ello no solo a partir de la redacción del art. 56 LGS² sino de la letra expresa del art. 23 de la entonces LSC que expresamente indicaba que los socios de estas sociedades no podían invocar el beneficio de excusión.

Entre la pacífica doctrina que así lo sostenía puede citarse a Ricardo Nissen³ y a José I. Romero⁴.

Pese a tan clara norma se suscitó alguna controversia en la ejecución de títulos de crédito librados por sociedades no regulares, llegándose a resolver en “*Banco de Ultramar S.A. c/ Diseños Eggo y Otros*”⁵ y en “*Romero, M.J c/ Freeway S.R.L. y otros*”⁶ que en materia de títulos de crédito librados por la sociedad, el art. 23 de la entonces LSC resultaba inaplicable, gozando los socios del beneficio de excusión, fundado en la sola existencia de la personalidad diferenciada.

Tal jurisprudencia mereció críticas de la doctrina, que pese a la claridad del art. 23 debió

¹ Obviamente, a cada uno sólo por su parte de la obligación.

² Que remitía a las reglas de cada tipo social, entendiéndose en consecuencia que el beneficio de excusión dependía de la oponibilidad de un contrato, lo que era inviable en las sociedades no inscriptas.

³ NISSEN, Ricardo A, *Sociedades Irregulares y de Hecho*, Hammurabi, Buenos Aires, 1989, pág. 74 y 75.

⁴ ROMERO, José I., *Sociedades Irregulares y de Hecho*, Depalma, Buenos Aires, 1982, pág. 174, quien cita diversos precedentes jurisprudenciales: CNCom, Sala C, 28/9/1976 y CNCom Sala A, 23/7/1979 ED 85-215

⁵ CNCom, Sala C, 22/3/192, ED 99-381 con nota en contra de Vázquez, A. citado por NISSEN en “Ley de Sociedades Comerciales”, Abaco, Buenos Aires, octubre de 1996, T. I, pág. 266.

⁶ CNCom Sala B, 13/8/1984, citado por NISSEN, op citada, t. I, pág. 266.

explicar que la personalidad diferenciada no implicaba necesariamente el beneficio de excusión y que, al contrario, la regla era la responsabilidad directa y solo la excepción era tal beneficio. Ello se reforzaba con que cuando la Ley había querido conceder el beneficio de la subsidiariedad lo había dicho, tal como acontece en el art. 125.

3.2. LA REFORMA DE LA LEY 26994.

En la reciente reforma, no se ha modificado el art. 56, que sigue aludiendo al tipo social a la hora de indicar cómo se ejerce la acción contra los socios, dejando al menos un manto de duda sobre la posibilidad de la aplicación de tal norma a las sociedades no inscriptas.

Y si bien es cierto que en la nueva redacción, el artículo 24 que es el que ahora trata la responsabilidad de los socios, nada dice ni sobre la cuestión. No parece que esto pueda entenderse como una vocación de derogar la limitación, ya que el legislador ha reescrito toda la sección, lo que impide analizar desde ese punto de vista la ausencia de la norma expresa. Tampoco se ha dicho que el art. 56 ahora resultara aplicable.

Hay quien interpretó la ausencia de solidaridad entre socios y sociedad que implícitamente trae el art. 24 LGS, como una reafirmación de la subsidiariedad, sin embargo es un error confundir dos conceptos diversos como lo son solidaridad y subsidiariedad. En efecto nada impide que la responsabilidad sea solidaria y subsidiaria —como por ejemplo ocurre en la sociedad colectiva—, así como nada impide la responsabilidad simplemente mancomunada y directa, lo que permitiría demandar a algún socio o a todos ellos por su parte en el cumplimiento de cualquier obligación social, sin necesidad de previa excusión de los bienes sociales y sin perjuicio de su derecho de repetición.

Por nuestra parte entendemos que la ausencia de norma expresa nos lleva a la situación previa a la Ley 19550, donde el Código de Comercio no resolvía en concreto la cuestión.

3.3. EL ANÁLISIS DE LA CUESTIÓN EN LA VIGENCIA DEL CÓDIGO DE COMERCIO, PREVIA A LA LEY 19550.

Disponía el art. 288 que “*todos los que contrataren a nombre de sociedades no constituidas regularmente o que no funcionasen conforme a las disposiciones de este Código, quedarán, en cuanto a los respectivos actos, obligados personal, ilimitada y solidariamente*”.

No escapa a nuestro conocimiento que tal norma regía en tiempos en que la personalidad de estas sociedades era cuando menos cuestionada, sin embargo no solo terminó por imponerse la tesis de reconocer la personalidad, sino que en los más de cuarenta años de vigencia de la Ley 19550, personalidad y responsabilidad directa coexistieron perfectamente, y se entendió que el modo en que un socio respondía ante terceros en ningún caso mellaba la personalidad.

En tal régimen afirmaba Zavala Rodríguez⁷ que no es necesaria la previa excusión de los bienes sociales, porque de otro modo sería colocarlos en perfecta igualdad con las sociedades regularmente constituidas.

⁷ ZAVALA RODRÍGUEZ, Carlos Juan, *Código de Comercio y Leyes Complementarias Comentadas y Concordadas*, Depalma, Buenos Aires 1971, t. I, pág. 319 número 596, con cita de CNCom Sala B, JA 1953-IV-1555 y de GARO, *Sociedades*, T. II, Nº 74, pág. 111

El propio Halperín⁸, con anterioridad a la Ley 19550 indicaba que los socios no gozan del beneficio de excusión del art. 443 que la jurisprudencia sólo mantiene para las sociedades regulares.

Vemos en consecuencia que la situación previa a la Ley 19550 era que pese a no existir ninguna norma que excluyera a las sociedades irregulares del art. 443 C.Com (antecedente del actual 56), fue la jurisprudencia y pacífica doctrina quien las excluyó. Y podríamos encontrar el fundamento en la inoponibilidad del contrato social que impedía pretender tal beneficio.

Este régimen, creado por la doctrina y receptado por la jurisprudencia, pasa en el año 1972 a ser una norma legal⁹.

A diferencia de otras normas que podrían leerse como sancionatorias –Vgr. la inoponibilidad del contrato entre socios, o la potestad de cada uno de disolver, originalmente sin chance de oponer la regularización- la responsabilidad directa era consecuencia de la inoponibilidad del contrato hacia terceros, y por ello no puede razonablemente entenderse que ello ha cambiado por el solo hecho de no conservarse en el nuevo texto legal la expresa prohibición de invocar el art. 56.

Reiteramos, la situación actual es idéntica a la que rigió antes de la Ley 19550, y nada nos lleva a una solución distinta.

El contrato sigue siendo, en esencia y en la generalidad de los casos, inoponible a terceros.

4. LA REGULACIÓN DE LA MATERIA EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL.

Pero aún si obviamos el análisis anterior, podríamos llegar al mismo resultado partiendo de las normas de derecho común vigentes para el caso de obligaciones con sujeto plural y simplemente mancomunadas, ello a tenor del art. 24 de la LGS.

El art. 826 del CCyC remite, en materia de obligaciones simplemente mancomunadas a la sección sexta del mismo capítulo según que su objeto sea divisible o indivisible. Es claro que en el caso de deudas dinerarias –que de eso se trata- la remisión opera a los artículos 805 a 812, donde el art. 808 indica que rige el principio de división por el cual la obligación debe fraccionarse en tantos créditos como deudores, y que cada una de las partes equivale a una prestación diversa e independiente de las otras.

Tenemos así que cada socio tiene con el acreedor social que pretenda ejecutar su crédito una obligación distinta e independiente, sin responder unos por la insolvencia de otros. O sea que el acreedor podría demandar a cada uno de ellos por su parte.

Pero ello no termina de resolver la cuestión, ya que por cada una de esas obligaciones ya divididas, tenemos dos deudores, el socio correspondiente y la sociedad. Pero esta obligación de sujeto plural no puede resolverse ni con las reglas de la solidaridad –que aquí no existe- ni tampoco con las de la mancomunación, ya que el socio y la sociedad responden ambos por el total de la deuda correspondiente a la porción del socio que se trate¹⁰. Estamos aquí en presencia de una obligación concurrente de las reguladas en el art. 850 y ss. del CCyC, ya que se trata de dos deudores que deben el mismo objeto en razón de

⁸ HALPERIN, Isaac, “Sociedades Comerciales”, Depalma, Buenos Aires, 1966, pág.164.

⁹ ETCHEVERRY, Raúl Aníbal, “Sociedades Irregulares y de Hecho”, Ed. Astrea, Buenos Aires 1981, pág. 227.

¹⁰ Que por regla es igual a la de cada uno de los demás socios, salvo las excepciones del art. 24 LGS

causas diferentes, una por el negocio jurídico, acto u hecho que determinó el nacimiento de la obligación y el otro por la responsabilidad derivada del art. 24 LGS.

Y allí el art. 851.a CCyC indica expresamente que el acreedor tiene derecho a requerir el pago a uno, a varios o a todos los codeudores, simultánea o sucesivamente.

De hecho en el código solo se presume el beneficio de excusión en el contrato de fianza, lo que claramente es un presupuesto distinto a la responsabilidad del socio por las obligaciones de la sociedad en la que participa y no inscribe.

O sea que no existe el beneficio de excusión para el codeudor, salvo pacto expreso, que en el caso que nos ocupa resulta inviable.

5. CONCLUSIÓN.

En el nuevo régimen de la Sección IV de la LGS, conforme reformas de la Ley 26994, los socios responden por las deudas sociales en forma simplemente mancomunada y por partes iguales –salvo los supuestos de excepción del art. 24-, y siempre en forma ilimitada y directa, sin poder invocar el beneficio de la excusión.

N° 36:

INTERVENCIÓN JUDICIAL DE LAS SOCIEDADES DE LA SECCIÓN IV.**Autor:** Guillermo Andrés MARCOS.*Colegio de Abogados de Bahía Blanca.***Procede la intervención judicial en las sociedades de la Sección IV, pero las características de la medida dependen de la forma en que se instrumentó la sociedad.****Desarrollo:****I.- La situación frente a las sociedades irregulares y de hecho.**

Antes del dictado de la ley 26.994, la doctrina judicial y de los autores, divergía en torno a la procedencia de la medida cautelar del art. 113 de la L. 19.550 en las sociedades irregulares y de hecho.

Así, los tribunales bonaerenses se mostraron partidarios de la intervención en este tipo de entes, aunque limitada a la liquidación definitiva de la sociedad; encolumnándose en esta tendencia los tribunales de Bahía Blanca¹, La Plata² y Pergamino³, en consonancia con algunos pronunciamientos de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial⁴.

¹ “Aun tratándose de una sociedad irregular, procede la intervención judicial si se advierte “prima facie” serias divergencias entre los socios, y con el objeto de asegurar el normal desenvolvimiento de la actividad social, de las operaciones pendientes y eventualmente la liquidación definitiva de la entidad (Farina, Juan M., “Tratado de Sociedades Comerciales”, Parte Gral., ps. 459/60, Bs.As., 1978). La circunstancia de tratarse de una sociedad no constituida regularmente, no obsta entonces a la adopción de una medida cautelar como la que nos ocupa, desde que la participación en la administración que corresponde a los socios no basta para asegurar sus derechos en circunstancias como las precedentemente referidas (doct.arts.113 y 114 L.S. y arts.195 y ss. C. Proc.)...”. (C. Civil y Com. de B. Bca. Sala I exp. 95401, 06/02/1996 ‘Fernández, Eduardo M. c/ Bastera, Héctor L. y otro s/ Disolución y liquidación de sociedad de hecho’, Libro de Interlocutorias 83, n° de orden 5).

“En esa inteligencia, es del caso destacar que aun después de la reforma de la ley 22.903, la acción de intervención de las sociedades irregulares o de hecho debe estimarse como de aplicación restrictiva, toda vez que la ley especial sólo la concibe en el marco de la acción de responsabilidad de los administradores y como medida cautelar destinada a impedir durante su transcurso los perjuicios de su administración (doct. arts. 114 L.S.C.). Sin embargo, en estos autos puede hacerse excepción a dicha normativa en la medida que se encuentran acreditadas prima facie una serie de anomalías que amenazan el interés societario y la medida cautelar se petició en el juicio promovido por disolución y consecuente liquidación del ente social. Esto así, es evidente que se dan idénticos peligros que en los caso de remoción de administrador en las sociedades regulares, pues con la medida solicitada se persigue establecer el

En punto a la doctrina de los autores, mientras la auspiciaban Halperin⁵; Muguillo⁶, Roitman⁷, Nissen, aun cuando como accesoria de la acción de disolución⁸, Cámara⁹, Bolesso¹⁰ y Molina Sandoval¹¹; la rechazaban Esandi¹², Romero¹³ y Cabanellas de las Cuevas, aun cuando éste último la admitía una vez que la sociedad se encontraba disuelta¹⁴.

En realidad, los argumentos contrarios a la intervención eran consistentes: Si el contrato no podía oponerse entre las partes, resultaba difícil formular reproche alguno al administrador, basado en él. Por otra parte, todos administraban, vale decir que también resultaba escabroso identificar un responsable. Por otra parte resultaba imposible el cumplimiento de agotar los recursos acordados por el contrato social por cuanto sus términos no podían ser opuestos a los socios, y además, cada socio tenía a su mano la posibilidad de provocar la disolución.

Para sortear tales dificultades Halperin reclamaba que se indagara quién en la realidad de la vida de la sociedad ejercía la administración¹⁵; Nissen la admitía, pero no como escolta de la acción de remo-

haber societario y su composición, así como en la preservación de este a los fines de su liquidación, propósitos que trascienden la restricción precedentemente apuntada...” (C. Civil y Com. de B. Bca. Sala 1, “Arévalo, Jorge Horacio c/ Peralta Luis Miguel s/ Disolución y liquidación de sociedad irregular. Inventario e intervención de la sociedad” exp. 98557, 19/06/1997, Libro de Interlocutorias 18, n° de orden 296).

² “Si “prima facie” se demuestra la existencia de una sociedad de hecho, así como que el accionante ha sido desplazado del manejo de la cosa común, es viable la intervención de la sociedad...” (CC0201 LP 102549 RSI-209-4 l 29-6-2004, ‘Velazquez, Nora E. c/ Mendez, Miguel Ang el y ots. s/ Disolución y liq. de sociedad’, Base JUBA B255309).

³ “Si se encuentra acreditada la existencia de la sociedad de hecho con graves desavenencias entre los socios, el peligro en la demora y la naturaleza de los numerosos bienes muebles afectados a su operatoria, se hace necesaria la colaboración de un auxiliar de la justicia, apareciendo prudente la designación de un veedor judicial a los fines de realizar inventario de bienes, vigilar operaciones y actividades que se ejerzan respecto de ellos y brindar informe al juzgado sobre lo actuado: actividades de la sociedad, créditos y obligaciones, existencia de juicios, empleados, etc...” (CC0000 PE, C 5463 RSI-57-5 l 15-3-2005, ‘Berretta, Néstor Fabián c/ Montardit, Héctor Manuel s/ Medidas cautelares’, Mag. votantes: Gesteira-Ipiña-Levato Trib. de origen: JCO300 Base JUBA B2801769).

⁴ Cám. Nac. Com., Sala A, 11/11/2009, “Sasson, Gisela Andrea c/ Compagnoli, María del Luján s/ Medida precautoria”; Cám. Nac. Com., Sala F, 9/8/2011, “Rabagliatti, M.V. c/ Fernández Loyarte, Ignacio y otros s/ Ordinario s/ Incidente de apelación (art. 250 CPCC)”.

⁵ Halperin, Isaac; ‘Curso de Derecho Comercial’, Vol. 1, pág. 458, Editorial Depalma; Buenos Aires, setiembre de 2000.

⁶ Muguillo, Roberto, Sociedades Irregulares o de hecho, Editorial Gowa, Buenos Aires, 2003.

⁷ Roitman, Horacio; Ley de Sociedades Comerciales, Tomo II, pág. 675.

⁸ Nissen, Ricardo, Ley de Sociedades Comerciales, Tomo 2, pág. 310, Editorial Abaco, Buenos Aires, abril de 1997.

⁹ Cámara, Héctor. Derecho Societario. Estudios relacionados con las leyes 19.550 y 22.903, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1985, p. 627.

¹⁰ Bolesso, H., “Intervención Judicial en las sociedades no constituidas regularmente”, L.L. T. 1986-E, pág. 1015.

¹¹ Molina Sandoval, Carlos; Régimen Societario. Parte General. Tomo II, pág. 1.140 a 1.144, Lexis Nexis, Buenos Aires, agosto de 2004.

¹² Esandi, Luis María; “Las sociedades no constituidas regularmente y su intervención”; La Ley, 1997-D, 410.

¹³ Romero, José Ignacio; “Sociedades Irregulares y de Hecho”, págs. 159/161, Editorial Depalma, Buenos Aires, abril de 1982.

¹⁴ Cabanellas de las Cuevas, Guillermo; Derecho Societario. Parte General, pág. 330, Editorial Heliasta, Buenos Aires, 2003.

¹⁵ Halperin, Isaac; ‘Curso de Derecho Comercial’, Vol. 1, pág. 458, Editorial Depalma; Buenos Aires, setiembre de 2000.

ción de administradores¹⁶, y la Cámara de Bahía Blanca, la entendía como una medida cautelar dentro del proceso de disolución.

II.- La intervención en las sociedades de la Sección IV.

Frente al cambio de régimen, resulta menester analizar la aptitud y alcances de la medida cautelar en estudio, teniendo en cuenta las siguientes modificaciones:

- El contrato, ahora, es oponible entre los socios (art. 22 L.G.S.).

- Las cláusulas relativas a la representación y a la administración pueden ser invocadas entre los socios (art. 23 L.G.S.).

- Cualquiera de los socios representa a la sociedad (art. 23 L.G.S.).

- Se ha modificado el disfavor con el que la ley regulaba a estas sociedades al modificar el sistema de responsabilidad de corte sancionatorio.

A los fines de proceder a nuestro análisis corresponde hacer las siguientes distinciones, siempre en relación a las sociedades ubicadas en la Sección IV:

a) Sociedades con contrato escrito, en los que existe designación o identificación de los administradores y descripción de sus obligaciones, así como regulación del funcionamiento de sus órganos.

En este caso, no existe objeción valedera para la procedencia de la intervención por cuanto:

Se encuentran identificados los administradores y definidas sus obligaciones.

Es posible agotar los recursos acordados en el contrato social y también promover acción de remoción (art. 114 L.G.S.).

La intervención judicial, en este caso, frente a la conducta de sus administradores, debería ser admitida como si se tratara de una sociedad regular.

b) Sociedades sin contrato escrito o instrumentado de modo precario.

En este caso, nos encontramos con sociedades que carecen de instrumentación o ésta resulta tan precaria que no existe identificación de los administradores ni descripción de sus funciones.

¹⁶ Nissen, Ricardo, Ley de Sociedades Comerciales, Tomo 2, pág. 310, Editorial Abaco, Buenos Aires, abril de 1997.

Vale decir que, en tal supuesto, cobrarían vigencia las objeciones que se hubieron alzado contra las sociedades irregulares y de hecho, toda vez que no habría cláusulas contractuales que pudieren invocarse; resultaría imposible intentar una acción de remoción o agotar los recursos contractuales.

Debiera recordarse –por otra parte- que, aunque la ley no lo dice de modo expreso, debe interpretarse que, frente al silencio del contrato, todos los socios administran.

En nuestra opinión la falta de contrato escrito no inhibiría la pertinencia de la medida cautelar que se analiza, pero no ya como accesoria de la acción de remoción, sino como subalterna a la acción de disolución.

Éste fue, como lo recordáramos, el temperamento de los tribunales bonaerenses y también de los autores.

Razones de estricta justicia fundamentan la propuesta, ya que la laxitud en cuanto a las formalidades de constitución de tales sociedades, no puede ser utilizada para el abuso o para coonestar conductas ilícitas¹⁷. De tal modo, comprobado que sea el actuar dañoso del administrador, corresponde su desplazamiento de la administración de modo cautelar, para garantizar la integridad del patrimonio social y los derechos de los socios durante el desarrollo del trámite liquidatorio.

La procedencia de la intervención, en estos casos, tiene el fundamento sustantivo que proviene de la necesidad de prevenir un daño o evitar su agravamiento, y a la que abastecen los arts. 1710, 1711 y 1713 del CCC, y la legitimación del socio peticionante de la medida surge con toda claridad del art. 1712 del mismo ordenamiento.

¹⁷ Muguillo, Roberto; "Sociedades no constituidas regularmente", pág. 155, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2016.

Nº 37: ALGUNOS ASPECTOS BANALES DE LA 19.550.

Autor: Dra. CELEIRO, Irene.

Colegio de Abogados de San Isidro.

El Código Civil y comercial al realizar cambios significativos de la Ley 19550 innovando sobre cuestiones que hasta la reforma se encontraban arraigadas en el ordenamiento societario, generó la flexibilidad que permiten a microempresas que enfrentan graves dificultades tanto financieras como operativas, crear las condiciones del contrato social ajustando a las necesidades de los socios sin tener que caer en la rigidez de los tipos societarios del Capítulo II de dicha ley. Asimismo brinda una solución a la imposibilidad de oponer el contrato social entre socios, situación que hasta la reforma ha sido criticada y que el actual régimen ha contemplado y subsanado.

I.- INTRODUCCIÓN

El Código Civil y Comercial realizó cambios significativos a la Ley 19.550, de aquí en adelante la denominaré "LGS", innovando sobre cuestiones que hasta la reforma se encontraban arraigadas en el ordenamiento societario.

A modo de ejemplo podemos mencionar:

- La posibilidad de formar sociedades con un solo socio, con todas las críticas que se ha realizado a esta reforma por imponer cargas, como la obligación de contar con una sindicatura integrada por tres miembros y una fiscalización permanente, que por sus costos imposibilitaría a las PYMES de su utilización;
- La creación de un nuevo Registro Público que no realizaría un control de legalidad registral, sino que funcionaría como un simple registrador y consecuentemente no analizaría el contenido de los instrumentos ya sea al momento de la constitución como durante su funcionamiento;

Situación criticada por la mayoría de la doctrina, como menciona Marcelo Perciavalle quien indica "el control de legalidad no puede ser sino amplio y profundo, excediendo las constancias del documento a inscribirse para adentrarse al negocio fundamental que le dio origen; puede no arribarse a otra conclusión si se parte de la idea de que la finalidad de dicho control es evitar la pro-

moción de futuros litigios lo cual se puede lograr mediante un minucioso examen del acto a inscribirse".¹

Y agrega: "se justifica así legalmente la actuación de la Inspección General de Justicia, encargada de fiscalizar las operaciones en las que participan sociedades locales y extranjeras en orden a valorar sus correcto funcionamiento como tal dentro de la República, y a corroborar que no se realicen operaciones irregulares tras una máscara de apariencia." (Perciavalle)

Es decir quedaría vacía la finalidad esencial por la cual fue creado el Registro Público que es dar seguridad jurídica en el tráfico mercantil.

- Permitiendo que los cónyuges pueden constituir todo tipo de sociedades, incluyendo a las sociedades de la sección iv y generando una apertura en la capacidad de los cónyuges.

En tal sentido el art. 27 la LGS dice "Los cónyuges pueden integrar entre sí sociedades de cualquier tipo y las reguladas en la Sección iv" y vendría a contradecir el inc d) del art. 1002 que indica "inhabilidades especiales. No pueden contratar en interés propio... d) los cónyuges bajo el régimen de comunidad entre sí."

El inc. a) del art 963 del Código Civil y Comercial, que trata la prelación normativa, primero menciona a la ley especial y luego al Código y en consecuencia el art 27 LGS prevalecería sobre el inc a) art 963 del CCyCN

- no sancionando a aquellas sociedades informales o irregulares del capítulo IV de la LGS;
- relativizando la omisión de requisitos esenciales a la hora de constituir una sociedad.

Son varios los cambios introducidos por la Ley 26.994 siendo mucho de los institutos como las sociedades simples o irregulares correspondientes al capítulo IV de la LGS, con un régimen inverso al anterior en ciertos aspectos centrales.

En vistas al principio de conservación de la empresa, la libertad contractual y el fomento a negocios de menor envergadura o trascendencia económica, el legislador abandona el régimen sancionatorio (lo que antes devengaba en una nulidad absoluta ahora deviene en el otorgamiento de plena personalidad), fomentó la autonomía de la voluntad y el reconocimiento de estas sociedades como entes susceptibles de adquirir derechos y obligaciones diferenciados de sus socios, resultando el contrato social no inscripto plenamente oponible entre socios y con respecto a terceros, dependiendo del grado de conocimiento de estos últimos.

Siendo este tema de las sociedades irregulares o informales uno de los puntos de mayor expresión de la banalización de la LGS y por su incuestionable función en las pequeñas economías, voy a centrarme a analizar sus aspectos más sorprendentes.

¹ Marcelo Perciavalle en su obra Ley General de Sociedades Comentada, Ed. Erreius, página 11

II. ¿QUÉ SOCIEDADES QUEDAN COMPRENDIDAS EN LA SECCIÓN IV?

El artículo 21 de la LGS establece tres supuestos especiales que quedaría comprendidos en la sección IV:

(a) Sociedades que no se constituyan con sujeción a los tipos previstos en el Capítulo II de la LGS; es decir las sociedades que no se incluyen dentro de las típicas: sociedad de responsabilidad limitada, sociedad anónima, sociedad anónima con participación estatal, sociedad anónima unipersonal, en comandita por acciones, en comandita simple, capital e industria y sociedades colectivas.

La idea originaria del legislador fue la de cerrar la voluntad de los participantes en la utilización de formas societarias más flexibles y diferentes a las previstas por ley. Cuestiones esenciales como la responsabilidad de los socios se encontraban preestablecidas por ley y esto junto con otros elementos evitaba engaños y maniobras hacia terceros, dando seguridad jurídica. Con esta reforma, se avanzaría a una dirección opuesta, dejando a los participantes armar con libertad y sin ataduras las piezas que más les convenga.

(b) Sociedades que omitan requisitos esenciales; tipificantes, es decir cuando se omiten aquellas características fundamentales que se exigen para cada tipo societario, como por ejemplo no integrar totalmente el capital social en una SAU, no tener representado el capital social por cuotas en el caso de una SRL; o **no tipificantes**, son aquellos que normalmente se encuentran contenidos en el art 11 de la LGS (denominación del ente y su domicilio, a la determinación del objeto, cuestiones relacionadas con el capital social, a la forma en que se efectúe la mención de cada aporte, a la determinación del plazo de duración de la sociedad) y en consecuencia comunes a todas las sociedades, no siendo determinantes de la tipología.

Hasta la reforma, los efectos de los requisitos tipificantes y no tipificantes producían efectos diferentes: los primeros importaban la nulidad de la sociedad mientras que los requisitos no tipificantes generaban la anulación del contrato social pero la deficiencia podía subsanarse hasta la impugnación judicial, este sería un supuesto de nulidad relativa, mientras que el primer supuesto la nulidad era absoluta.

Bajo la reforma de la ley 26.994, coincido con Vítolo quien indica que la ausencia de los elementos tipificantes y no tipificantes se mezclan como si fueran lo mismo cayendo en una suerte de "cajón sastre", como un conjunto de cosas diversas, desordenadas con poca lógica en común pero incluidas en la Sección IV de la LSG con todos sus beneficios... bienvenidos a Disney World!²

(c) Sociedades que incumplan con las formalidades exigidas por la ley, siendo el inconveniente determinar que se entiende por "formalidades". Podríamos decir que se refiere a los vicios de forma, como la instrumentación, por ejemplo en el caso de una Sociedad Anónima que se constituye por instrumento privado cuando debiera hacerse por instrumento público (art. 165 LSG).

² Daniel R. Vítolo, Comentarios a las modificaciones de la ley 26.994 a la Ley General de Sociedades, 2da Edición, Editorial Ad Hoc., Página 127.

Varios autores como Vítolo y Lorenzetti han entendido que las formalidades se relacionan con elementos tales como lo verbal o escrito del contrato o la constitución por instrumento público o privado y no con la publicidad en el registro ya que esto poco tiene que ver con la “forma” del acto.

Si bien la diferencia parecería sutil, ha generado una discusión doctrinaria tendiente a dividir ambos supuestos

La reforma no incluye en forma expresa a las sociedades de hecho y no queda claro que ocurrirá con aquellas existentes, pero dado que el art. 23 de la LSG prevé que la existencia de las sociedades del capítulo IV podrá probarse por cualquier medio, incluiría medios no escritos y en consecuencia a éstas “sociedades”. Con respecto a las Sociedades de Hecho ya existentes, antes de la reforma, entiendo que las mismas permanecerán intactas y funcionando, manteniendo su CUIT y su personalidad jurídica.

Lo mismo ocurre con las sociedades irregulares, que son aquellas que si bien fueron instrumentadas, es decir que gozarían de una base escrita, carecen de publicidad por no haberse inscripto en el Registro Público de Comercio.

Asimismo, bajo esta categoría deberían incluirse a las sociedades civiles, ya que si seguimos la coherencia de la reforma, también se eliminó la palabra “comerciales” en la denominación de la ley (antes Ley de Sociedades Comerciales, ahora Ley General de Sociedades), descartando toda distinción entre sociedades civiles y comerciales.

La conclusión a la que arribo es que el capítulo iv representa una suerte de instituto residual, a través del cual todas aquellas “sociedades” que no cumplan con los requisitos de la sección II, sociedades regulares, pasarían por *default* a integrar este capítulo iv.

En definitiva la cabida que la ley 26.996 da a la omisión de requisitos esenciales, viene a relativizar y desvirtuar principios básicos del derecho societario como la tipicidad, que por la previsibilidad que esta genera brinda seguridad jurídica en el tráfico comercial haciendo prevalecer intereses sociales por sobre los de los socios.

Aquí también se pone en juego el tan discutido “orden público societario”, que si bien no es materia de este trabajo ha generado discusión en cuanto a su existencia y alcance en el ordenamiento societario y entiendo que alcanzaría aspectos tan sensibles como la omisión de estos requisitos esenciales.³

Como menciona Lorenzetti “*La tipicidad es uno de los parámetros tomados por el legislador de la ley 19550 para organizar todo el régimen societario. A través de estos moldes a los cuales deben adecuarse organizativamente quienes pretenden constituir una sociedad y hacer un sujeto de derecho, se persigue dar certidumbre respecto de los terceros en lo que hace al régimen de responsabilidad, representación, funcionamiento y vinculación del ente con todos aquellos que se relacionen con éste.*”⁴

³ Etcheverry R., “Sociedades comerciales: replanteo doctrinal de los efectos de su acto creativo”, R.D.C.O. 1978-11 p. 732.

⁴ Ricardo Lorenzetti, “Código Civil y Comercial de la Nación comentado”, Tomo xi, Ed. Rubinzal- Culzoni, Pag. 723.

III.- RESPONSABILIDAD DE LOS SOCIOS

Bajo los principios de la autonomía de la voluntad, libertad de contratación y la buena fé, el nuevo capítulo iv de la ley LGS viene a innovar la responsabilidad de los socios entre sí, eliminando el régimen sancionatorio.

A partir de agosto de 2015, los socios de una sociedad informal o irregular del capítulo iv no responden más en forma solidaria y directa frente a terceros por las deudas sociales, sino que por el contrario, la regla general es una responsabilidad simplemente mancomunada y subsidiaria.

Es decir que el acreedor ya no podrá exigir el pago de la deuda en forma total a uno o varios de los socios, como era usual antes de la reforma, sino que se le podrá reclamar a cada uno por su parte, excepto supuesto especiales de violación a las leyes.

Asimismo el contrato será plenamente oponible entre los socios, abandonando el antiguo régimen que impedía la rendición de cuentas así como todo derecho o defensa surgida del contrato social, hasta tanto la sociedad no estuviese liquidada.

La doctrina criticaba desde larga data la desproporcionalidad con la que el legislador castigada en este sentido a estas sociedades, dado que en la medida que el contenido del contrato fuera ajustado a la ley, a la moral y a las buenas costumbres, dejaba de tener sentido la rigidez con las que las trató el legislador.

Recordemos que bajo la versión original del art 23, los socios carecían de derechos tan básicos como los de exigirse el aporte recíprocamente, exigir la división de las ganancias y pérdidas, demandar a los consocios, entre otros derechos, muchos de los cuales podían llegar a reclamarse solo en el período liquidatorio, momento en el cual, por el tiempo transcurrido y la informalidad de estas sociedades, ya era tarde para hacerlos valer.

En este sentido, la reforma de la ley 26.994 evoluciona con respecto al régimen de responsabilidad entre los socios, permitiendo que, bajo el principio de buena fé, éstos cumplan con lo pactado en el contrato social.

Sin perjuicio de ello, a esta regla general, el art. 24 de la LSC prevé tres excepciones a considerar:

- (a) Exista un régimen diferente de responsabilidad y se lo haga conocer al tercero mediante la exhibición del contrato al inicio de la relación;
- (b) la sociedad haya optado por un régimen de responsabilidad diferente con determinados sujetos; o
- (c) cuando un régimen de responsabilidad distinto surgiera del tipo social escogido por los socios y hubieran omitido algunos elementos esenciales o la constitución adoleciera requisitos formales.

IV.- BIENES REGISTRABLES y QUIEBRA DE LAS SOCIEDADES DEL CAPÍTULO IV

Antes de la reforma de la ley 26.994, a las sociedades del capítulo iv se les prohibía registrar bienes y

en consecuencia los socios no gozaban del beneficio de la separación patrimonial entre sus bienes y los de la sociedad.

El nuevo texto legal rompe la limitación en la personalidad de estas sociedades autorizando la inscripción de bienes registrables para lo cual deberán cumplir con una serie de requisitos como la presentación de un documento que acredite el carácter de aquellas personas que afirman ser socios así como la existencia de la sociedad y las facultades de su representante.

El acto puede realizarse mediante escritura pública o por instrumento privado con firma autenticada por el escribano y el bien se inscribe a nombre de la sociedad y se debe discriminar la participación de los socios en la misma.

Toda esta información documental que exige la ley ayuda a brindar mayor certidumbre y seguridad jurídica en el tráfico mercantil y daría algún sostén para que la separación de las masas patrimoniales (patrimonio de los socios por una parte y de la sociedad irregular por otra parte) se realice con cierta prolijidad.

Asimismo, el mismo criterio de separación del patrimonio se aplica en caso de quiebra, siendo oponible frente a terceros la personalidad jurídica de las sociedades de la sección iv y en consecuencia las relaciones entre los acreedores particulares y los acreedores sociales se juzgarán como si se tratara de una sociedad regular, incluso respecto a los bienes registrables.

V. CONCLUSIÓN

Como hemos visto, las sociedades contempladas en la Sección IV de la LGS dejaron de tener una connotación sancionatoria. Esto se debe a que no hay una intención clara de desalentar la constitución de sociedades según los tipos previstos en el capítulo iv de la ley, como sí lo hacía el antiguo régimen.

Si bien la inscripción registral de las sociedades es lo ideal por brindar seguridad a terceros y a los mismos socios, el acceso a la información se ha vuelto complejo y burocrático. A modo de ejemplo en los últimos años la IGJ requería la demostración de un interés legítimo para acceder a los legajos de las sociedades y aun demostrándolo muchas veces se hacía inaccesible.

Tal como menciono arriba, el sistema registral societario se encuentra en crisis debido a la nueva función de los registros como simples registradores y a abrir camino hacia la eliminación del control de legalidad. Si bien falta que la IGJ y los demás registros provinciales adopten esta política, se estaría marcando un nuevo paradigma en materia registral.

Esto indicaría que en un futuro las sociedades del capítulo II, es decir las sociedades típicas, puedan sufrir una carencia en el control de sus requisitos y esto podría ser tan grave como la misma irregularidad societaria.

Dicho esto, es posible que la exhibición de un contrato social adecuado y eficaz, por ejemplo incluido en todos los contratos, con firma de todos aquellos que interactúen con la sociedad (empleados, proveedores) pueda ser una opción aceptable de publicidad frente a terceros.

Hasta ahora he tratado mirar positivamente y con apertura mental la reforma del capítulo IV.

Sin embargo, no puedo dejar de manifestar que sería prudente realizar una revisión del régimen de nulidades a efectos de evitar o al menos restringir la posibilidad de la existencia de sociedades de libre creación, ya sea limitando los supuestos de aplicación del artículo 21 de la LSG, o volviendo más severo el régimen de responsabilidad de los socios.

La combinación de las “libertades” que otorga la sección IV (la falta de inscripción registral, el régimen de responsabilidad mancomunado y subsidiario, la libertad de formas y requisitos sin caer en la nulidad sino por el contrario con grandes beneficios) puede llegar a ser peligrosa para la seguridad y el tráfico comercial, sobre todo si se las desvirtúa en perjuicio de terceros.

N° 38:
**DEBERES CONTABLES DE LOS ADMINISTRADORES DE
SOCIEDADES DE LA SECCIÓN IV**

Autor: Dr. E. Daniel BALONAS

Colegio de Abogados de Lomas de Zamora.

Al igual que en las sociedades regulares, los administradores de las sociedades incluidas en la sección IV del capítulo I de la L.G.S. deben rendir cuentas a través de una contabilidad llevada en legal forma y la emisión de estados contables. El incumplimiento de tal obligación los hace responsables ante la sociedad, los socios, e incluso terceros en caso de insolvencia, por el destino del patrimonio social que se les ha confiado y la rentabilidad que el mismo razonablemente debió producir. Ello sin perjuicio de su derecho a probar que la pérdida del patrimonio o de la rentabilidad no les es imputable.

1. INTRODUCCIÓN.

Entre los cambios que la Ley 26994 introdujo en la 19550, modificando incluso su denominación, puede señalarse como el más radical el que incluye a la Sección IV de su Capítulo I, y dentro de la misma, una de las reformas más sustanciales ha sido la morigeración del régimen de inoponibilidad del contrato social.

Esencialmente la oponibilidad absoluta del contrato entre socios y entre estos y la sociedad, con la consiguiente derogación de la regla de la inexistencia de acciones entre ellos derivada del contrato sin la previa disolución o regularización. Regla que ciertamente había sido criticada por la doctrina.

Esta reforma lleva a plantearnos el modo en que toda la teoría del conflicto societario de la sociedad regular puede trasladarse a estas sociedades informales. Es evidente que el análisis de tan vasta problemática excede a una ponencia, por lo que aquí vamos a ocuparnos expresamente de un aspecto cual es la rendición de cuentas que los administradores deben a los socios, aún en el caso que todos los socios fueren administradores, ya que ello no releva a cada uno de ellos de rendir cuenta a los demás.

2. LAS ACCIONES ENTRE SOCIOS.

La Ley ninguna limitación impone a la posibilidad de que entre socios, o entre estos y la sociedad,

o aún entre socios o sociedad y administradores, se entablen acciones. Y ello es lógico ya que siendo oponible el contrato, lógico es que el incumplimiento de las obligaciones a cargo de cada uno de ellos, ya sean impuestas por la Ley o por acuerdo de partes, den derecho a los perjudicados a accionar.

Las dificultades que pudiera haber para acreditar quién o quiénes son los administradores, o incluso cuáles son las obligaciones de estos, especialmente en el caso de sociedades sin contrato escrito, no son más que eso: dificultades. Que deberán superarse con algo más de ingenio en la prueba a producirse si se quiere que la acción progrese, más tal dificultad probatoria de ningún modo invalida el razonamiento sobre el modo en que debe aplicarse el derecho de fondo.

Desaparecido el escollo insalvable del viejo art. 23 LSC, nada obsta a dar a estas sociedades informales o irregulares, en el punto, el mismo tratamiento que a las constituidas regularmente.

3. EL MODO EN QUE LOS ADMINISTRADORES DEBEN RENDIR CUENTAS.

Hasta el 31/7/2015 afirmaba pacíficamente la doctrina que en las sociedades regulares los administradores rendían cuentas a través de los estados contables –y, agrego, de toda la contabilidad debidamente llevada-, lo que los eximía de rendir cuentas en la forma que entonces preveían los arts. 68 y siguientes del Código de Comercio, y regulación contenida en casi todos los Códigos Procesales.

Aunque hace ya algunos años y a partir del caso Rosales c/ Cangemi¹ la jurisprudencia encontró un límite a tal regla cuando se probaba que los administradores no habían llevado contabilidad ni habían confeccionado estados contables, supuesto en el cual si se los obligó a rendir cuentas. Esta jurisprudencia se generalizó al menos en la Cámara Comercial capitalina.

En materia de sociedades irregulares o de hecho, la falta de inscripción impedía que llevaran contabilidad y emitieran estados contables ya que justamente la falta de matriculación era su característica esencial, y tal falta de matriculación en el esquema del Estatuto del Comerciante contenido en el Código de Comercio le impedía no solo rubricar libros sino también utilizar la contabilidad como medio probatorio.

Así, ante la inviabilidad de llevar contabilidad, parte de la doctrina entendió que cabía exigir a los administradores la rendición de cuentas aunque gran parte de la doctrina desestimó tal posibilidad al menos mientras la sociedad no se disuelva o regularice, ello fundado en el art. 23 que censuraba toda acción entre socios basada en el contrato social. Aunque la mayor parte de la doctrina y jurisprudencia se inclinaban por esta segunda postura, por nuestra parte habíamos compartido la primera², fundados en que la obligación de rendir cuentas era legal y no contractual, con lo que la acción no se fundaba en el contrato social que era lo inoponible.

¹ CN. Com, Sala C, 11/03/2008, SAJ: DACF100062, con comentario de BOQUIN, Gabriela Fernanda.

² Ponencia “LA OBLIGACIÓN DE RENDIR CUENTAS EN LA SOCIEDAD DE HECHO” presentada en el 50° Encuentro de Institutos de Derecho Comercial de la Provincia de Buenos Aires, en Mar del Plata, diciembre de 2009.

Es claro que la reforma de la Ley 26994 cambia todo lo antes expuesto en materia de sociedades irregulares. Ahora, ante la oponibilidad del contrato ningún impedimento podría esgrimirse contra la obligación de rendir cuentas, salvo que se utilizara el mismo que en las sociedades regulares: La obligación de llevar contabilidad y hacer estados contables como modo especial de rendir cuentas.

Y de ello nos vamos a ocupar.

4. LA REGULACIÓN DE LA CONTABILIDAD Y LIBROS EN EL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL.

La reforma que sancionó el nuevo Código Civil y Comercial también trajo necesarias novedades en materia de contabilidad.

Esencialmente, al desaparecer de la norma la categoría jurídica de “comerciante”, debió elegirse otro atributo para determinar quiénes son los obligados a llevar libros contables.

Así, el art. 320 del CCyC dispone que están obligadas a llevar contabilidad todas las personas jurídicas privadas, lo que evidentemente incluye a las sociedades de la sección IV del capítulo I de la LGS, agregando el art. 326 CCyC que quien lleva contabilidad, al cierre del ejercicio debe confeccionar sus estados contables.

Es cierto que se podría decir que en lo que hace a las sociedades irregulares –o no regulares- el cambio no es sustancial, desde que los arts. 33.2 y 43 del viejo Código de Comercio establecían igual obligación para los comerciantes, categoría que también incluía a las sociedades de hecho e irregulares. Y sabido es que tal obligación fue interpretada como una carga que resultaba imposible de ser cumplida por el comerciante no matriculado.

Sin embargo entendemos que si ha habido un cambio.

El viejo artículo 53 del Código de Comercio disponía que los libros obligatorios debían presentarse en el “*Tribunal de Comercio de su domicilio para que se los individualice en la forma que determine el respectivo tribunal superior y se ponga en ellos nota datada...*”. En otras palabras se delegaba la forma y recaudos para la rúbrica de los libros en el tribunal –luego Registro Público de Comercio-. De allí que siempre se ha exigido la matrícula del comerciante como recaudo previo para que sus libros fueran rubricados. Y es claro que las sociedades irregulares se caracterizaron por la falta de tal matrícula lo que las llevó a carecer de libros y contabilidad.

Luego el artículo 55 del C.Com, que no tiene correlato en el CCyC aclaraba que el libro sin rúbrica no tenía valor alguno en juicio a favor del comerciante a quien correspondía.

Tal régimen ha cambiado sustancialmente.

En primer lugar ha desaparecido el Estatuto del Comerciante, e incluso el comerciante como categoría jurídica útil. De tal estatuto solo ha quedado como resabio la reglamentación de libros contables –ahora para toda persona jurídica privada, empresarios unipersonales y titulares de establecimientos comerciales, y la rendición de cuentas de quien actúa en interés ajeno y otros supuestos (art. 860 CCyC).

Lógicamente, con la desaparición de la categoría jurídica de comerciante ha desaparecido su matrícula, quedando la misma solo para ciertas personas jurídicas como condición para obtener la oponibilidad plena de su contrato, mas no como recaudo para adquirir tal personalidad.

De allí que, claramente, las personas jurídicas no inscriptas, no dejan de ser personas y por ende no dejan de tener la carga de llevar libros contables y hacer estados contables. Veremos que si bien para la sociedad llevar contabilidad es una carga, para los administradores se trata de una obligación.

De la regulación de la sección IV del capítulo I de la LGS surge con toda claridad que la inscripción no es una obligación, sino que los socios tienen la legítima facultad de optar por que el ente colectivo funcione bajo este régimen de no regularidad. De allí que ninguna autoridad puede exigir la inscripción y la ausencia de la misma no puede motivar otra sanción que la regulada en la propia L.G.S.

Otro cambio importante entre el viejo Código de Comercio y el nuevo Código Civil y Comercial, en materia de libros, es que mientras la norma derogada imponía la matriculación y delegaba la reglamentación del modo en que se rubricarían libros a los “Tribunales de Comercio”, la nueva norma nada delega, sino que establece, en su artículo 323 que *“la individualización consiste en anotar, en el primer folio, nota fechada y firmada de su destino, del número de ejemplar, del nombre de su titular y del número de folios que contiene. El Registro debe llevar una nómina alfabética, de consulta pública, de las personas que solicitan rubricación de libros o autorización para llevar los registros contables de otra forma”*

Dicho en otras palabras, no es necesario que una persona esté inscripta –o matriculada- para que se le rubriquen libros, sino que el registro debe rubricarlos y luego llevar y una nómina de personas a las que rubricó y qué libros rubricó³. La norma ya no delega en la autoridad administrativa el fijar otros recaudos.

Es cierto que los distintos organismos no lo han interpretado así, y siguen rubricando libros solo a los sujetos matriculados, llegando, por ejemplo, la Inspección General de Justicia a crear la “Matrícula de Personas Humanas con Actividad Económica Organizada”, con una regulación análoga a la vieja matrícula de comerciantes y como recaudo ineludible para que una persona humana rubrique libros⁴. Aunque no perdemos la esperanza de que en algún momento se rectifique esta postura histórica que hoy aparece reñida con el texto legal.

Entre tanto vemos que las personas jurídicas no regulares –léase sociedades de la sección IV, simples asociaciones, etc.- tienen la obligación de llevar libros contables, contabilidad y producir estados contables, pero luego los organismos se los impiden hasta tanto no obtengan una inscripción que va contra su naturaleza que legítimamente pueden elegir. Dicho de otro modo, para cumplir con una obligación se les

³ Por nuestra parte hemos aplaudido el cambio, que persigue la finalidad de que todo empresario o sociedad tenga a su alcance la posibilidad de rubricar libros y llevar contabilidad –con la consiguiente obligación de hacerlo-, ya que entendemos que es positivo para la transparencia y seguridad del sistema que así sea. Y que mucho se ganaría si todo empresario y toda sociedad, más allá de su inscripción o no, tuviera contabilidad y libros rubricados.

⁴ Ver arts. 340 y ss. de la RG 7/2015 IGJ

impone otra obligación que no tiene basamento legal y que les impide ejercer regularmente el derecho de asociarse y actuar sin inscribirse.

Ante ello y hasta tanto la autoridad de contralor comience a respetar la manda legal, no puede objetarse a quien lleve la contabilidad en libros rubricados –por ejemplo- ante escribano, tal como durante muchos años se hizo y toleró en la Provincia de Buenos Aires. Máxime al no existir en el nuevo Código una norma como el viejo art. 55 C.Com que invalidaba a todo libro que no cumpliera con las formas legales.

Los administradores de sociedades no inscriptas están obligados a llevar esta contabilidad y a confeccionar estados contables anuales sobre su base. Ello además de cumplir con las obligaciones del art. 328 en cuanto a conservación de los comprobantes y documentos que avalen los asientos. Para ellos tales conductas ya no son una carga sino una obligación derivada de su responsabilidad fiduciaria como administradores de bienes ajenos.

5. OBLIGACIONES CONTABLES DE LOS ADMINISTRADORES DE SOCIEDADES DE HECHO.

Vistas las conclusiones a que arribamos, podemos afirmar entonces que los administradores de las sociedades de la sección IV del capítulo I de la L.G.S. tienen las mismas obligaciones contables que los de las sociedades del capítulo II.

Y de tales obligaciones derivan el derecho de los socios contemplado en el art. 55 LGS, así como las obligaciones de los administradores de confeccionar estados contables en los términos del art- 326 del CCyC que exige mucho menos que los arts. 63 y ss. de la LGS, de ponerlos a disposición de los socios en los términos del art. 67 LGS y el derecho irrenunciable a que esos estados contables sean tratados por los socios quienes pueden adoptar cualquier resolución al respecto (Art. 69 LGS).

Exactamente igual que en sociedades regulares.

Y, lógica consecuencia de ello, los administradores de estas sociedades no están obligados a rendir cuentas en los términos del art. 858 y ss. del CCyC, ya que lo hacen de modo mucho más amplio a través de la contabilidad y estados contables. Igual que en las sociedades regulares.

6. SUPUESTO EN QUE LAS SOCIEDADES “NO REGULARES” NO LLEVAN CONTABILIDAD Y NO CONFECCIONAN ESTADOS CONTABLES.

Si se aplicara la doctrina sentada por la jurisprudencia Rosales c/ Cangemi –ya citada- es claro que ello se aplicaría a estas sociedades y la omisión de los deberes contables de los administradores haría nacer su obligación de rendir cuentas.

Sin embargo, en lo personal, no comparto las conclusiones en que se llega en esos precedentes, porque entiendo que se impone otra solución, tanto en sociedad regulares como en las irregulares.

Considero que si los administradores no llevan contabilidad, ello los convierte en responsables ante

la sociedad, socios y eventualmente terceros, por el valor de todo activo que se pruebe que la sociedad ha tenido, con más la razonable rentabilidad que el mismo pudiera haber producido, sin necesidad para ello de una rendición de cuentas de toda la actividad.

Ello sin perjuicio de dejar a salvo el derecho de los administradores de probar, por otros medios, que la pérdida de tales bienes no les es imputable.

Fundamento ello en que al incumplir con el deber de resultado –mas no de eficacia- (Art. 774.b CCyC) de llevar contabilidad han generado un estado de riesgo, donde el nexo causal con el daño –la pérdida del patrimonio- debe presumirse. La omisión de llevar contabilidad es antijurídica (arts. 1717 y 1718 CCyC) y dolosa, dado el evidente desprecio por el interés ajeno que ello importa, por parte de quien administra un patrimonio no propio (Art. 1724 in fine CCyC), ello agravado por la diligencia exigible al administrador profesional y la confianza especial que en él han puesto los socios (Art. 1725 CCyC).

A ello se suma que el art. 1723 objetiviza la responsabilidad cuando el deudor está obligado a obtener un resultado determinado, y vimos que el administrador está obligado a obtener una contabilidad y sus correspondientes estados contables, conservando, además, la documentación. El incumplimiento de este deber de resultado –aunque no de eficacia- es el que invierte la carga de la prueba en cuanto al nexo causal, que ante el incumplimiento la Ley presume (Art. 1736 CCyC)

Es por ello que pese a compartir los fundamentos de la jurisprudencia citada, no considero que sea la mejor solución, optando por imponer al administrador la obligación de reponer aquello que se ha perdido y cuyo destino no puede conocerse por la falta de contabilidad. Salvo que él pruebe que su pérdida no les es imputable.

7. CONCLUSIONES.

Al igual que en las sociedades regulares, los administradores de las sociedades incluidas en la sección IV del capítulo I de la L.G.S. deben rendir cuentas a través de una contabilidad llevada en legal forma y la emisión de estados contables.

El incumplimiento de tal obligación los hace responsables ante la sociedad, los socios, e incluso terceros en caso de quiebra, por el destino del patrimonio social que se les ha confiado y la rentabilidad que el mismo razonablemente debió producir. Ello sin perjuicio de su derecho a probar que la pérdida del patrimonio o de la rentabilidad no les es imputable.

La irregularidad de la sociedad no es impedimento para ello, siendo habitualmente prueba sencilla de rendir aquella que tiende a demostrar quién ha administrado, y sin que la calidad de coadministrador de quien exige la información importe la improcedencia del pedido.

Nº 39: DESESTIMACIÓN DE LA PERSONALIDAD SOCIETARIA. LEGITIMADOS PASIVOS.

Autor: Dr. E. Daniel BALONAS

Colegio de Abogados de Lomas de Zamora.

El principio de que la desestimación de la personalidad no procede contra administradores lejos de ser absoluto como lo proponen la doctrina y jurisprudencia encuentra en la práctica numerosos supuestos en que debe ser dejado de lado, cuando puede advertirse que son los administradores los verdaderos controlantes de la voluntad social.

1. INTRODUCCIÓN.

Hace tiempo que pareciera que ya se ha escrito todo en relación al instituto de la desestimación de la personalidad. La reciente sanción del Código Civil y Comercial de la Nación con su art. 144 –de redacción algo más completa que el 54 ter de la Ley 19550- generó alguna discusión en cuanto a su aplicabilidad –o no- a las sociedades comerciales. Pero no mucho más.

Sin embargo, lo resuelto recientemente en autos “Barreto, Juan Marcelo c/ TSB NET S.A. s/ EJE-CUTIVO”¹ () lleva a replantearnos la cuestión de los sujetos a los que se puede imputar la actuación social en el marco de la aplicación del instituto.

2. ANTECEDENTES DEL INSTITUTO.

Ya hemos desarrollado los antecedentes del instituto en estos encuentros², por lo que nos limitaremos aquí a recordar que a partir de finales del siglo XIX nació primero en el derecho anglosajón y luego en el continental la corriente conocida como *disregard of legal entity* por la cual, cuando “*el concepto de persona jurídica se utiliza para defraudar a los acreedores, para sustraerse de una obligación existente, para desviar la aplicación de la Ley, para constituir o conservar un monopolio, o para proteger fascinerosos o*

¹ CNCom, Sala F, Diciembre 29 de 2016

² Ver ponencia presentada en el 43 Encuentro de Institutos de Derecho Comercial de Colegios de Abogados de la Provincia de Buenos Aires, realizado en San Martín en abril de 2006.

delinquentes, los tribunales pueden prescindir de la personalidad jurídica y considerar que la sociedad es un conjunto de hombres que participan activamente de los actos societarios, justificándose entonces considerar que se trata de un negocio convenido entre personas reales”.³

Mientras en el derecho anglosajón el principio de la equidad bastó como todo fundamento, en nuestro medio —y en el resto del derecho de origen continental— fue necesario acudir a la figura del abuso del derecho, que con su desarrollo en el siglo XX abasteció también al instituto de la desestimación.

Serik, citado por Colombres⁴, afirmaba ya en el año 1958 y fundado en el derecho alemán, que *“existe abuso cuando con la ayuda de la personalidad jurídica se trata: a) de burlar una Ley, b) de quebrantar obligaciones contractuales o c) de perjudicar fraudulentamente a terceros”*, agregando que también *“corresponde la desestimación de la personalidad separada, cuando sin darse un de los tres supuestos contenidos en la primera regla, se hubiese desnaturalizado un principio fundamental del derecho societario”*

En la Argentina, ya desde fines de los años 70 se comenzaron a ver fallos que resolvían las cuestiones desestimando la personalidad de sociedades. Marcelo López Mesa⁵ hace una sinopsis de los fallos más relevantes, dividiéndolos en cinco grandes grupos: i) constitución de sociedades para violar la legítima hereditaria⁶; ii) violación al régimen de la sociedad conyugal transfiriendo bienes a sociedades; iii) Insolvencia fraudulenta transfiriendo bienes a una S.A.; iv) Fraudes impositivos mediante participaciones u operaciones entre sociedades que representan a los mismos accionistas y v) Constitución de sociedades para violar prohibiciones, especialmente competencia desleal, participación en licitaciones, etc.

Como justamente de lo que se trataba era de dejar de lado la estructura que los verdaderos sujetos procuraban antijurídicamente interponer, ni la doctrina ni la jurisprudencia se sujetaban al carácter que tales personas podían asumir en la sociedad interpuesta, sino a su participación activa en la misma.

3. SU RECEPCIÓN LEGISLATIVA EN LA L.S.C..

En el año 1983, la comisión redactora de la reforma a la Ley 19550 tomó la decisión, acertada, de regular el instituto ya ampliamente difundido en la jurisprudencia y que para ese entonces contaba con una innumerable cantidad de precedentes.

Se dispuso así en el párrafo incorporado al art. 54 de la Ley que en ciertos supuestos⁷ la actuación social se imputaría directamente a socios y controlantes⁸.

³ Wormser, jurista americano que sintetizó en 1912 la ya aceptada corriente jurisprudencial en tal sentido, citado por LÓPEZ MESA, “El abuso de la personalidad Jurídica de las Sociedades Comerciales”, Depalma, Bs. As., 2000, pág. 113.

⁴ COLOMBRES, Gervasio R., Curso de Derecho Societario Parte General, Abeledo Perrot, Bs. As., 1972, pág. 47.

⁵ Obra citada, pág. 133.

⁶ “Brave, Luis s/ Sucesión” CNCiv Sala C, 27/4/1981 y otro en CNCom Sala A, LL 1978-B-196; “Gurevich, de tabú, Flora c/ Gurevich, Jose y Otro”, CNCiv ala E, 5/2/1979

⁷ Que aunque en su enumeración aparecen como mucho más limitados que aquellos a los que la jurisprudencia ya aplicaba el instituto, al referirse a la actuación que encubra la persecución de fines extrasocietarios podría, con una adecuada interpretación, llegarse a un catálogo mucho más amplio de aplicación.

⁸ Legitimados pasivos que en una rápida lectura podrían también reducir los supuestos de aplicación del instituto, a menos que con-

Hay dos formas de leer la norma:

(i) Entendiendo que ha restringido notoriamente los supuestos de aplicación del instituto y sus legitimados pasivos ó

(ii) Entendiendo que la actuación que persigue fines extrasocietarios es suficientemente amplia para encuadrar casi todo supuesto de mal uso de la figura societaria y que al referirse a “controlantes” la Ley incluye a toda persona que en la actuación cuestionada controla o domina, en los hechos, la voluntad social

Aclaran los redactores en la exposición de motivos que los fundamentos de esta norma, en realidad, ya estaban en la Ley, cuando el Art. 2º dispone que la sociedad es un sujeto de derecho “con el alcance fijado en esta Ley”, lo que a nosotros nos lleva a la segunda opción de las planteadas.

Es decir que lo que busca evitar esta doctrina, devenida ahora en norma positiva, es que la personalidad de que se dotó a las sociedades comerciales, con su consiguiente división de patrimonios e incluso limitación de responsabilidad de los socios, sea utilizada para fines contrarios a los que tuvo el legislador al crearlas.

Sin embargo, la redacción no fue del todo feliz, y ha dado lugar a distintas interpretaciones, tanto en los supuestos que permiten su aplicación, como en los efectos que la misma trae aparejados, al punto que entre quienes la interpretaron en sentido restringido se llegó a decir que el último párrafo del Art. 54 no receptó dicha doctrina sino que, sobre su base, estableció un sistema de responsabilidad por daños causados mediante el uso de sociedades. Esta última posición la explica, entre otros, Rubín⁹.

Pero con los años la jurisprudencia se ha ido restringiendo a los supuestos expresa y taxativamente enumerados por el art. 54, y aplicado el instituto a los legitimados pasivos allí mencionados, en ambos casos, con una interpretación restrictiva de los sentidos de cada término empleado por la Ley.

Con ello han quedado fuera de la aplicación de la Ley numerosos casos a los que la jurisprudencia previa al año 1983 no dudaba en aplicar el instituto fundado en otras normas que aún hoy se encuentran vigentes¹⁰, borrándose así la construcción jurisprudencial anterior y llevando a que la consagración legislativa del instituto haya sido más un retroceso que un avance.

4. LOS EFECTOS DE LA APLICACIÓN DEL INSTITUTO. EL ESPECTRO DE SUJETOS A LOS QUE SE PUEDE IMPUTAR LA ACTUACIÓN SOCIETARIA.

La personalidad jurídica no es más que la creación de un centro diferenciado de imputación de derechos y obligaciones, o, citando la exposición de motivos de la Ley 22903, *“un mero recurso técnico para tratar en forma unitaria a ciertos efectos y dadas determinadas hipótesis, a un sustrato pluripersonal”*.

trolantes se interprete en el sentido amplio acorde a la aplicación anterior del instituto, como toda persona de que algún modo, controle la voluntad social en el marco de la actuación cuestionada.

⁹ RUBÍN, MIGUEL E. “La responsabilidad de los directores socios y controlantes por las obligaciones laborales y provisionales de la sociedad empleadora”, ED 18/3/2005.

¹⁰ Léase art. 2 de la hoy LGS, o el abuso del derecho, regulado de hecho hoy en forma mucho más amplia que en aquel entonces.

Vimos que en la doctrina y jurisprudencia previa a la incorporación del instituto a la hoy L.G.S., los efectos de la aplicación del instituto eran el desconocimiento de ese centro diferenciado de imputación de derechos y obligaciones, y la consiguiente imputación de los actos a las personas que utilizaban a la sociedad en forma desviada.

En consecuencia, no caben dudas de que los efectos de la desestimación de la personalidad implicaban imputar la relaciones jurídicas que motivaron la misma, directamente a los socios y, -aunque eventualmente-, a administradores e incluso terceros que utilicen a la sociedad en forma desviada.

Sin embargo, en este aspecto, la redacción del último párrafo del Art. 54 de la L.S.C. no fue del todo feliz, y dio lugar a diferentes interpretaciones. En concreto, la norma dispone que “[la actuación]... se imputará directamente a los socios o a los controlantes que la hicieron posible...”.

De allí que gran parte de la jurisprudencia actual -como ocurre en el fallo que mencionamos al comienzo- imputa las consecuencias sólo a socios -y no a administradores-

Y también es conteste la doctrina en cuanto a la limitación en lo que hace a legitimación pasiva, a la imputación a socios o controlantes que lo hicieron posible, incluyendo en ello al socio aparente¹¹, pero en ningún caso a directores u otras personas que no puedan ser calificados de controlantes societarios con los alcances del art. 33 LGS.

Para ello se fundan en que desestimado el negocio societario, los administradores no serían más que mandatarios de los socios y estarían actuando en su nombre. Si bien tal cosa podría ocurrir, lo cierto es que -por aplicación del derecho común- incumbe a quien se identifica como administrador probar que ello es así y que su actuación no es a nombre propio, mas no puede presumirse *ab initio* que esa es la realidad sobre la base de la instrumentación del negocio societario que se ha desestimado.

5. EL CASO EN ANÁLISIS.

De cuanto surge del fallo que citamos, en el marco de un juicio ejecutivo, el acreedor pretende aplicar el art. 54 ter y así obtener condena no solo contra la sociedad deudora, sino también contra su presidente y su directora suplente.

Funda su pretensión en que la sociedad tiene librados setenta y dos cheques sin fondos por más de \$ 4.000.000 y carece de todo patrimonio.

Desconozco el resto de las constancias de la causa -con lo que el análisis podría resultar parcial-, aunque tal circunstancia parece ser suficiente para dar por probado que al menos el firmante de los cheques ha utilizado a la sociedad -y en este caso su cuenta bancaria- con fines extrasocietarios, desde que la entrega de los cheques claramente no han tenido por contrapartida incrementos del patrimonio social. Esto también descarta el beneficio indirecto de los socios, ya que, reitero, el patrimonio social no ha recibido la contrapartida por los cheques sin fondos librados.

¹¹ ALEGRÍA, citado por BARREIRO, Marcelo en “Tratado de los Conflictos Societarios” (Dir. Diego Duprat), Abeledo Perrot, 2013, t. I, pág. 187.

Tanto en primera como en segunda instancia, siguiendo la pacífica jurisprudencia en la materia, se desestima el planteo, explicando que el art. 54 ter solo puede involucrar a socios y que los administradores solo podrían ser condenados personalmente en caso de acción de responsabilidad en el marco de lo dispuesto por los arts. 59 y 274 de la LGS.

Sabido es que la acción de responsabilidad exige diferentes premisas para ser procedente, y esencialmente probar otros extremos. Debe probarse que en el caso concreto de los cheques dados a los actores -y no en los otros- existió un acto cuando menos culpable que haya causado un daño. Decimos esto porque no parece válido como argumento para descartar la aplicación del art. 54 ter el remitir a la posibilidad de aplicar otras normas que regulan otro supuesto. Ello aunque esas otras normas efectivamente pudieran ser aplicables.

6. LA APLICACIÓN DEL ART. 54 TER A ADMINISTRADORES.

Como bien cita el fallo en análisis, con referencia a pacífica jurisprudencia, siempre se ha sostenido que la desestimación de la personalidad regulada en el art. 54 ter no puede ser aplicada a administradores, sino únicamente a socios y eventualmente a otros controlantes, interpretado el término controlantes en función del control de hecho previsto en el art. 33 de la LGS.

Pese a que en muchos casos ello es efectivamente así, desde que podría asumirse que el desvío de la causa fin del negocio societario suele ser en beneficio de los socios -y no de administradores-, lo cierto es que no compartimos tal afirmación cuando ello se convierte en un dogma irrefutable, aplicado mecánicamente a cualquier caso.

Como explicamos anteriormente, la desestimación de la personalidad es el mecanismo correctivo que se aplica cuando una o más personas utilizan a la personalidad societaria en forma abusiva, desviando la causa fin del negocio.

Si tales personas son los administradores, pues a ellos deberá imputarse la actuación, cosa que la norma no impide, ya que el término controlante admite una interpretación más amplia que incluya a los administradores cuando estos virtualmente controlan la voluntad social por encima de los socios. Esto es lo que ocurre cuando el provecho de la actuación societaria no llega al patrimonio social sino que es desviado por los administradores.

Pero aún si se pretendiera que la redacción del art. 54 ter lo impide -lo que no compartimos-, podríamos obviar la norma y sobre la base de los precedentes jurisprudenciales previos al año 1984, amparados en el art. 2 de la LGS y ahora en el mucho más amplio art. 10 del Código Civil y Comercial, llegar a la misma solución.

Recuerdo que el art. 10 del nuevo código impone a los jueces¹² el disponer lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo o la situación jurídica abusiva.

¹² “El juez debe...” dice la norma.

Así podríamos llegar a la imputación de la actuación a administradores, sobre la base de estas normas y con solo demostrar que ellos son quienes desvían el interés social no en beneficio del patrimonio social sino en beneficio ajeno. Y ello aún sería aplicable a administradores de hecho, si se demuestra que ellos son los autores de la actuación desviada e incluso terceros que pudieran haberse valido de la estructura societaria en beneficio propio o ajeno.

Una interpretación contraria lleva a la desactivación del instituto, con solo sindicarse a testaferros como socios, cuando los administradores son los verdaderos gestores de la actividad social, o mejor dicho extrasocial.

Por supuesto que siempre podrá el administrador demostrar que su actuación ha sido en favor del patrimonio social, lo que lo excluiría de la aplicación de esta norma, mas no de eventuales acciones de responsabilidad.

7. CONCLUSIONES.

Si bien podría considerarse una regla más o menos general que el instituto de la desestimación de la personalidad ha sido creado para imputar la actuación de la sociedad desviada de su causa fin a los socios, ello no permite dar a tal premisa el carácter de absoluto, que descarte la imputación a otras personas que se hayan valido de la personalidad jurídica en su propio beneficio o al menos no en beneficio social.

Si el o los administradores –de hecho o de derecho- son quienes utilizan la firma social en su propio beneficio –o aún en beneficio ajeno-, puede perfectamente imputarse a ellos tal actuación. Salvo que ellos mismos prueben haber actuado como mandatarios de los socios, lo que los excluiría de la aplicación del art. 54 ter, mas no de la responsabilidad por su actuación.

No entendemos que el texto del art. 54 ter sea un impedimento para ello, pero si así se considerase, basta con olvidarnos de tal norma y fundar la imputación en el art. 10 del Código Civil y Comercial.

Sobre la base de esas premisas, entendemos que, en el caso que comentamos hubiese correspondido desestimar la personalidad e imputar el libramiento de los cheques rechazados, en forma personal, cuando menos al firmante de los mismos.

Nº 40:

LA INOPONIBILIDAD DE LA PERSONA JURÍDICA Y EL REQUIEM PARA FALLOS DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA EN MATERIA LABORAL.

Autor: Dr. Horacio Arturo BRIGNOLE

(Colegio de Abogados de San Isidro)

La ampliación del art. 144 del C.C. y C.N. en cuanto a la aplicación de la inoponibilidad a toda persona jurídica, determina un punto final a los fallos “Carballo” y “Palomeque” de la CSJN, que ya venían devaluados.

I.- Antecedentes.-

Desde el XXXI Encuentro celebrado en mayo de 2000 en el Colegio de Abogados de San Martín, hemos venido ocupándonos de la “inoponibilidad de la persona jurídica” a partir de los fallos en materia de la extensión de la responsabilidad laboral emitidos por la Sala III de la Cámara Nacional del Trabajo in re “*Delgadillo Linares, Adela c/ Shattel S.A. y otros*” (Sentencia 73.685 del 11-04-97; D.T. 1998-A, 746) y “*Duquelsy, Silvia c/ Fuar S.A. y Otro*” (Sentencia 75.790 del 9-02-1998, D.T. 1998-A, 714 y sgtes.).

En síntesis, habíamos sostenido que la aplicación automática de la teoría de la inoponibilidad de la persona jurídica –(*disregard the legal entity, veil piercing o descorrimiento del velo de la persona jurídica, posición que ataca su “hermetismo” contra los abusos del mismo, penetrando a través del ente y alcanzando a las personas que se amparan bajo su cobertura*)–, en los supuestos de irregularidades en la registración laboral del trabajador, se encontraba “desorbitada”. En efecto, en base a los dictámenes del Fiscal General de la Cámara Dr. Eduardo Alvarez, los magistrados laborales crearon una suerte de “*automatismo*” para aplicarla, pese a que era desechada por la mayoría de la doctrina societaria por tratarse –en cambio–, de un instituto para casos muy excepcionales y restrictivos y el que fuera receptado en el párrafo 3º de la ley 19.550 (conf. ref. ley 22.903). Esta excepcionalidad era considerada una posición clásica en los tratadistas comerciales, máxime habiendo otras previsiones en la Ley 19.550 para responsabilizar a los administradores societarios.

El tema llegó en su momento a la Corte Suprema y como antecedente a los fallos “Carballo” y

“Palomeque” que dan motivo a ésta ponencia, cabe citar el caso *“Cingiale, María C. y otro c/Polledo Agropecuaria S.A. y otros”* del 5-03-2002 (Fallos: 325:309; T.y S.S., Tomo 2002-507), donde el Alto Tribunal luego de rechazar un recurso de queja, sin embargo produjo las **disidencia** de los entonces jueces Moliné O’Connor y López, lo que marcó el curso de la jurisprudencia futura. Así, dichos magistrados, luego de reiterar que la primera regla interpretativa consiste en respetar la voluntad del legislador, plantean una diferenciación, indicando que la extensión de la responsabilidad sería posible por la utilización ilegal del contrato de sociedad y no por la ilegalidad de los actos que la sociedad realice. Es decir que debe probarse un uso desviado de la persona societaria, por no haber sido ésta utilizada por los socios como estructura jurídica para una genuina gestión empresarial sino como un mero instrumento para realizar actos ilícitos sin asumir sus consecuencias.

La Corte luego, el 31-10-2002 emitió el fallo *“Carballo, Atilano c/Kammar S.A. (en liquidación) y otros”* (Fallos: 325:2817; D.T. 2003-A-221 con nuestro comentario conjunto con el Dr. Osvaldo Maddaloni), señalando –al dejar sin efecto la sentencia que había condenado a un directivo por aplicación del art. 59 de la L.S.C que se refiere al estándar jurídico del buen hombre de negocios-, que “la personalidad diferenciada de la sociedad y sus administradores constituye el eje sobre el cual se asienta la normativa sobre sociedades anónimas y ésta conforma un régimen especial que se explica porque aquéllas constituyen una herramienta que el orden jurídico provee al comercio como uno de los principales motores de la economía” (Del dictamen del Procurador General de la Nación Dr. Felipe D. Obarrio, que la Corte hace suyo, lo subrayado es nuestro).

Luego, en un caso donde la sentencia de segunda instancia había condenado solidariamente a los integrantes del directorio y socios de la empleadora *con sustento ya en el art. 54 de la Ley 19.550*, el 3-04-2003, la Corte falló –en lo que se consideró un “leading case”-, el caso *“Palomeque, Aldo R. c/Benemeth S.A. y otro”* (D.T. 2003-B-1003 también con nuestro comentario con el Dr. Maddaloni), y dijo –entre otros fundamentos- y adhiriendo también al dictamen del Procurador Fiscal de la Nación: *“Es improcedente la resolución que extendió solidariamente la condena a los directivos y socios de la sociedad anónima empleadora por la falta de registración de una parte del salario convenido y pagado al trabajador, si no fue acreditado que se trataba de una sociedad ficticia o fraudulenta, constituida en abuso del derecho y con el propósito de violar la ley y que, prevaleciendo de la personalidad, afecta el orden público laboral o evade normas legales”*. También señaló la Corte el “carácter excepcional de la responsabilidad solidaria en materia societaria” y reiteró –como en el caso “Carballo”, que las sociedades anónimas son una herramienta que el orden jurídico provee al comercio, como uno de los relevantes motores de la economía.

Se advertía de los fallos precitados, que la Corte Suprema reservaba la aplicación de la inoponibilidad –y consecuentemente del apartado 3° del art. 54 de la Ley 19.550- al supuesto de *desvío de la causa fin del negocio societario* por un lado y por el otro que iniciaba lo que luego desarrolló el Dr. Lorenzetti como la “interpretación

Esta interpretación restringida fue aceptada también por la Suprema Corte de la Pcia. de Buenos Aires –quizás un poco tarde-, el 31-08-2005 in re: *“Avila, Carlos Alberto c/ Benjamín Gurfein S.A. y otros s/ Despido”*, con votación sin disidencias en lo sustancial de los Dres. Hitters, Soria, Roncoroni, Negri y Pettigiani.

II.- Devaluó jurisprudencial.-

Luego de los conocidos recambios en la Corte a partir de 2003, se comenzaron a advertir también cambios en la receptación y apertura de los recursos extraordinarios y de queja, con la finalidad no disimulada de disminuir la cantidad de expedientes a conocer, reservándose para los trascendentes en cuestiones federales y los que fueran de gravedad institucional. Así se establecieron nuevos requisitos meramente formales (Acordada N° 4/2007) y *de facto* para la apertura de los recursos y se inició una aplicación reiterada de la desestimación vía el art. 280 del CPCyCN, *en cuanto a lo que se consideraba o no cuestión federal*.

Ello se hizo explícito a partir del fallo *“Benitez, Horacio Osvaldo c/ Plataforma Cero S.A.”* (sentencia del 22-12-2009, Fallos: 332:2815). Si bien se trataba de un supuesto diferente al de la inoponibilidad, ya que se ponía en tela de juicio la aplicación de la solidaridad establecida en el art. 30 de la LCT, la Corte estableció como principio general que *“es impropio de su cometido jurisdiccional, en el marco de un recurso extraordinario, formular una determinada interpretación de la norma citada, dado el carácter común que ésta posee”*. Esta argumentación la consideramos válida para cualquier otra norma de la misma naturaleza (v.g. la ley 19.550).

Antes del fallo *“Benitez”*, la Corte ya había aplicado tal doctrina y posición desestimatoria (art. 280, CPCyCN), en *“Davedere, Ana María c/ Mediconex S.A. y otros”* (Fallos: 330:2445, sentencia del 29-05-2007; LL, 2007-D-616, con comentario del suscripto). En el fallo se había hecho lugar a la demanda y a la aplicación de la inoponibilidad. Solo hubo una *disidencia* y fue del Dr. Lorenzetti, quien luego de extensos fundamentos para mantener la doctrina de Carballo y Palomeque, agregó algo que en general no se había calibrado adecuadamente en los procesos laborales y que es que para aplicar la inoponibilidad de la persona jurídica, se requiere la necesidad de *“la insolvencia del deudor”*.

Como nota de color y rareza cabe resaltar que en *“Davedere”*, el expediente transitó por todos los Ministros de la Corte pero nunca pasó al Dictamen de la Procuración. Estas soluciones de la Corte se repitieron luego en los casos *“Bresciani”* del 26-02-2008 (LL, 2008-C-607), *“Ventura”* del 26-02-2008 (LL, 2009-A-43) y *“Funes”* del 28-05-2008 (DJ, 2008-II, 1089). En todos estos casos la Corte rechazó las quejas, dejando firmes las sentencias de cámara que habían admitido el corrimiento del velo y con alguna disidencia como la de Lorenzetti.

III.- Núcleo.-

Ahora bien, el nuevo código unificado (CCyCN), amplió la aplicación de la inoponibilidad de la persona jurídica a todos los entes, como lo especifica en su art. 144. Antes, solo existía el precitado ap. 3° del art. 54 de la LSC (conf. ley 20903) –hoy LS-, el que no fue modificado.

Recientemente la lectura de un trabajo del joven pero ya reconocido tratadista en materia laboral, Dr. Diego Tosca (*“Responsabilidad de los integrantes de personas jurídicas”*, Revista de Derecho Laboral 2016 -1, Rubinzal – Culzoni, págs. 247/62), me trajo la idea que aquí estamos desarrollando y que limitamos solo al caso de los fallos de la Corte precitados que consideramos devaluados. Si bien en dicho traba-

jo no se hace una distinción neta entre la aplicación de la “inoponibilidad” y la “responsabilidad de los administradores societarios”, me pareció interesante su punto de vista.

Señala Tosca –en lo que concordamos-, que salvo la ampliación, en lo demás, ambas normas son sustancialmente similares y las diferencias entre ambas son mínimas y exceden de éste trabajo, aunque podemos citar que en el art. 144 del CCyC se enuncia como prepuesto de hecho *la actuación que esté destinada a la consecución de fines ajenos a la personalidad jurídica* (similar a “fines extrasocietarios” del art. 54, LS); *que constituya un recurso para violar la ley* (la LS habla de un “mero” recurso), *el orden público o la buena fe o para frustrar derechos de cualquier persona* (la LS alude a “derecho de terceros”).

De estas apreciaciones extraemos:

a) Ya no se discutirá más si aplicamos o no la doctrina de la inaplicabilidad a las asociaciones, asociaciones civiles, iglesias, fundaciones, mutuales, cooperativas, consorcios o personas jurídicas de cualquier índole. La totalidad es la regla.

b) La redacción amplia del art. 144 del CCyCN, da por tierra con los argumentos de la Corte Suprema expuestos en los casos “Carballo” y “Palomeque” con sus pautas restrictivas a la aplicación de la inoponibilidad, que tenían como sostén fundamental y economicista, que *“la personalidad diferenciada de la sociedad y sus administradores constituye el eje sobre el que se asienta la normativa de las sociedades anónimas y que ésta conforma un régimen especial que se explica porque aquéllas constituyen una herramienta que el orden jurídico provee al comercio como uno de los principales motores de la economía”*. Consideramos al igual que el Dr. Diego Tosca, que tales pautas se han tornado inaplicables por la ampliación a todo el espectro de las personas jurídicas.

Nº 41:

SOCIEDADES – INTERVENCIÓN JUDICIAL – CO-ADMINISTRACIÓN

Autor: Dra. Lidia Estela DI MASULLO

*Instituto de Derecho Comercial del Colegio de Abogados de Lomas de Zamora
“Dr. Angel M. Mazzetti”*

LAS IREGULARIDADES RESEÑADAS EN EL INFORME DEL VEEDOR AUTORIZAN A DISPONER EL AGRAVAMIENTO DE LA INTERVENCIÓN JUDICIAL

INTRODUCCIÓN

Como bien lo señalan la doctrina¹ y la jurisprudencia, del armonioso desenvolvimiento de las actividades de gestión de la sociedad, dependerá en última instancia la consecución del objeto social, de allí entonces la importancia que reviste lograr el equilibrio en el despliegue de tales funciones.

Sin embargo, cuando el desapego a las funciones preestablecidas y la falta de discrecionalidad quiebran ese necesario equilibrio que debe existir, se hace necesario recurrir a medidas tales como la “intervención Judicial” en procura de evitar que tal conflictiva interna coloque en grave peligro a la sociedad, con “[...] un significativo perjuicio potencial y efectivo, para ella y los socios.”², que podría derivar en consecuencias que afecten a terceros.

No obstante cabe acotar, que la aplicación de esta medida cautelar siempre se ajustó al criterio restrictivo previsto en el art. 114 in fine de la ley 19.550³.

Con las premisas apuntadas es que la Sala F, de la Cámara Nacional de de Apelaciones Comercial en autos “Viscomi Salvador Antonio c/ Monte Olivia S.R.L. y otro s/ ordinario s/ incidente art. 250” confir-

¹ En tal sentido Nissen, Ricardo A. y Vítolo, Daniel Roque, por mencionar sólo un par de ellos.

² Nissen, Ricardo Augusto, (1995), *“Ley de Sociedades Comerciales- Comentada, anotada y concordada”*, Buenos Aires, ED. Abaco de Rodolfo de Palma SRL, 2:287.

³ Ley 19.550, art.114: “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. **Criterio restrictivo.** El juez apreciará la procedencia de la intervención con criterio restrictivo.”

mó el decisorio de la magistrada de grado -que significaba el agravamiento de la intervención decidida- obedeciendo a las graves irregularidades expuestas por el veedor.

LA SOCIEDAD Y EL INFORME DEL VEEDOR

La sociedad Monte Olivia SRL, está conformada por dos socios -el Sr. José Giufridda y el Sr. Salvador Antonio Viscomi-, quienes detentan cada uno el 50% del capital y los votos; respecto de la forma de representación se estableció que la misma fuera conjunta.

Hasta el 10/5/2012 el desenvolvimiento de las reuniones de socios se realizó de modo normal, pero posteriormente comenzaron las irregularidades, de las cuales dió cuenta el Libro de Actas en el que se observó la falta de firma de los socios gerentes de las actas pasadas en el Libro respectivo y cuyo objeto fue aprobar los Estados Contables y la distribución de utilidades y consideración de la gestión de la gerencia y correspondientes a los Ejercicios Económicos n° 32, 33 y 34 .

A tales irregularidades se sumó el hecho de la carencia de certificación contable de esos estados y que no se acreditó de modo fehaciente “ [...] el sentido de voto de cada uno de los socios respecto de cada una de las decisiones sociales.”⁴

Además el informe del veedor señaló que la administración activa de la SRL estaba a cargo el Sr Giufridda.⁵

Al tratarse de una SRL con representación conjunta y con sólo dos socios —cuya proporción de capital y votos es idéntica— todas las decisiones sociales debían ser adoptadas por unanimidad. No obstante, el informe dió cuenta de la ausencia de tal consenso, obviamente imprescindible para el normal desenvolvimiento de la sociedad .

LA RESOLUCIÓN Y SUS FUNDAMENTOS

En las consideraciones del fallo los camaristas apuntaron que de continuar las irregularidades evidenciadas en el órgano de administración se estaría frente a “[...]una real imposibilidad de lograr que el objeto social pueda ser desarrollado con normalidad, [...]”⁶; irregularidades que provinieron de la conducta de los ambos socios y a la cual se calificó como “[...]gestión antisocial de los socios y administradores [...]”⁷.

Destacaron además que la medida cautelar solicitada, “[...]debe tener en miras fundamentalmen-

⁴ CNCCom., Sala F, ““Viscomi Salvador Antonio c/ Monte Olivia S.R.L. y otro s/ ordinario s/ incidente art. 250” , punto 3, párr. 5.

⁵ Esta circunstancia ya había sido puesta de relieve al tiempo de disponerse la veeduría.

⁶ Ídem 4, punto 3, párr. 10.

⁷ Ídem 4, punto 3, párr. 12.

te el interés de la sociedad; [...] sin esperar que éste se desmorone para nombrarle judicialmente un administrador ”⁸ .

Asimismo señalaron que la comprobación del proceder antisocial de los socios pone de manifiesto la idoneidad de la cautelar que se adoptó en la instancia inferior, que fue oportunamente dictada con el fin de evitar que la sociedad fracasase en la realización de su objeto social.

Consecuentemente la Cámara resolvió desechar los recursos y a mérito de la existencia de diferencias irreconciliables entre los socios -derivadas de sus intereses contrapuestos- decidió ampliar la medida cautelar y dispuso mantener la intervención “en grado de co-administración”.

COLOFÓN

De lo expuesto puede apreciarse que el fallo que emitió la Cámara resulta una adecuada expresión de lo regulado en la Ley 19.550 y en los fundamentos de la misma en el sentido de propender al mantenimiento de la empresa por la importancia que revisten éstos entes en el ámbito mercantil.

⁸ Ídem 4, punto 3, párr.11.

Nº 42:
EL SUSPENSO EN LA EJECUCIÓN DE DECISIONES ASAMBLEARIAS.

Autor: José David BOTTERI (h)

Colegio de Abogados de Mar del Plata.

No deben exigirse otros requisitos a la medida cautelar de suspensión en la ejecución de decisiones assemblearias más de los que exige la ley 19.550 y que son tres: motivos graves, no perjuicio a terceros y contracautela. Esta medida cautelar no es una innovativa, no nulifica transitoriamente la decisión, ni requiere de un peligro inminente. Corresponde indicar qué actos no deben ejecutarse y la sentencia debe indicar qué deben o no deben realizar los administradores para cumplir con la orden precautoria.

1. Presentación.

El género de *suspense* en cine y literatura remite a sentimientos de incertidumbre y ansiedad a consecuencia de una determinada situación experimentada por el espectador, respecto de una obra dramática. Se requiere de la obra que el espectador perciba claramente la posibilidad cierta de ocurrir un desenlace penoso o un momento traumático, con tensión y erupción de emociones primarias.

Una serie de fallos recientes sobre la *medida cautelar societaria de suspensión preventiva en la ejecución de resoluciones assemblearias* y la doctrina que se ha ido elaborando evocan, un poco, las historias del género de suspense. Recordemos que Hitchcock decía sobre el tema:

“Imagínese a un hombre sentado en el sofá favorito de su casa. Debajo tiene una bomba a punto de estallar. Él lo ignora, pero el público lo sabe. Eso es el suspense”

En nuestro caso, no hay bombas a punto de estallar, el sofá favorito es el rígido sillón de trabajo de jueces y abogados y nuestro tema es mucho más aburrido que una buena película. Pero hay un nexo común, que son las expectativas cautelares, la ansiedad de lograr una medida asegurativa del resultado de un proceso, el éxito o la frustración de lograrla y la posibilidad cierta de un resultado penoso. Dejemos las emociones primarias de los litigantes a un lado; pero pasemos a la confusión y desconcierto que existe en la doctrina judicial y académica en este tema, para tamizarlas en un análisis conceptual y descubrir qué tanto se puede obtener o no de este instituto que interesa al derecho procesal societario.

2. La incertidumbre en los fallos judiciales.

Hagamos breve repaso de los abundantes fallos sobre el tema, comenzando por los más recientes, en un corto y selectivo recorrido para no fatigar al lector. Muchos de estos temas son conocidos y señalamos sólo algunos aspectos principales:

a) La Sala F de la Cámara Nacional de Comercio dictó cuatro fallos a fines del año pasado sobre nuestro tema **rechazando** la procedencia de la medida: dos recayeron en los autos “*Alvarez Gabriela Ileana c/ Miavasa SA y otros s/ Ordinario s/ Incidente Art 250*” los días 20 y 29 de diciembre de 2016. El mismo día 20 sentenció los autos “*Rene F. Garris y otro contra Suárez María Alejandra Margarita y otros sobre ordinario, Incidente art. 250*” y el día 29 también falló en “*Boldrini Alberto y otros contra Falcoh SA y otro sobre ordinario*”.

En estas sentencias se sostiene la doctrina según la cual los jueces deben hacer un cálculo de probabilidades para medir la verosimilitud del derecho en instancia cautelar. También se dice que si una cuestión resulta controvertida o litigiosa por las explicaciones dadas por la sociedad demandada la medida cautelar no puede otorgarse, se menciona también que no es materia de suspensión la decisión que aprueba la gestión de los administradores, ni tampoco la que aprobó los estados contables con el síndico como contador certificante. La Dra. Tevez, por su voto, manifestó que las decisiones asamblearias que aprueban estados contables no son susceptibles de suspensión provisional. La Sala entiende que reflexionar con hondura sobre las indagaciones propuestas en instancia cautelar en tanto resultan coincidentes con la controversia suscitada, impondría emitir prematuramente un juzgamiento de mérito sobre la cuestión, sólo dirimible al momento de la sentencia definitiva.

La medida que analizamos, según esta Sala cumple una doble función: (i) conjurar el eventual perjuicio individual y (ii) evitar la consumación de actos lesivos del interés social. Pero, con sustento en cierta doctrina, sostiene que toda suspensión de una decisión asamblearia requiere de motivos graves, pues tiene por efecto la anulación momentánea de la resolución de la mayoría de los accionistas, que puede acarrear perjuicios irreparables a la sociedad si no fueran justificados. Por esa razón argumenta que no debe disponerse la suspensión cuando sean mayores los daños que se generen a la sociedad y al resto de los socios, que los perjuicios que los peticionantes de la medida pretenden evitar.

b) También con fecha 20 de diciembre de 2016, la Sala D de la Cámara Nacional de Comercio, en autos “*Azzi María Marcela c/ Canteras Argentinas SA sobre medida precautoria*”, confirmó la precautoria que analizamos con base en que los hechos tenidos como *prima facie* acreditados por el juez de primera instancia a los fines de ordenar la medida cautelar prevista en el artículo 252 de la ley 19550 (LGS), debían ser desvirtuados por quien apela.

Dijo la Sala que en tanto el argumento central para otorgar la suspensión provisoria de la ejecución de la decisión asamblearia impugnada de nulidad, fue la denuncia acreditada de que la sociedad falsea en forma burda sus asientos contables, recibiendo sumas de dinero de manera extracontable; debía la

sociedad demandada enjuiciar ese fundamento central de manera eficiente, lo cual no sucedió en la causa determinando el rechazo de la apelación y la confirmación de la medida.

c) Como el puede observarse, la estrictez de los jueces en la materia convierten la concesión de la medida en algo verdaderamente excepcional y hasta azaroso, pues al no haber criterios unívocos en la materia, todo depende de la radicación del expediente. Veamos ahora otros fallos, que completan con alguna abundancia el cuadro expositivo de la doctrina judicial nacional sobre la materia. Si el lector ya está empapado en la temática, puede saltarse estos puntos, pero sirven como recopilación de diversas ideas:

- La mayoría de las Salas de la Cámara Nacional de Comercio, sostienen que la suspensión de las decisiones asamblearias impugnadas por vía de nulidad, solo puede ser dispuesta judicialmente **cuando existan motivos graves, y la posibilidad de que se consumen hechos que causen perjuicios irreparables** (ver fallos Sala E del 21/6/01 autos “*Maya, Antonio c/ Sanatorio Otamendi y Miroli SA s/ sumario*”; de Sala D, del 8/4/08, “*Maya, Antonio c/ Instituto de Diagnostico y Tratamiento SA s/ medida precautoria*” y el clásico de sala E “*La Gran Provisión SA c/ Meili y Cia. SA*” del 10/02/1987).
- También la Cámara sostiene que **los “motivos graves” deben evaluarse teniendo en cuenta no solo el eventual perjuicio que podría ocasionar a terceros, sino primordialmente, para el interés societario que predomina sobre el particular del accionista impugnante**. (CNCCom. Sala B, “*Grosman c/ Los Arrayanes*” del 23.9.86; ídem “*Ferrari c/ Plinto*” del 24.12.87; Sala A, “*Galván, Daniel c/ Microomnibus Barrancas de Belgrano SA s/ ordinario s/ inc. de medidas cautelares*” del 20.12.05; ídem “*Marón, Daniel c/ del Ponte, María F. s/ ord. s/ inc. de apelación*” del 17.8.06; ídem Sala D, “*Lagarcue SA c/ Banco de Galicia y Buenos Aires SA s/ medida precautoria*” del 28.12.06) Sala B fallo del 29/12/2000, “*Schetmann, Irene N. c/ Científica Central Jacobo Rapoport SACIFI s/ medida precautoria*”; ídem del 24/5/2001, “*Donadio, Carlos Alberto c/ Rivadavia 5859 SA s/ Medida Precautoria*”; de la Sala A, del 14/9/2006, “*Bonomi, Roberto c/ Untus SA s/ ord.*”; de la Sala D, en 28/12/2006, “*Lagarcue SA c/ Banco de Galicia y Buenos Aires SA s/ medida precautoria*” y de la Sala E, del 14/11/2012, “*South American Energy Development c/ Fides Group SA s/ medida precautoria*”).
- Se ha dicho que para proveer la medida, debe hacerse una especie de “**prueba de resistencia**”, que consiste en analizar, si los hubiera, los vicios subjetivos en los votos que aprobaron una decisión. Si éstos no alcanzan a revertir la mayoría, la medida no puede concederse. Autos: “*Gysin, Norberto c/ Federal SA*”, CNCCom, Sala C del 30/08/1984
- En materia de **decisiones que aprueban estados contables**, existe una mayoría de fallos que sostienen que la aprobación de un balance de ejercicio por la asamblea, tiene un carácter no decisorio a los fines del dictado de la medida precautoria prevista por la ley 19550. Se dice así que las decisiones asamblearias que simplemente aprueban los estados contables de un ejercicio, no son

en principio susceptibles de ser suspendidas en tanto su virtualidad se ha agotado con la resolución misma, sin que exista materia alguna que permita hablar de “ejecución de la decisión respectiva”. (“Noel, Carlos c/ Noel y Cia. SA”, Sala B, del 13/6/1991; la Sala E, el 13/12/1995, “Schettini, Juan c/ Oblimento s/ expediente separado (cpr 250)”; ídem Sala C, del 29/12/1995, “Parola de Alcoba, Maria c/ La Holando Sudamericana Cia. de seg. SA”; Sala C, 20/6/06, “Alvarez Cañedo, Francisco c/ Gulf Oil Argentina SA s/ inc. de apelación”; Sala A, 14/9/06, “Bonomi, Roberto c/ Untus SA s/ ord.”, entre muchos otros más. En esa línea, tampoco procede la suspensión de la decisión cuando **no se acompañó la memoria de ejercicio**. (CNCom, esta Sala B, in re “Marocco, Oscar c/ Lamartine S.A s/ Medida Precautoria” del 7.10.97 y “Madariaga, Marta Estela c/ Madida S.A. s/ Ordinario”. Cncom, Sala B, del 29/04/2011).

- **Existe una minoría de fallos que concede la medida cautelar cuando se acreditan violaciones severas y evidentes a los derechos de información del socio o cuando los estados contables adolecen de vicios muy graves** que perjudican un interés patrimonial determinado: autos “Maya, Antonio J. c/ Instituto Argentino de Diagnostico y Tratamiento SA s/ Sumario”, CNCom Sala D del 30/06/2000; los autos “Craig Garry Patrick c/ Panoceanica SA s/ Incidente (Art. 250 CPC)”. CNCom, Sala F del 27/05/2010; “Sucesión de Francisco Javier Loyola c/ Automotores El Triangulo SA s/ Ordinario” CNCom, Sala “E” del 15/08/2011. Con mayor extensión la sentencia dictada por la Sala B en “Vergara Hegi, Mariano Gastón c/ Aja Espil y Asociados SA S/ Medidas Cautelares S/ Incidente”, el 13/07/2001, etc.
- Cuando se trata de estados contables que contienen **aportes irrevocables**, en la medida en que se vulneren las disposiciones de la autoridad de contralor al respecto, se ha admitido la cautelar (autos: “Jure, Diana Silvia Estela y otro c/ Sococar SA y otro s/ordinario”, CNCom, Sala E, del 18/12/2013).
- Cuando hay violación ostensible al **régimen legal de remuneración de administradores**, la medida procede (autos *Madariaga, Marta Estela c/ Madida S.A. s/ Ordinario*. CNcom, Sala B, del 29/04/2011).
- En materia de **decisiones que aprueban la gestión de los administradores**, existe una mayoría de fallos que dice que no son susceptibles de suspensión (ej: CNCom sala D- “Macagno, Jorge Alberto y otro c/ Arguelles Amilcar Emilio y otro s/ ordinario s/ Medidas cautelares”, del 22/11/13) y una minoría que afirma que sí pueden ser suspendidas (“Farallon Telco Inversora Llc c/ Nortel Inversora S/ Sum.” de la CNCom Sala C. de 28/05/2002).
- Cuando existen **situaciones concursales y se tratan cuestiones vinculadas a aumentos de capital**, la Cámara considera que de estimarse la medida cautelar podría producirse un daño irreparable a la sociedad (autos “Multicanal SA y Otros c/ Supercanal Holding SA s/ Medida Precautoria” CNCom Sala “E” de fecha 04/08/2000).

- Cuando se comprueba prima facie que la asamblea sesionó **sin quórum**, la medida procede “Von Boch - Galhau Christop Artur Maria c/ Grami SA” de la CNCom, sala “A” de 04/03/2004), del mismo modo, **si es ostensible un vicio en la convocatoria** (autos “Cambon Jose Maria c/ Bracorp SA s/ Medida Precautoria”, de la CNCom Sala “B” del 11/03/2013) o si no se reunieron las mayorías estatutarias o legales para conformar mayoría (“**Biedma Cristian c/Biedma Juan Martín y Otro s/ordinario**”, CNCom., Sala C, del 29/5/2007).
- Pero siempre debe encontrarse acreditada una **verdadera situación de riesgo, que imponga la necesidad de la intervención del Estado en los negocios de los particulares** (CNCom, sala B, del 11/9(1995, in re “Arcondo, Ignacio G. c/ Tambos del Comahue SA”, Sala “E”, del 11/9/2009, autos “Bianchi, Sandra c/ Megalum SA s/ ordinario”, los autos “Baron, Gustavo c/ Moldintec SRL S/ Ordinario s/ Incidente de Medidas Cautelares”, también de la Sala “B”, del 06/06/2007.
- Un Sala de la Cámara Nacional de Comercio sostuvo que esta cautelar es una medida **autosatisfactiva** que requiere además: (i) una situación de urgencia y, (ii) una fuerte probabilidad de que el derecho del peticionante sea atendible. Y que su admisión supone, en los hechos, un casi inmediato desplazamiento de derechos sin que medie cosa juzgada (causa “Uniquim SRL c/ Faggioni Ruben Bernardo S/ Medida Precautoria” CNCom, Sala “D” del 21/03/2013.
- En los casos de **ruptura de pactos de sindicación de acciones**, la medida no resulta procedente por sí, por ser dichos pactos inoponibles a la sociedad (“*Borrachas Vipal SA y Otros C/ Fate Saici s/ Ordinario s/ Incidente Art. 250*”, de la CNCom Sala D, del 25/06/2015).
- En casos de **aumento de capital**, cuando se acredita negativa a acceder a la información y maniobras en contra de los herederos de un socio, la medida es admisible (CNCom Sala C “*Lourido Jose Alberto y otros c/ Fundiciones Canning SA s/ Medida – Precautoria*”, del 08/10/2015).
- Hay algunos fallos que han extendido esta cautelar a **resoluciones de Directorio** si se reúnen los requisitos exigidos para su admisibilidad (CNCom., Sala D, 30/06/2001, “*Pavlosky, Hernán J. c/ Medicus S.A. de Asistencia Médica y Científica sobre medida precautoria*”; CNCom Sala A, 18/07/2001 “*Orona, Oscar A. c/ Gas Argentino S.A. sobre medida precautoria*”; de la misma sala y del mismo día “*YPF S.A. c/ Gas Argentino S.A. sobre medida precautoria*”). Hay una, incluso, que hace admisible la medida aún cuando el acto **ya se había ejecutado** (CNCom., Sala D, del 2/6/2009, autos “*Johanna Vanesa contra Migueletes Park S.A. sobre Incidente de apelación*”,
- Las **salas de las Cámaras Federales de la Capital**, han sostenido que la medida resulta procedente cuando se acredita que de no adoptarse la medida cautelar se frustraría el fallo futuro a dictarse en la causa, la cautelar es procedente y que tiene la naturaleza de una cautelar innovativa (autos “*Banco Central de la Republica Argentina c/ Trasnoa SA s/ Nulidad De Actos jurídicos*”, del 11/02/1997; autos “*Borda Anibal Rubén y otros c/ Fortin Mulitas SA y otros s/ Nulidad de actos*”).

jurídicos”, del 25/02/1999; autos “*Caramelli Alberto Daniel y otros c/ Sindicación de Acc. Clase CPPP Telefónica de Arg. S.A. y otros s/ proceso de conocimiento*” del 10/02/2003.

- En la **Provincia de Buenos Aires** se sostiene que la medida debe ser excepcional y restrictiva, debiendo los jueces ser sumamente prudentes en todo lo que sea interferir en la vida de las sociedades y ello con mayor razón cuando los vicios no son manifiestos, fácilmente determinables, sino que ha de hacerse mérito de las decisiones adoptadas por la asamblea. (CC0100 de **San Nicolás** del 22/12/1994 autos: “*Zucconi Oscar A. y otros c/ Cooperativa de Provisión de Serv. Eléctricos de San Pedro s/ Nulidad de asamblea*”). Esa misma Cámara sostuvo que se trataba de una cautelar innovativa y que importa la anulación momentánea de la resolución adoptada por la mayoría de los accionistas, (CC0100 SN, del 11/03/2008, autos “*Peña María Angélica c/ Gasparini Héctor José y otros s/Nulidad de acto jurídico*”). En **Mar del Plata** se dijo que se precisa que exista un **peligro inmediato y real** para el patrimonio social o el individual de los accionistas (CC0102, “*Diez, Raúl Ignacio y otros c/ Paideia SRL y otros s/ Acciones derivadas del derecho de sociedades*”, del 18/11/2010); y en **Quilmes** que debe tratarse de una **nulidad manifiesta** o que se cause con la ejecución perjuicios irreparables o mayores que con la suspensión, es decir, que se trate de decisiones graves que, de cumplirse, puedan resultar de onerosas consecuencias, haciendo ilusorio el resultado del juicio de nulidad. (CC0001 QL del 20/05/2010, autos “*Migone, Oscar A. c/ Saber SA s/Sociedades-Acciones derivadas de la ley*”).
- En tanto que **en Mendoza** se ha sostenido que la suspensión provisoria de las decisiones asamblearias es una medida cautelar con características propias, y es una manifestación de ello que mientras que ante las precautorias legisladas por los códigos de forma en términos generales se debe proceder con amplitud de criterios para decretarlas, resultando preferible el exceso en acordarlas que la estrictez en negarlas, diferente criterio debe imperar en cuanto a la medida preventiva a dictaminarse respecto a la decisión de una asamblea en sociedades anónimas. (Cuarta Cámara Civil, Circ. 1era., autos “*Alvarez Herrero c/ Cutesa s/ Ordinario*”, del 05/10/1988). En **San Rafael** se sostuvo que la suspensión de la asamblea es procedente cuando se realizan **distribución de cargos del Directorio** de la sociedad, en violación al estatuto (autos “*Freidemberg Abel Leonardo c/ Policlínica Privada de San Rafael s/ acción de nulidad*” Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributario de San Rafael, del 31/10/2014).
- En tanto que en **Tucumán** se ha dicho que **la medida procede cuando las decisiones que aumentan el capital reflejan abuso de poder**, al encontrarse injustificadas racionalmente y revelar un intento de licuación a uno de los accionistas (autos “*Frías Silva María C/ Commercicy S.A.C.I.F.C.T.Y.A. s/ Nulidad de Asambleas*” del 29/09/2014, fallo de la Cámara Civil y Comercial Común - Sala 3).
- Por último en **Rafaela**, Prov. de **Santa Fe**, se ha sostenido que en la pretensión cautelar **debe coordinarse la ley de fondo con la ritual provincial**. La medida tiene el carácter de social ut singuli, y por lo tanto, sólo justificable en tanto la demora de la resolución definitiva implique peligro

para con el interés objetivo de la sociedad, lo cual debe ser probado pues, la suspensión de decisiones asamblearias sólo puede ser dispuesta judicialmente cuando existen motivos graves y la posibilidad de que se consumen **hechos que causen perjuicios irreparables**. (“*Visintini, Gabriel F. c/ Expreso Santa Rosa s/ Ordinario*” Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Laboral de Rafaela, del 10/09/2013).

3. **La doctrina de los autores: Más intrigas para el espectador.**

La exposición de motivos de la ley 19.550 (LGS) se limitó a mencionar la previsión cautelar dentro de los avances en el régimen de impugnación por nulidad de acuerdos asamblearios, que implicaban una mejora a la pobre legislación del art. 353 del Código de Comercio de 1862.

Veamos los comentarios de algunos de los autores de la doctrina nacional que han considerado el tema, dejando de lado algunas cuestiones obvias que surgen de la literalidad de la ley. Retornemos a Hitchcock: *un drama es la vida, pero sin las partes aburridas*.

Sancionada la ley 19.550 en 1972 Francisco Garo sostenía que la suspensión de la decisión social adoptada era una medida grave, que implicaba la anulación momentánea de la resolución de la mayoría de los accionistas y que los perjuicios que se trataban de evitar con la medida, no debían ser mayores que los que la medida podía importar para la sociedad¹.

Cinco años más tarde, Mario J. Bendersky mencionaba que nuestros jueces –siguiendo la mejor doctrina extranjera–, procedían en el caso con la mayor parsimonia y prudencia. Se concedían estas medidas solamente cuando la nulidad asamblearia apareciera como manifiesta, o cuando se trataba de resoluciones que traían onerosas consecuencias, que podían tornar en ilusorio el juicio por la nulidad.²

La doctrina que mencionaba Bendersky era la italiana, que fue en mayor parte la inspiradora de los redactores de la ley 19.550. En ese país, Carnelutti bregaba porque la justicia hiciera un control de legalidad sustancial de los acuerdos asamblearios desde 1926³, lo cual fructificó con la inclusión de los arts. 2377/9 al Código Italiano del '42, que disciplinó la acción por impugnación de nulidades asamblearias, pero no incluyó ninguna medida cautelar en su ordenamiento. La doctrina peninsular (ej. Lordi, Brunetti) consideraba que eran “inconvenientes leves” los abusos de poder de las mayorías en situaciones tales como aprobación de balances con reservas excesivamente prudenciales, en pérdida o sin beneficios. Para la doctrina italiana era peor que la justicia ingresara en esos casos, imponiendo criterios, que el perjuicio que podían ocasionar esos abusos.⁴

¹ FRANCISCO J. GARO “*Sociedades Anónimas*”, Edit. Ediar, Bs. As., tomo II, pág. 69.

² MARIO J. BENDERSKY “*Impugnación Judicial de asambleas de sociedades anónimas*”, RDCO 1977, año 10, pág. 36.

³ FRANCESCO CARNELUTTI, “*Eccesso di potere e tutela delle minoranze*”, en Riv. Dir. Commerciale, 1926, tomo 1º, pág. 176.

⁴ Ver ANTONIO BRUNETTI “*Tratado del Derecho de las Sociedades*”, Librería El Foro, Tomo II, pág. 425 y ssgtes.

Isaac Halperín, como juez de la Sala B de la Cámara Nacional de Comercio, había sostenido antes de la sanción de la ley 19.550 que las resoluciones de asamblea poseían una especie de presunción de legitimidad que impedían su suspensión (ver fallo “*Cavanagh de Paz, Martha c/ Cavanagh Hnos. SRL*”, del 13/11/1963”). Sin perjuicio de ello y promulgada la ley 19.550 consideró, en la obra ya ampliada por Julio C. Otaegui, que para obtener la medida precautoria de suspensión como una cautelar especial, que requiere: i) el inicio de la acción de impugnación de nulidad de la resolución asamblearia, ii) que se aluda a determinadas resoluciones adoptadas en la asamblea que se encuentren pendientes de ejecución, iii) que existan motivos graves y se demuestre que el derecho invocado como fundamento de la pretensión es verosímil, iv) que no medie perjuicio a terceros, y v) que exista un peligro inmediato y real para el patrimonio social o el individual de los accionistas⁵.

Los Dres. Sasot afirmaban que la medida precautoria que tratamos estaba orientada a evitar la frustración del fallo en materia de nulidad de decisiones asamblearias. a través de la ejecución de la resolución social adoptada. También que se habían establecido requisitos (los “motivos graves”, inexistencia de perjuicio a terceros y caución suficiente), para evitar que un abuso de la medida perjudicara a la sociedad o al resto de los socios⁶.

Quien más escribió sobre el tema fue Ricardo A. Nissen. En la última edición disponible de su “*Ley de Sociedades Comerciales*”, le dedica al tema unas cuarenta páginas, sosteniendo la idea de que la precautoria del art. 252 de la ley 19.550 es una *medida cautelar innovativa* (y no conservativa) y que precisa acreditarse un perjuicio irreparable, siguiendo las ideas de Jorge W. Peyrano⁷. Sostiene que algunos fallos han aceptado suspender convocatorias, en la convicción de que es mejor prevenir los daños (aún antes de la sanción del nuevo Código Civil y Comercial y mencionando el art. 633 del viejo Código Civil) y que este tipo de medidas deben ser concedidas con un criterio amplio, para evitar la frustración del derecho de quien las solicita. También afirma que estas cautelares deberían ser inscriptas ante la autoridad de contralor en materia societaria, a fin que los acuerdos impugnados o suspendidos, sean de conocimiento de dichos organismos. Nissen sostiene como principio que no hay decisiones asamblearias –pues la ley no las menciona– que no puedan ser suspendidas. En particular postula que las decisiones que aprueban balances irregulares a simple vista, llamativamente falsos, deben ser susceptibles de suspensión criticando la jurisprudencia en contrario al respecto.⁸

Emilio F. Moro, ha escrito varias veces sobre nuestro tema⁹. En primer lugar afirmando tam-

⁵ ISAAC HALPERÍN, “*Sociedades Anónimas*”, 2ª edición actualizada por Julio C. Otaegui, Edit. Depalma, Bs. As., 1998, pág. 775.

⁶ MIGUEL A. SASOT BETES Y MIGUEL P. SASOT “*Sociedades Anónimas – Las Asambleas*”, edit. Abaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1978, pag. 649 y ssgtes.

⁷ JORGE W. PEYRANO, “*Medida Cautelar Innovativa*”, edit. Depalma, Bs. As., 1981.

⁸ RICARDO A. NISSEN “*Ley de Sociedades Comerciales*”, edit. Astrea, Bs. As. 2010, tomo II, pag. 4 y ssgtes. También dos capítulos en su libro “*Panorama Actual de Derecho Societario*”, (con la colaboración de los Dres. Haggi, Llantada, Martorell y Vítolo) edit. Ad. Hoc, año 2000, tratan el tema.

⁹ EMILIO F. MORO “*Suspensión preventiva de decisiones asamblearias por falta de peligro actual e inminente derivado de la aprobación*

bién el carácter innovativo de la medida que analizamos y postulando su adhesión a que esta precautoria sirva para suspender actos del Directorio, debiendo aligerarse el requisito –en ese caso– del peligro en la demora, que estaría ínsito en la propia urgencia cautelar. En segundo término adscribe a una aplicación amplia de la medida, en materia de aprobación de estados contables, que considera son resoluciones con efectos perdurables o “fluyentes” en el tiempo.

Por su parte, Rodolfo G. Papa adhirió al criterio de alguna de las Salas de la Cámara Nacional de Comercio en cuanto a que la medida resulta improcedente cuando se trata de decisiones asamblearias vinculadas con la distribución de dividendos, el pase de resultados a reservas o a una cuenta de resultados no asignados; considerando –como lo hacía la doctrina italiana tradicional– que esos u otros temas similares precisan de una amplitud de examen y de debate que excede el mero marco precautorio¹⁰.

Horacio Roitman sostiene que la medida que tratamos es un caso de tutela anticipada y considera que –en principio– las resoluciones que aprueban estados contables y la gestión de directores no son susceptibles de suspensión, entendiendo que el juez debe despachar este tipo de providencias con criterio restrictivo. En el anteproyecto de reformas que propone, postula que –antes del despacho de la medida– exista una audiencia previa con la sociedad (quien puede ofrecer medidas alternativas) salvo casos muy urgentes.¹¹

Daniel R. Vítolo afirma que esta medida sólo puede concederse en los casos en que, de no suspenderse la ejecución de la medida, no sólo se puede producir un daño grave a la sociedad sino también generar una situación de dificultosa o imposible reparación ulterior, o tornar ilusoria la sentencia que pudiera dictarse. La medida es una excepción a la regla del art. 233 parr. 2do. de la LGS que establece la obligatoriedad de las decisiones de asamblea, adoptadas conforme la ley y los estatutos, para los accionistas y para el Directorio. En cuanto a la verosimilitud del derecho, entiende necesario el realizar un juicio de probabilidades, aún cuando nos encontremos con una resolución de instancia provisional.¹²

Como el lector advertirá, la doctrina variopinta de los autores no ofrece un suelo seguro en el que sostener ideas consistentes en la materia y, conforme lo expusimos en el relato jurisprudencial anterior, la cuestión ingresa en el terreno pantanoso de la casuística y de los criterios de autoridad, en donde los hechos y el prestigio del autor que se trate mandan sin que puedan establecerse criterios racionales de

de balances. Comentario al fallo “*Peña, María A. c/ Entesano, Héctor J. y Otros s/Acciones Derivadas de la Ley de Sociedades*”, publ. en RADE, Revista Argentina de Derecho Societario - Número 3 - Septiembre 2012; su ponencia en el XI Congreso Argentino de derecho Societario de Mar del Plata, que se titula *¿Puede solicitarse la suspensión preventiva de una resolución de directorio ya ejecutada?*

¹⁰ RODOLFO G. PAPA, “*Suspensión cautelar de decisiones asamblearias en conflictos societarios complejos: distribución de dividendos y constitución de reservas*” publicado en la Ley, del martes 13 de octubre de 2015.

¹¹ HORACIO ROITMAN “*Ley de Sociedades Comerciales*”, Edit. La Ley, Bs. As., 2006, tº IV, pags. 276 y ssgtes.

¹² DANIEL R. VÍTOLO “*Sociedades Comerciales. Ley 19.550 comentada*”, Edit. Rubinzal Culzoni, Bs. As.- Santa Fe, 2008, tº IV, pág. 325 y ssgtes.

actuación: ¿se trata de una medida cautelar innovativa? ¿es un caso de tutela anticipada? ¿se precisan acreditar “daños irreparables”? ¿qué tan graves deben ser los “motivos graves”? ¿la resolución que aprueba estados contables conlleva una ejecución de actos y cuáles serían sus efectos? ¿es necesario suspender la aprobación de la gestión del directorio para promover la acción por remoción o de responsabilidad social de directores? ¿el criterio debe ser amplio o restrictivo? ¿se debe inscribir la medida y en dónde? ¿es razonable fijar una audiencia previa a proveer la cautelar? ¿cómo se miden las probabilidades de un derecho verosímil?

Todas estas preguntas continúan configurando nuestra tensa escena de suspenso, que intentaremos dilucidar en el punto siguiente.

4. Propuestas de solución a los problemas usuales.

Trataremos por separado los tópicos conflictivos, buscando explicar con simpleza estos temas que se incluyen en lo que denominamos **derecho procesal societario**, que es una disciplina que integra el derecho de los procedimientos judiciales y arbitrales, con la legislación societaria.¹³ Como ya hemos demostrado en otros trabajos y ponencias esta área del derecho ofrece singularidades: no rige el principio de alteridad en los procesos, las sentencias de condena contra la sociedad afectan también al socio actor, las pruebas tienen particularidades especiales, etc.

a) Tres momentos de las resoluciones asamblearias y tres remedios cautelares diferentes: genérica, suspensiva e innovativa.

Como el lector pudo advertir, existe un presente, un pasado y un futuro en las decisiones adoptadas por una asamblea.

Antes de cualquier decisión de los socios existió un llamado, una convocatoria con su orden del día y la conformación de la asamblea, con su quórum y formalidades. Como puede imaginarse, no hay en esa etapa previa decisión alguna y ningún acto que deba ejecutarse como derivado de ella. Esto significa que las previsiones del art. 252 de la Ley 19.550 (LGS), no pueden aplicarse a las irregularidades que pueden producirse en ese periodo anterior. Recordemos que el art. 252 LGS textualmente dice:

ARTICULO 252: El Juez puede suspender a pedido de parte, si existieren motivos graves y no mediare perjuicio para terceros, la ejecución de la resolución impugnada, previa garantía suficiente para responder por los daños que dicha medida pudiere causar a la sociedad.

¹³ Ver nuestra ponencia “Bases para un régimen procesal societario” junto a Diego Coste en las conclusiones del XII Congreso Argentino de Derecho Societario del 2016 llevado a cabo en Mendoza, tº 2, pág. 1409

Para que pueda usarse esta cautelar tiene que haber *necesariamente* una resolución de asamblea. ¿Qué sucede si se precisa suspender una convocatoria? Esto ha sucedido algunas veces y, en los pocos casos en que se ha accedido a la medida, la jurisprudencia ha dicho que la vía es la de las *cautelares genéricas* del art. 232 del CPC (ídem Capital y Provincia de Buenos Aires), que tienen otro tipo de requisitos: fundados motivos, *perjuicio inminente e irreparable*, etc.¹⁴ El Juez puede disponer la medida que considere más apta según las circunstancias.

Si la asamblea adoptó una resolución y no está ejecutada, la vía que corresponde es al del art. 252 LGS. Por “ejecutada” debe entenderse que la decisión **esté cumplida, concluida o consumada en su realización**¹⁵. El peticionante de la cautelar debe ser un socio que no votó favorablemente (o el ausente, o el que votó a favor con vicio en su voluntad), director, síndico, miembro del comité de vigilancia o la autoridad de contralor, que son los legitimados para impugnar por nulidad la decisión en los términos del art. 251 LGS. Esta última acción debe haberse deducido, debe acreditarse que la medida no causa perjuicio a terceros, que existen motivos graves y debe darse caución por los daños que la medida pueda ocasionar a la sociedad.

Como puede verse, esto es lo que sencillamente requiere el art. 252 LGS. Destaco que la caución es necesaria y que no es un requisito *dispensable* en la legislación societaria, ya que normalmente la suspensión de una decisión de asamblea ocasionará algún daño, aunque más no sea por la demora en ejecutar la decisión. La norma no exige que se acrediten “perjuicios irreparables”, sino que no se causa perjuicio a terceros y, *respecto de la sociedad*, debe darse la caución mencionada.

Sebastián Balbín, con agudeza y sensatez, sugiere que la cautelar también tiene un sentido práctico operativo respecto del proceso judicial principal: la acción del art. 251 LGS, una vez iniciada, sólo puede proseguirse transcurridos los tres meses de la clausura de la asamblea debiendo acumularse todas las demandas vinculadas a las resoluciones impugnadas, porque esto es lo que establece el art. 253 LGS. Esos tres meses en que el o los juicios de impugnación de decisiones asamblearias deducidos están en estado de “latencia” y no pueden aún sustanciarse, generan la *necesidad* de la previsión cautelar del art. 252 LGS¹⁶.

Si no hay perjuicio a terceros y si se garantizan los potenciales daños respecto de la sociedad

¹⁴ Los casos hallados por **Ricardo A. Nissen** en “*Ley de Sociedades Comerciales*”, edit. Astrea, Bs. As. 2010, tomo II, pag. 4 y ssgtes sobre este tema son CNCom Sala A “*Arietti, Carlos c/ Lactna SA s/ Incidente*”, del 7/10/98; de la misma sala “*Chomik, Oscar c/ Chomik Hnos SA s/ Sumario*”, del 22/12/1977 y “*Guardia, Rubén c/ Orlando Hnos SA*” del 27/10/2002 y un fallo de un juzgado de primera instancia Civil y Comercial y de Minería de Mendoza “*Magna Inversora SA c/ Banco de Mendoza SA s/ medidas precautorias*”, del 10/01/2002.

¹⁵ El diccionario de la Real Academia Española en su última versión on-line se entiende que “ejecutar” proviene del latín medieval “*executare*”, y este derivado del latín puro “*executus*”, participio pasado, de “*exsequi*”, que significa ‘consumar, cumplir’. El hecho ejecutado está consumado y si no lo está, no se ha ejecutado.

¹⁶ **Sebastián Balbín** “*Curso de derecho de las sociedades comerciales*”, edit. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2010, pág. 688.

a través de una caución suficiente, en la medida que existan motivos graves, la cautelar es admisible y debe procederse a su dictado. **No corresponde que un juez solicite otros requisitos porque no lo exige la ley, no son necesarios, ni tampoco útiles.** El supuesto daño que el socio podría ocasionar a la sociedad con la medida cautelar del art. 252 LGS, también se lo produce indirectamente a su propio patrimonio, por lo cual bajo esa perspectiva sistémica, es un exceso contrario a la ley (tal y como entender que el interés social se identifica con el del grupo mayoritario) exigir requisitos para esta precautoria, más allá de los legales establecidos.

Pasemos al tercer momento: decisiones asamblearias cumplidas, ejecutadas, consumadas en un hecho, en una obra finiquitada. ¿Procede la medida del art. 252 del modo en que lo venimos sosteniendo? Por supuesto que no, porque la norma requiere decisiones no ejecutadas para ser suspendidas. No hay posibilidad de una “suspensión” de lo ya hecho y consumado.

“Suspende” significa, también según el diccionario en la acepción correspondiente, “*detener o diferir por algún tiempo una acción u obra*”¹⁷, y acá la obra está concluida. ¿Puede obtenerse una medida cautelar en estos casos? Claro que sí. Pero no será la medida del art. 252 de la LGS, que como vimos en el punto anterior es una medida societaria que se comprende dentro del sistema societario y en los especiales vínculos que ligan a socios y directivos con la sociedad.

La medida cautelar que correspondería en este tipo de casos es una **cautelar innovativa**, que es una medida genérica del art. 232 del CPCC, pero que tiene tipicidad en el moderno derecho procesal y en algunos códigos rituales y que posee requisitos propios que exceden en mucho la modesta cautelar del art. 252 de la LS. Jorge W. Peyrano definió esta medida en los siguientes términos¹⁸:

“es una diligencia precautoria excepcional que tiende a modificar el estado de hecho o de derecho existente antes de la petición de su dictado, medida que se traduce en la injerencia del tribunal en la esfera de la libertad de los justiciables a través de la orden de que cese una actividad contraria a derecho o de que se retrotraigan los resultados consumados de un proceder antijurídico. Dicha diligencia cautelar -a diferencia de la mayoría de las otras- no afecta la libre disposición de bienes, ni dispone que se mantenga el status quo. Va más allá, ordenando -sin que concurra sentencia firme de mérito- que alguien haga o deje de hacer algo, en sentido contrario al representado por la situación existente”

Ese tipo de medidas exige que se acredite la **irreparabilidad del perjuicio** (*periculum in damni*), que es un requisito propio de este tipo de precautorias, que se han despatchado en casos especialmente: demoras irrazonables en otorgar piezas ortopédicas, suspensiones de ejercicio de profesiones lími-

¹⁷ Del latín “*suspendere*”, y este de “sus” y “pendere”, del protoindoeuropeo *(s)pen(d). Claramente algo suspendido es algo que queda pendiente, que no está terminado, ni concluido.

¹⁸ JORGE W. PEYRANO, “*Medida Cautelar Innovativa*”, edit. Depalma, Bs. As., 1981, pág. 13.

te como la de jinete de caballos de carrera; todas situaciones muy excepcionales en donde el transcurso del tiempo incrementaba los daños de manera exponencial al punto de casi impedir el ejercicio de un derecho legítimo o del empleo de algo esencial para la vida y subsistencia¹⁹. Se trata de una medida realista y material donde el dinero -que parece que todo lo puede reparar de algún modo en las sentencias- no resulta suficiente y en la que hay siempre efectos respecto de terceros, potencialmente perjudiciales²⁰.

Como puede notarse entre la cautelar del art. 252 LGS y una innovativa en estos casos, hay muchas diferencias. Por eso no resulta razonable, y de hecho es contrario al régimen del art. 252 LGS, identificar los dos institutos o exigir requisitos que sólo son necesarios para uno u otro caso y que tienen relación con los efectos de ambas medidas: la cautelar del art. 252 no es una innovativa porque se exige en su caso que los actos de ejecución de la decisión asamblearia no estén cumplidos y no se ocasione un perjuicio potencial a terceros y la irreparabilidad de perjuicios es una exigencia de la cautelar innovativa, pero no de la suspensión del art. 252 LGS

b) Resoluciones asamblearias, efectos y actos de ejecución.

Las asambleas son actos jurídicos (art. 259 Código Civil y Comercial) porque son (en principio) actos voluntarios lícitos que tienen por fin inmediato la adquisición, modificación o extinción de relaciones o situaciones jurídicas.²¹

Pese a ser internamente actos en que concurren una pluralidad de voluntades, respecto de terceros las asambleas tienen otra condición pues sus resoluciones importan una *manifestación de voluntad* propia y *unilateral* de la persona jurídica. La personificación, como ya hemos dicho antes, es una técnica para que varios conformen un solo sujeto y con una única voluntad.

¹⁹ El caso prototípico fue de la CSJN en autos “Camacho Acosta, M. v. Grafi Graf S.R.L.” del 7/8/1997, Fallos 320:1634. Véase el comentario de Claudia Cava, en “*Sentencia Anticipada (despacho interinos de fondo)*”, Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires-Santa Fe, año 2000, p.722.

²⁰ La innovativa legislada en el Código de Proceso Civil de Brasil, exige, Art. 273 “El juez podrá a requerimiento de parte anticipar, total o parcialmente, los efectos de la tutela pretendida en la demanda, desde que existiendo pruebas inequívocas, se convenza de la verosimilitud de la alegación y: 1) Haya fundado temor o daño irreparable o de difícil reparación; 2) En la decisión que anticipa la tutela, el juez indicará, de modo claro y preciso, las razones de su convencimiento; 3) No se concederá la anticipación de la tutela cuando hubiera peligro de irreversibilidad de la resolución anticipatoria; 4) La tutela anticipada podrá ser revocada o modificada en cualquier tiempo, mediante decisión fundada; 5) Concedida o no la anticipación de la tutela, proseguirá el proceso hasta la sentencia final”. En Portugal el Art. 381.1 del Código dispone: “Siempre que alguien muestre fundado recelo de que otro cause lesión grave y difícilmente reparable a su derecho, puede requerir la providencia conservatoria o anticipatoria concretamente adecuada a asegurar la efectividad del derecho amenazado”. En Italia, el Código de Procedimientos prevé en su Art. 700 Sección sobre providencias de urgencia: “Condiciones para la concesión. Fuera de los casos regulares de las precedentes secciones de este capítulo, quien tuviese fundados motivos para temer que durante el tiempo que transcurre para hacer valer su derecho por la vía ordinaria, éste sea amenazado de un perjuicio inminente e irreparable, puede pedir una medida al juez de proveimiento de urgencia que, según las circunstancias, sea idónea para asegurar provisionalmente los efectos de la decisión sobre el mérito”.

²¹ Julio C. Otaegui “*Invalidez de actos societarios*” edit. Abaco de Rodolfo Depalma, Bs. As., 1978, pág. 52, sostiene que las asambleas son actos *plurilaterales*. Personalmente no estamos de acuerdo, pues el voto contrario no conforma la voluntad social.

Esta situación curiosa de pluralidad en su origen y de unilateralidad en sus efectos, está sostenida en una muy amplia doctrina judicial.²² De hecho la idea se encuentra incluida dentro del repertorio de enseñanzas de la mejor doctrina italiana, que tanto inspiró a nuestros autores nacionales: el propio Ascarelli decía que la formación de la voluntad social se produce a través de acuerdos de asamblea en los que el voto de los accionistas no es conferido sólo en interés individual, sino también como medio para el buen funcionamiento social. Las sociedades anónimas están cimentadas en una comunidad de intereses que existe entre los accionistas, por eso el voto no puede ser extendido por quien se encuentra en conflicto de intereses con la sociedad.²³

El efecto entonces que tiene una resolución asamblearia es el de una declaración unilateral de voluntad, de una voluntad colectiva. Una asamblea no concluye ningún acto respecto de terceros, pero sí puede integrar actos complejos, por ejemplo cuando esa declaración de voluntad es ratificatoria de un acto anterior. Pero, en general, para que la declaración de voluntad social se concrete, son necesarios actos de ejecución, que es la idea del art. 252 LGS, pues con la sola declaración unilateral de voluntad asamblearia, ningún negocio jurídico puede concretarse.

Por ejemplo, cuando una sociedad declara que aumentará su capital, con esa sola resolución no basta, son necesarios otros actos posteriores para materializar el incremento: suscripción de las nuevas acciones, su integración, etc.. Si se trata de la venta del principal activo social, la mera asamblea que decidió la operación no alcanza para perfeccionar el contrato, sino para validar los posteriores actos que celebren los representantes sociales.

Toda resolución de asamblea que pueda provocar un perjuicio a alguno de sus socios, necesariamente precisa de actos de ejecución posteriores de esa voluntad social, porque con la sola manifestación unilateral de voluntad social no alcanza para que ésta se concrete en la realidad de los hechos. Aún en los casos de exclusión de socios (art. 91 LGS) se precisa de una acción posterior y en los casos de lesión de sus derechos elementales de los socios, con la sola declaración asamblearia no es suficiente, pues se pre-

²² El conocido fallo “*Augur SA s/ Quiebra c/ Sumampa SA s/ nulidad de asamblea*” de la CNCOM Sala “C”, de fecha 28/12/1984, sostiene la idea de la voluntad social, al igual que –con mucha mayor profundidad, el leading case “*Sanchez, Carlos c/ Banco Avellaneda SA*”. (LL 1983-b-257) del 22/09/1982, en materia de sindicación de acciones, con su análisis acerca de las voluntades de los socios y la voluntad social. Con su recordada elocuencia el prof. Enrique Butty, por ejemplo dijo en un fallo en disidencia: “...la nulificación de actos de gobierno social implica inmixión jurisdiccional en el funcionamiento de la estructura orgánica de un sujeto titular de haciendas empresariales, **que traduce complejos vínculos de carácter plurilateral en lo interno y relaciones con terceros en lo externo**, de modo que la configuración de la nulidad ha de interpretarse restrictivamente.” autos: “*Noel, Carlos c/ Noel y Cia. SA s/ sum.*” (ED 14.8.96), CNCom sala “B” del 19/05/1995

²³ **Tulio Ascarelli** “*Sociedades y Asociaciones Comerciales*” trad. por Santiago Sentís Melendo, edit. Ediar, Bs. As., 1947, págs. 253 y ssgtes. En “*Principios y Problemas de las Sociedades Anónimas*” (trd. René Cacheaux Sanabria, edit. Imprenta Universitaria, Méjico 1951, pág. 50, dice con la mayor claridad “...La deliberación se debe considerar como una manifestación unilateral de voluntad, ya que expresa la voluntad de un sujeto único, sin embargo, ésta resulta del concurso de tantas voluntades (votos) diversas, que justamente concurren en la formación de la voluntad del sujeto-sociedad”

cisa de actos posteriores generalmente producidos por los administradores, para producir ese tipo de perjuicios.

Todas estas explicaciones precedentes son útiles para entender que no se suspenden a través de la medida del art. 252 LGS ***todos los efectos de una decisión asamblearia*** (que son las consecuencias jurídicas de una manifestación unilateral de voluntad de un sujeto colectivo), sino los que determinan actos de ejecución de esa voluntad, que generalmente son realizados por los administradores o por las personas que la asamblea indique en ciertas situaciones especiales.

La medida del art. 252 LGS ***no nulifica transitoriamente nada, ni priva totalmente de efectos al acto***, pues como puede verse de la propia letra de la ley, no dice nada de eso. La precautoria sólo impide que se puedan llevar actos de ejecución de las decisiones adoptadas, en la medida en que no se perjudique a terceros y existan motivos graves. Ello nos conduce al punto siguiente.

c) La naturaleza de la medida cautelar del art. 252 de la LGS.

Tal y como lo hemos ido señalando, la cautelar del art. 252 LGS no es una precautoria innovativa (y por ello, no deben exigirse sus requisitos), ni tampoco nulifica o invalida transitoriamente una decisión asamblearia, como lo señalamos en el punto anterior.

La medida cautelar de suspensión de ejecución de actos de ejecución de decisiones asamblearias es un tipo de orden judicial precautoria para asegurar el resultado de un juicio por nulidad de ese tipo de decisiones que, al igual que las prohibiciones de innovar o de contratar, impiden que alguien haga algo o lo obligan a que deje de hacer algo. Su destinatario es la propia sociedad y quienes deben no hacer o dejar de hacer algo son sus administradores, el resto de los socios o de los autorizados para ejecutar la decisión que se trate conforme lo hubiera dispuesto la resolución asamblearia.

La medida tiene exigencias propias (motivos graves, no perjuicio a terceros, contracautela) y requiere que la decisión social no se haya ejecutado, esto es, que no se haya cumplido íntegramente. ***No requiere acreditar ni peligros inminentes, ni perjuicios irreparables porque ello no es del caso legal.***

La cautelar tiene una extensión menor que la que usualmente se pretende, pero es perfectamente eficaz y útil si puede evitar que se consumen los actos de ejecución de una resolución impugnada por nulidad.

Por eso, ni tanto, ni tan poco, cumpliendo sólo con los requisitos legales, no debe exigirse mucho más al socio impugnante. Como se verá en el punto siguiente, el asunto es hoy mucho más claro con el nuevo Código Civil y Comercial.

d) La influencia del nuevo Código Civil y Comercial: la invalidez y la ineficacia.

Uno de los motivos que perturbaba el análisis de esta medida es la idea que se tenía acerca de la nulidad de las decisiones asamblearias. Se afirmaba que era un supuesto de invalidez de actos jurídicos, tal y como lo sostenía Otaegui en la obra que ya hemos citado.

La invalidez es una noción muy rígida y absoluta, pues no admite grados. Decir que un acto es un “poco inválido”, carece de sentido y la invalidez parcial sólo podía concebirse respecto de cláusulas o estipulaciones que fueran separables del acto, sin alterar su sentido. La terminología de Vélez (arts. 1037 a 1058 del Código Civil, según ley 340 y sus modificatorias) daba lugar a equívocos y confusiones e impregnaba todo el sistema jurídico, incluyendo los dispositivos de la ley de sociedades.

Con el nuevo Código Civil y Comercial (ley 26.994) todo esto se ha aclarado. La idea de invalidez se reemplazó por la de ineficacia, que a su vez, admite categorías (nulidad –absoluta o relativa, total o parcial-, e inoponibilidad) y permite distinciones. Por ineficacia debe entenderse la privación de consecuencias jurídicas a un acto respecto de ciertas o todas las personas, pero a su vez, permite concebir que no todos los efectos de un acto pueden estar alcanzados por una medida judicial.

El caso de la medida del art. 252 LGS es la hipótesis de suspender ciertos efectos respecto de un acto colectivo, que son aquellos que determinan el cumplimiento (la “ejecución”) de la decisión social. No es tampoco un caso de *ineficacia* porque no priva de efectos al acto sino que sólo los suspende (los “difiere”) pues la nulidad –que hoy es una categoría de ineficacia privativa, como dijimos- sólo se dictará en la sentencia definitiva, una vez concluido el proceso.

e) Las probabilidades y las medidas cautelares.

Existe una tendencia actual en los autores y jueces de ligar el cálculo de probabilidades al razonamiento judicial²⁴. En varios fallos que hemos citado en este trabajo se menciona eso, argumentando que para conceder la medida cautelar del art. 252 de la LGS el juez debe hacer un cálculo de probabilidades para evaluar la verosimilitud del derecho, esto es, medir la probabilidad de que el actor triunfe en la impugnación por nulidad de decisiones de asamblea.

No existe un concepto jurídico acerca de la probabilidad, ni tampoco del mencionado “juicio de probabilidades”, por lo cual deberemos remitirnos a las ideas que otras disciplinas han forjado sobre el tema, ya que si bien el derecho emplea lenguaje natural el término tiene una creación precisa.

Se dice que Christian Huygens que había conocido la correspondencia entre Pascal y Fermat en materia de cálculo aleatorio, publicó en 1657 el primer libro sobre la probabilidad “*De ratiociniis in Ludo*

²⁴ El Dr. MARCELO LOPEZ MESA sostiene, por ejemplo, que el estudio de la causalidad incluye el tema de las probabilidades. Así puede verse en casi todos sus trabajos, en especial “*Causalidad virtual, concausas, resultados desproporcionados y daños en cascada*”, publ. en Diario “La Ley”, Rep. Argentina, el día 12 de agosto de 2013, núm. 148

Aleae”, un tratado sobre juegos de azar. Durante el siglo XVIII, debido a la popularidad de esa clase de juegos, el cálculo de probabilidades tuvo un espectacular desarrollo. Destacan en 1713 el teorema del suizo Daniel Bernoulli que sentó la base de la Ley de los grandes números, y en 1738 el primer caso particular estudiado por el francés Abraham De Moivre del teorema central del límite, en su obra “*Doctrine des chances*”. En 1809 el matemático alemán Carl Friedrich Gauss inició el estudio de la teoría de errores y en 1810, el francés Pierre Laplace, que había considerado anteriormente el tema, completó el desarrollo de esta teoría y publicó en 1812 su *Théorie analytique des probabilités* en el que expone un análisis matemático completo sobre los juegos de azar.

La idea en la primera mitad del siglo XX, se fue trasvasando la idea a las ciencias sociales. Según afirmó Eric Temple Bell, la aplicación de la probabilidad matemática a las ciencias físicas, las suavizó. La aplicación análoga posterior a las ciencias sociales les dio un cierto aire de determinismo²⁵.

Desde sus orígenes la principal dificultad para poder considerar la probabilidad como una rama de la matemática, fue la elaboración de una teoría suficientemente precisa como para que fuese aceptada. Recién en 1932 el matemático ruso Andrei Kolmogorov la definió de forma axiomática y estableció las bases para la moderna teoría de la probabilidad.

Como se puede ver, el tema de las probabilidades se trata de todo un capítulo moderno de las matemáticas aplicadas, desarrolladas como principio sobre la base del juego y del azar, esto es mecanismos aleatorios (también denominados estocásticos) y no causales.

Se sigue de lo anterior que las probabilidades, en el sentido que cabe atribuirle a dicha idea, son conceptos matemáticos vinculados a eventos futuros sobre los cuales existe algún grado de aleatoriedad. Mientras que la determinación causal es rígida y cierta, en la aleatoriedad existe incertidumbre y el evento en cuestión puede o no suceder. No hay certeza.

Por eso carece de sentido el establecer probabilidades sobre hechos pasados sujetos a juzgamiento, porque los acontecimientos denominados como probables ya sucedieron, aún cuando se necesiten pruebas para determinarlos y sea difícil conocerlos. Y respecto a la ejecución futura de decisiones asamblearias, no se trata de un problema aleatorio sino de una simple relación de causa y efecto no sujeta a probabilidades, sino a juicios de certeza.

Los jueces están utilizando la idea de probabilidad como la fuerte creencia de la existencia de un derecho, esto es, como una dosis de credibilidad, que no es posible de darle exactitud más que en términos de plausibilidad. De allí que sólo basta con sostener en la materia la tradicional idea de “verosimilitud en el derecho” y dejar las probabilidades a los seguros, a las matemáticas y a los aficionados al juego y al azar.

²⁵ ERIC TEMPLE BELL. “*Historia de las matemáticas*” (1940), Editorial Fondo de Cultura Económica, Méjico, 2008.

f) Acreditación de posibles perjuicios ¿Irreparables o irreversibles?

El otro aspecto que a veces se involucra en los fallos es el tema de la irreparabilidad de los perjuicios, que –como dijimos- está vinculado a la medida cautelar innovativa y a quienes identifican el art. 252 LGS, con esa clase de medidas precautorias.

En materia societaria, no hay daños irreparables en los términos que la moderna doctrina procesalista exige para las medidas innovativas. Ello es así porque se trata de un derecho de negocios, donde todo es económicamente reparable en una medida mucho más flexible que en los casos de la innovativas dictadas, en que el dinero obraba como un sustituto muy incompleto de la satisfacción de bienes.

De la lectura atenta de fallos²⁶ que han exigido ese requisito se sigue que, en rigor, lo que quiere decirse es que se previenen *daños irreversibles* o de muy dificultosa reversión; actos que consolidan un estado de cosas tal los que es muy difícil la vuelta al estado anterior a los hechos, que es el efecto de declarar nulidades (art. 390 CCC).

Sin embargo, ello no debería suceder respecto de actos que no han sido ejecutados aún, en la medida en que existan motivos graves para el dictado de la medida y el requisito sólo sería exigible en caso de actos ya ejecutados que precisan de una cautelar innovativa. Todo ello nos conduce al punto siguiente.

g) ¿Qué son los motivos graves?

La medida cautelar del art. 252 LGS accede a una acción por impugnación de nulidades asamblearias deducida entro del término previsto en la ley y, como se sostuvo, con imposibilidad de proseguir el proceso dentro del plazo de tres meses previsto en la ley 19.550.

Los “motivos graves” son las razones que determinan el pedido de nulidad de la decisión asamblearia. No son ni perjuicios ni hechos, sino razones, motivos.

La nulidad en materia de decisiones asambleas sólo es admisible en la medida en que la decisión (transgrediendo la ley, estatuto o reglamento) afecte al interés social²⁷. El interés social, como ya

²⁶ “Masri, Julio c/ Percuyen SA S/ Sum. s/ Inc. Apelación” CNCom, Sala E del 07/05/1992; “Multicanal SA c/ Supercanal Holding SA s/ Medida Precautoria s/ Incidente Art. 250, idem del 04/08/2000. De la Sala F. del 11/05/2010, autos “Von Muller, Juan Carlos C/ Beaufort Shipping Agency Argentina SA s/ Medida Precautoria”; id. “Craig Garry Patrick c/ Panoceanica SA s/ Incidente De Apelacion (Art. 250 Cpcc)” del 27/05/2010.

²⁷ “Madanes, Monica c/ Aluar Aluminio Argentino Sa S/ Sum”. CNCom Sala A - Mag.:Miguez - Peirano - Jarazo Veiras del 29/12/1999; “Noel, Carlos c/ Noel y Cia. SA s/ Sumario”. (LL 28.10.98). CNCom Sala B - Mag.:Butty - Diaz Cordero, del 11/09/1997; “Interchange & Transport International SRL c/ Maso, Manuel s/ Ordinario y Maso, Manuel c/ Iti SRL s/ Sumario”. CNCom Sala B. - Mag.:Piaggi - Bargallo. del 12/04/2007; “Gysin, Norberto C/ Garovaglio y Zorraquin SA s/ Nulidad de Asamblea; Carril, Miguel c/ Garovaglio y Zorraquin SA s/ Nulidad De Asamblea”; CNCom Sala D. - Mag.:Heredia - Dieuzeide - Vassallo, del 30/05/2008; “Achinelli Alberto Pedro

hemos definido en otros trabajos que hicimos junto a Diego Coste, es *la propiedad emergente de la estructura interna de la sociedad que determina el deber de cooperar de todos los socios para el éxito de la actividad común, como medio para la satisfacción de sus necesidades individuales*²⁸. Como tal es un valor y como todo valor, proviene de una necesidad. Se trata de un objetivo a cumplir que contribuye a la cohesión social y evita el desmembramiento de la organización.

“Graves” es una calificación sincategoremática, porque precisa de una referencia para tener sentido: como “alto”, “bajo”, “aislado” y otros calificativos similares.²⁹ La medida en estos casos es el grado de afectación al interés social, conforme lo definimos en el párrafo anterior

Se sigue de lo expuesto que puede entenderse de manera razonable por “motivos graves” las razones que afecten la cohesión social y contribuyan a la conflictividad dentro de la sociedad, lo cual involucra indudablemente el cercenamiento de derechos individuales en la medida que sean relevantes y societarios. Esos son, en nuestro criterio, los “motivos graves” en una interpretación sistémica de la ley.

h) ¿Se deben indicar los actos de ejecución?

La buena praxis cautelar en la aplicación del art. 252 de la LGS impone determinar someramente en qué consiste la ejecución de la decisión que debe ser suspendida por orden judicial. Esto sugiere el propio texto de la ley (art. 252: “*El Juez puede suspender a pedido de parte.... la ejecución de la resolución impugnada...*”).

Resulta conveniente detallar, además de indicar obviamente la sociedad destinataria de la medida (en su caso), qué personas u órganos sociales deben abstenerse de ejecutar la decisión en representación o por mandato asambleario y, si cabe, qué actos de ejecución no deben ser realizados, para que la medida sea plenamente eficaz.

Debe incluirse y solicitarse, en lo pertinente, la registración de la medida en los libros de la sociedad y ante la autoridad de contralor a los fines de lograr la certeza de fechas ciertas que determinen la eficacia de la medida judicial dispuesta.

c/ Agropecuaria Los Remolinos SA s/ Ordinario”. CNCom Sala B. - Mag.:Díaz Cordero - Garibotto (Sala Integrada), del 12/10/2012; “Armor SA c/ Armor Latina SA s/ Ordinario”. CNCom Sala A. - Mag.:Uzal - Kölliker Freis, del 24/10/2012; “La Cabaña Sociedad Anonima y Otro c/ Trainmet Seguros SA s/ Ordinario”. del 11/03/2014 CNCom Sala F.; SCBA, Ac 51258, del 02/08/1994 Juez: Laborde (Sd) Caratula: “Di Lernia, Osvaldo C/ Clínica Estrada S.A. S/ Nulidad De Asamblea General Ordinaria” Publicaciones: Ays 1994 III, 198; entre muchos otros.

²⁸ Conforme nuestra ponencia junto a Diego Coste en el VI Congreso Argentino Español de Derecho Mercantil, del año 2012.

²⁹ UMBERTO ECO “Los límites a la interpretación”, Edit. Lumen, Barcelona, 1998, pág. 15.

i) Actos de ejecución y aprobación de estados contables.

Ingresemos ahora en el espinoso tema acerca de si las resoluciones de asamblea que aprueban estados contables, pueden o no ser suspendidas. Ya mencionamos la división polar de la jurisprudencia al respecto y no dudaremos, luego de lo expuesto hasta aquí, en afirmar que –en principio- **las resoluciones que aprueban estados contables no deben ser suspendidas, porque eso no es el efecto de la medida del art. 252 de la LGS.**

La suspensión total de la resolución que aprueba estados contables *nunca* podría ser dictada, porque *siempre* perjudicaría a un tercero (el Estado en materia fiscal, acreedores legítimos sociales, etc.) en algún grado o medida y ello está prohibido por el propio art. 252 LGS. Imagine el lector un acreedor (inocente) que interin transcurre este conflicto societario, está tramitando un juicio donde la prueba de libros contables es relevante. ¿Cómo se consideran los estados contables suspendidos en su aprobación por un problema completamente ajeno a este acreedor? ¿Tiene sentido ese problema? Claro que no.

Porque lo que **deben suspenderse son los actos que importen ejecución de la aprobación de los estados contables que no perjudiquen a terceros**, siempre que existan motivos graves, lo cual es bien distinto. Adelantamos que los socios y administradores no pueden ser reputados “*terceros*” respecto de la sociedad de que forman parte y esos “actos de ejecución” deben estar ligados necesariamente con la causa de la impugnación de la decisión social.

Por ejemplo: se puede suspender el pago de créditos de la sociedad respecto de un socio o la ejecución de la supuesta deuda de un socio respecto de la sociedad, puede suspenderse la ejecución de la decisión que pasó utilidades a reservas sin cumplir la ley, etc. Todos hechos derivados de la aprobación de los estados contables, pero que son consecuencias de hechos ligadas al conflicto societario en sí.

La cuestión, claro está, es determinar qué implica la ejecución de la decisión que aprueba los estados contables para que el Juez pueda suspenderla. De ese modo se cumple con la ley y no se llega jamás a situaciones inútilmente perjudiciales o directamente irrazonables.

j) Aprobación de la gestión del directorio.

Otro tema espinoso es si puede o no suspenderse la decisión que aprueba la gestión de los administradores. Como se ha dicho, el efecto de la medida del art. 252 es suspender la ejecución de la decisión y en la medida que ésta sea ejecutable, puede ser suspendida porque como dice Nissen, no hay ninguna norma que determine cuáles resoluciones asamblearias pueden o no ser suspendidas en su ejecución.

En principio la aprobación de la gestión de los administradores por parte de la sociedad **es instantánea y no precisa ejecución alguna**; sin perjuicio que esa aprobación sea declarada posteriormente como nula y proceda determinar la responsabilidad social del administrador que se trate, por los perjuicios que hubiera provocado a la sociedad.

Ahora bien **hay actos posteriores a la aprobación de la gestión que sí pueden ser suspendidos**, como el pago de gratificaciones, honorarios, remuneraciones, la contratación en cargos de otra naturaleza vinculados con la sociedad o cualquier otro acto derivado que pueda ser ejecutado como consecuencia de la resolución aprobatoria de la gestión como administrador societario.

Destaco, por último que la hipotética suspensión de la decisión que aprueba la gestión de los administradores no impediría el ejercicio de las acciones sociales por nulidad y responsabilidad del caso, por lo cual a salvo las excepciones del párrafo anterior, una cautelar de tal grado y carácter, carece de efectos prácticos.

k) Suspensión de decisiones del Directorio.

Otro supuesto que divide a la jurisprudencia y a la doctrina, es si puede aplicarse la norma del art. 252 LGS a la suspensión de resoluciones colegiales de los administradores.

Considero que la medida cautelar contenida en el art. 252 LGS del modo que se concibe e interpreta en este trabajo, no es aplicable a las resoluciones del denominado “órgano de administración”.

Como se ha visto en los párrafos que preceden, la mecánica especial de la medida del art. 252 LGS supone separar la resolución de su ejecución dentro de un periodo temporal dentro del cual no puede proseguirse el juicio de impugnación por decisiones asamblearias; esto es, ese plazo de tres meses de caducidad y acumulación de acciones respecto de las resoluciones adoptadas por la misma asamblea.

La medida implica claramente que todo acto volitivo social es complejo, pues en él intervienen los denominados órganos de gobierno y de administración, esto es, asamblea y Directorio o mandatarios dispuestos por la propia asamblea, respecto de la decisión que se trate, para llevar adelante decisiones sociales de importancia.

Esta opinión no implica que una resolución de Directorio no pueda ser suspendida a través de una cautelar genérica del art. 232 CPC o una típica innovativa, como hemos mencionado. Pero la medida no será la del art. 252 LGS que tiene –según nuestro criterio- exigencias menores sin mengua de su eficacia en cuanto sea bien pedida y despachada por el Juez.

l) La cautelar suspensiva y el fallo de fondo. Las atribuciones judiciales en sentencia.

Un aspecto que corrobora la interpretación que hacemos en este trabajo de esta curiosa medida cautelar, es el análisis que puede hacerse de la precautoria luego del dictado de la sentencia definitiva, la que pone fin a la instancia en el expediente que se trate.

Veamos el caso en que la demanda prospera: la decisión social será declarada nula. Ello implica que se retrogradarán los efectos de la decisión en la medida de lo posible. Las cosas vuelven al estado

de cosas anterior a la resolución impugnada (art. 390 del Código Civil y Comercial). No se ejecutaron los actos que implicaba la decisión social, conforme la medida cautelar oportunamente pedida y dictada por el juez, quien además estableció que debía hacer o no hacer la sociedad para cumplir con la orden judicial. Una buena praxis judicial en el tema es aquella en la que el Juez indica qué cosas debe hacer la sociedad, para evitar que la situación se perpetúe o repita. **El Juez debe declarar el derecho de los litigantes, y en estos casos debe indicar cómo se cumplen los efectos de su sentencia**³⁰.

Si, en cambio, la demanda es rechazada y la medida del art. 252 se dictó ínterin el juicio y de manera oportuna, la sociedad debe solamente ejecutar la medida que fue impugnada y nada más. No se nulificó transitoriamente nada, no quedó la “vida social en suspenso” y la sociedad continuó cumpliendo con su objeto y sus fines de creación, a través de una inmisión correcta de la justicia, recordando al juez Enrique Butty. Si la medida se decretó sin derecho, el peticionario deberá satisfacer los daños que provocó y la contracautela está prevista para eso. Sólo deben evaluarse los daños que provocó el retraso en ejecutar la decisión social, para la sociedad.

³⁰ Para quien le parezca un exceso de atribuciones judiciales el que menciono contrario a la idea de un derecho liberal en materia societaria, recuerdo que el. 994 de la Companies Act del Reino Unido confiere expresamente a los jueces en estos casos el poder de disponer la disolución y liquidación de la sociedad, el poder de regular la gestión de los asuntos de la compañía en el futuro; el poder de exigir a la sociedad de abstenerse de hacer o continuar un acto o de realizar un acto omitido; el poder de establecer condiciones para que alguien realice determinando acto en nombre de la sociedad; el poder de obligar a la compañía no hacer alteraciones en su estatuto sin la autorización del tribunal; o el poder de prever la compra de las acciones de los miembros de la compañía por otros miembros o por la propia sociedad y, en el caso de compra por la propia compañía, resolver la reducción de capital de la compañía en consecuencia.

N° 43:
SUPUESTOS ESPECIALES DEL ART. 244 L.G.S. 19.550.

Autor: Roberto A. MUGUILLO

Instituto de Derecho Concursal - Colegio de Abogados de San Isidro.

La llamada “mayoría agravada” de los SUPUESTOS ESPECIALES del Art. 244 L.G.S. 19550, debe pasar solo por la eliminación del voto plural y la concesión de voto a las acciones preferidas sin derecho a voto, calculándose el quorum en primera convocatoria en el 60%, en segunda en el 30% y calculando la mayoría absoluta de conformidad a la misma norma, esto es en función de las acciones presentes que tengan derecho a voto.

EL CASO:

Una sociedad en asamblea extraordinaria y en segunda convocatoria, con la presencia del cincuenta por ciento del capital social voto por unanimidad la disolución anticipada y la designación de liquidador.

LA DECISIÓN ADMINISTRATIVA:

La I.G.J. por Resolución no procedió a registrar lo decidido por la sociedad indicando que ...*la norma se refiere a mayoría de acciones con derecho a voto, **no distinguiendo entre presentes y ausentes** y ello se aplica tanto en primera como en segunda convocatoria, por lo cual **la mayoría absoluta se debe tener en cuenta en relación a la totalidad del capital con derecho a voto.***

Agregó que se desvirtuaría la existencia misma de mayorías agravadas fijadas por el Art. 244 considerando que la asamblea en segunda convocatoria se celebre con un quorum del 30%, pues **hipotéticamente ello implicaría una eventual mayoría del 16% sobre el capital total para resolver modificaciones esenciales a la base de la sociedad, supuesto que sería un contrasentido con el sistema** de quorum y mayorías exigido por el ordenamiento.

Concluyo reiterando que ... *“la mayoría absoluta no se tiene en cuenta sobre las acciones presentes con derecho a voto sino en relación a la totalidad del capital con derecho a voto”*

LA DECISIÓN JUDICIAL:

Apelada la resolución, decidió el caso la CNCom. Sala C, con fecha en autos “I.G.J.c/Diver SA s/ Organismos Externos” (Expte. 16015/2016/CA01) indicando que “..**aún cuando la ley no lo establece expresamente, estas mayorías deben computarse teniendo como base la totalidad del capital social**”. De la confrontación de las normas de los Arts. 243 y 244, el agravamiento de la mayoría en los supuestos especiales..” **cambia la misma base del cómputo, que no serán ya las acciones ‘presentes’ sino las que integran la totalidad del capital social.... más allá del impacto que esto pueda causar sobre el quórum”.**

I.- INTRODUCCIÓN

Como puede advertirse el contenido de la ponencia que se presenta al debate expone una posición claramente contraria al dictamen de la I.G.J. y al decisorio de la Exma. Cámara de Apelaciones en lo Comercial, pues a nuestro criterio la “mayoría agravada” que impone la ley, es aquella que debe lograrse SOLO eliminando el voto plural y cambiándolo a razón de un voto por acción, sumando además los votos de las acciones que carecen de derecho a votar (acciones preferidas sin voto cuyos titulares estuvieren presentes), pero que en este ‘supuesto especial’ votan.

II.- QUÉ SON LOS SUPUESTOS ESPECIALES:

Dispone el Art. 244. (Texto según ley 22.985)

Asamblea extraordinaria. Quórum.— La asamblea extraordinaria se reúne en primera convocatoria con la presencia de accionistas que representen sesenta por ciento (60%) de las acciones con derecho a voto, si el estatuto no exige quórum mayor.

Segunda convocatoria.— En la segunda convocatoria se requiere la concurrencia de accionistas que representen el treinta por ciento (30%) de las acciones con derecho a voto, salvo que el estatuto fije quórum mayor o menor.

Mayoría.— Las resoluciones en ambos casos serán tomadas por mayoría absoluta de los votos presentes que puedan emitirse en la respectiva decisión, salvo cuando el estatuto exija mayor número.

Supuestos especiales.— Cuando se tratare de la transformación, prórroga o reconducción, excepto en las sociedades que hacen oferta pública o cotización de sus acciones; de la disolución anticipada de la sociedad; de la transferencia del domicilio al extranjero; del cambio fundamental del objeto y de la reintegración total o parcial del capital, tanto en primera cuanto en segunda convocatoria, las resoluciones se adoptarán por el voto favorable de la mayoría de acciones con derecho a voto, sin aplicarse la pluralidad de voto. Esta disposición se aplicará para decidir la fusión y la escisión, salvo respecto de la sociedad incorporante que se registrará por las normas sobre aumento de capital.

La ley indica que en los supuestos que enumera (disolución anticipada en el caso) la mayoría agravada debe *calcularse sobre los accionistas con ‘derecho a voto’ - de la siguiente forma:*

- (i) **sin la pluralidad de voto** que pudieren tener las acciones y
- (ii) con **más los votos de las acciones preferidas sin derecho a voto**, que lo tendrán en estas materias referidas por el Art. 244, tal como dispone el Art. 217 LGS

III.- PRIMERA INTERPRETACIÓN

De conformidad a lo dispuesto por el Art. 2 C.C.C.N. la interpretación de la ley debe efectuarse teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, ... de modo coherente con todo el ordenamiento. resaltando así la constante doctrina de la C.S.J.N. en cuanto a que la ley debe ser interpretada *de modo coherente con el ordenamiento jurídico y su verificación con este, de todos los resultados a que su exégesis conduzca en el caso concreto* (Conf. C.S.J.N. en Fallos to. 234 pag. 482 y to. 295 pag. 1001.).

Del propio texto del Art. 244 L.G.S. al hablar este de que las resoluciones se adoptarán por el voto favorable de la mayoría de las acciones con derecho a voto, debemos entender que ello está implicando que se trata SOLO DE LAS ACCIONES PRESENTES.

¿Por qué razonamos así?:

Porque si bien, **todas** las acciones tiene **derecho a votar** (titularidad del voto, salvo aquellas privadas de votar como las preferidas), **no todas** las acciones tienen materialmente **derecho a voto**.

SOLO TIENEN “DERECHO A VOTO” LAS ACCIONES CORRESPONDIENTES A LOS ACCIONISTAS PRESENTES, ya que los accionistas que no informaron previamente su asistencia, tendrán derecho a votar o sea serán titulares de acciones con derecho a votar, pero no tienen derecho a voto, pues carecen de la posibilidad de votar en esa asamblea, y no tienen derecho a ejercitar ese voto por incumplir las cargas que le impone la ley y no tiene derecho ni a estar presentes en la asamblea convocada.

Las acciones cuyos accionistas no se hallaren presentes NO VOTAN, o sea que TIENEN DERECHO A VOTAR, pero NO TIENEN DERECHO A VOTO, o sea que carecen del derecho a EJERCITAR ESA TITULARIDAD QUE LA LEY LES RECONOCE, pues han omitido cumplir con los deberes que le impone la ley para ejercitar su derecho a voto, al no notificar su asistencia o no haber concurrido.

IV.- SEGUNDA INTERPRETACIÓN

Cabe resaltar del contexto de la Ley General de Sociedades – de allí lo que entendemos interpretación coherente con todo el derecho vigente – que cuando el legislador quiso computar una mayoría sobre el capital social lo plasmó textualmente.

Así lo ha hecho en el caso de las Sociedades de Responsabilidad Limitada en el Art. 160 cuando – respecto de las modificaciones del contrato social – impone computar votos sobre el capital social (no sobre los presentes).

Y lo reitera en cuanto a que en caso de que el contrato social nada diga, que la mayoría se computara como mínimo en las tres cuartas partes del capital social.

Dado que en el presente caso nada dice la ley (aspecto resaltado claramente por la Exma. Cámara de Apelaciones), no habría porque computar la mayoría absoluta sobre el total del capital social (o sea acciones presentes y ausentes).

CUANDO LA LEY QUISO AGRAVAR EL CALCULO DE LA MAYORIA LO DIJO EXPRESAMENTE y en el presente caso, NO LO DICE EL ART. 244 cuarto párrafo LGS.

V.- TERCERA INTERPRETACIÓN

La I.G.J. en su dictamen ejemplifica expresamente su opinión, considerando que la asamblea en segunda convocatoria si se celebra con el quorum mismo del 30%, *hipotéticamente ello implicaría que una eventual mayoría del 16% sobre el capital total decidiría modificaciones esenciales a la base de la sociedad, supuesto que sería un contrasentido con el sistema de quorum y mayorías exigido por el ordenamiento (SIC).*

No creemos en ningún contrasentido a lo requerido por el ordenamiento legal, pues es intención de éste que se tomen decisiones y no que se estanque ninguna sociedad, pues siguiendo ese criterio de la I.G.J. deberíamos decir – respecto de **una asamblea ordinaria en segunda convocatoria** - que entonces sería un contrasentido que en una sociedad de 1000 acciones de un voto; un solo voto, de una sola acción (o sea 1 por mil de las acciones) pudiera dar por aprobado los estados contables, y siguiendo el criterio de la I.G.J. no podría designar directorio, no podría elegir síndico, no podría votar honorarios de directorio por sobre la pauta del art. 261, no podría aumentar capital al quíntuplo en los términos del Art. 188 y no podría aprobar la gestión del directorio.

Pero es que si en segunda convocatoria de la asamblea ordinaria solo se hiciera presente un accionista con un voto, a la luz del Art. 243 *no hay otra alternativa legal que admitir que es válido y legítimo lo así votado por 1 solo accionista con 1 solo voto así fuere el 1 por mil de las acciones con derecho a votar.*

A la luz de ello, nuestra interpretación de la norma es la única interpretación que puede darse a la norma en su conjunto, pues el ejemplo dado por la I.G.J. es tan irrazonable que raya con el absurdo.

Pero además al fijar la ley el quórum en segunda convocatoria en el 30% salvo que el estatuto prevea un porcentual mayor o MENOR, lo que la ley pretende es que de ADOPTEN DECISIONES PARA LA CONTINUIDAD NEGOCIAL y no que se estanque la empresa o se proteja a quienes con su ausencia demuestran la falta de interés con la sociedad y la empresa

Con su interpretación, la I.G.J. olvida que el agravamiento de las mayorías, RESULTA POR SI SOLO DE QUITAR A LOS ACCIONISTAS DE VOTO PLURAL ESE DERECHO, y RESPECTO DE LOS ACCIONISTAS PREFERIDOS QUE CARECEN DE DERECHO A VOTAR, DARLES DERECHO A VOTO, pero en modo alguno alterar el quorum y el sistema de voto que impone el Art. 244 en su tercer párrafo, pretendiendo calcular la mayoría sobre un TOTAL DE ACCIONES QUE NO LO DICE LA LEY NI ESTA PRESENTE PARA SER CONSIDERADOS.

Contrastando con la ejemplificación que hace la I.G.J. en su dictamen, aplicando el Art. 244 cuarto párrafo a una sociedad de 1000 acciones (la mitad de voto plural de 5 votos y el cuarenta por ciento de voto simple y diez por ciento acciones preferidas sin voto), tenemos tres accionistas presentes: uno “A” con 150 acciones con pluralidad de cinco votos, otro accionista “B” con 150 acciones de un solo voto y un tercer accionista “C” con 1 acción preferida sin derecho a votar. Hipótesis de Temas a tratar: (i) suspensión del derecho de preferencia (que no es un supuesto especial) en una asamblea, (ii) disolución anticipada (que es un supuesto especial).

En el primer caso – en segunda convocatoria - se aprobará la suspensión del derecho de preferencia por 750 votos del accionista “A” (150 x 5 votos cada acción) contra 150 votos de “B”, y de “C” que no vota.

En el segundo caso la disolución anticipada no se aprobará – en segunda convocatoria -, pues el accionista “A” vota favorablemente SOLO con 150 votos (no tiene pluralidad) y en contra votan 151 votos (150 votos de “B” – que mantiene su voto simple - y 1 de “C” que adquiere voto).

ESTO ES “MAYORIA AGRAVADA” y no la interpretación pretendida por la I.G.J. que hace decir a la norma lo que no dice.

El dictamen de la I.G.J. no contempla ‘mayorías agravadas’ sino que AGRAVA UN QUORUM (SUPERIOR AL 50%) QUE LA LEY NO IMPONE, a lo cual la Exma. Cámara ratificando el dictamen, expresa ... “mas allá del impacto que esto pueda causar sobre el quórum..”

VI.- ÚLTIMA LÍNEA DE INTERPRETACIÓN

Conforme dispone el Art. 2 C.C.C. y reafirma la doctrina de la C.S.J.N., **la interpretación de la ley debe ser coherente DENTRO DE LA MISMA NORMA y dentro del contexto general de la ley.**

La I.G.J. viola esa doctrina y la norma del Art. 2º. C.C.C. al requerir como necesario calcular la mayoría sobre el total del capital social, pues ello no surge de la ley y porque ello IMPONDRÍA UN QUORUM DEL 50% MAS UNO en segunda convocatoria para poder tratar el punto, contradiciendo el propio Art. 244 en su segundo párrafo.

La ley en ningún momento expresa ni impone un quorum diferente del indicado, ni lo implica tácitamente, para el tratamiento en segunda convocatoria de los “supuestos especiales”.

Por el contrario FIJA UN QUORUM PARA QUE SE TOMEN DECISIONES NO PARA EVITAR QUE SE TOMEN y si se agrava el modo de computar mayorías, ello implica pasar por sobre la pauta del Art. 244 tercer párrafo, y no solamente quitar voto plural y dar voto a quien estatutariamente no lo tiene, para producir ese agravamiento de mayorías.

Precisamente la ley – que no ignora que los temas del cuarto párrafo son también los del art. 235 inc. 2) 3) y 4) – cuando expresa en su Art. 244 tercer párrafo, que la asamblea extraordinaria PUEDE DECIDIR EN SEGUNDA CONVOCATORIA CON EL 30% DEL CAPITAL CON DERECHO A VOTO, precisamente esta

reafirmando QUE EN DICHOS TEMAS LAS MAYORIAS SE CUENTAN SOBRE LOS PRESENTES, pero agrava estas mayorías, en aquellos temas ELIMINANDO EL VOTO PLURAL Y DANDO DERECHO A VOTO A QUIEN ESTATUTARIAMENTE NO LO TIENE (acciones preferidas que el estatuto no le otorga derecho a votar).

La ratificación por la Exma. Cámara de Apelaciones del dictamen de la I.G.J. expresando “*más allá del impacto que esto pueda causar sobre el quórum.*” está también violando claramente la pauta del Art. 2º C.C.C. y la doctrina de la C.S.J.N. ya que tal interpretación es claramente INCOHERENTE CON EL PROPIO TEXTO DEL ART. 244 L.G.S. en sus tres párrafos anteriores.

VII.- CONCLUSIÓN Y PONENCIA

Por las razones expuestas, en concordancia con los principios del Art. 2 del C.C.C.N., la llamada “mayoría agravada” de los SUPUESTOS ESPECIALES del Art. 244 L.G.S. 19550, solo puede interpretarse por la exclusiva eliminación del voto plural y la concesión de voto a las acciones preferidas sin derecho a voto, calculándose el *quorum* en primera convocatoria en el 60%, y en segunda en el 30% del capital social; calculando la mayoría absoluta de conformidad a la misma norma, esto es en función de las acciones presentes que tengan derecho a voto.

Nº 44: SOBRE LA VOTACIÓN DE LA GESTIÓN DE LOS ADMINISTRADORES.

Autor: Roberto A. MUGUILLO

Instituto de Derecho Concursal - Colegio de Abogados de San Isidro

El voto de la gestión de los administradores es individual y la disposición del Art. 241 no impide que un director accionista vote el tratamiento de la gestión de otro director, de lo contrario se confundiría cumplimiento de la obligación con la responsabilidad consecuencia de tal incumplimiento y se afectaría patrimonialmente a quien hubiera cumplido con los deberes impuestos por los Arts. 59 y 274 LGS.

JURISPRUDENCIA: Un reciente caso ha resuelto que no puede aplicarse selectivamente el *quitus* del Art. 275, debiendo serlo en bloque para el directorio en su conjunto. Cuando los directores participan en actuación orgánica, surge esa responsabilidad como solidaria y se es responsable por el solo hecho de integrar el directorio. En función de ello es nula la decisión asamblearia que aprobó la gestión en forma individual de los directores, votando como accionistas unos en el tratamiento de la gestión de los otros directores accionistas. (CNCom. Sala C, 15/12/2016 en “Escapada A. c/ Cambios Norte S.A.”)

FUNDAMENTO DE LA PONENCIA

El Art. 59 de la L.G.S. 19550 establece las pautas a que debe sujetarse el accionar de los administradores, gerentes y directores de sociedades. Deben actuar con lealtad y como un buen hombre de negocios.

La así expresada es la obligación de los administradores y toda obligación conforma el vínculo de derecho que liga a una o más personas, por la cual se le puede exigir una determinada conducta.

La prestación (objeto) de esta obligación es actuar lealmente y como buen hombre de negocios.

El efecto de las obligaciones es dar al acreedor los medios para imponer el cumplimiento de la obligación y en defecto de ello recaerá una concreta responsabilidad que – en particular para el régimen de sociedades – será solidaria entre todos los integrantes del órgano administrador.

Por lo tanto es necesario distinguir el deber u obligación a cumplir de la responsabilidad que es como la sombra que sigue a la obligación.

CUANDO SE JUZGA EN ASAMBLEA LA GESTION DEL DIRECTORIO, SE ESTA JUZGANDO SI ESTE CUMPLIO O NO CON SU DEBER, independientemente de cual fuere y como fuere la responsabilidad emergente de tal incumplimiento.

Las disposiciones de los Arts. 241, 274, 275 y 276 de la L.G.S. 19550 hablan todas de “*los directores*” individualmente y no del directorio como colegio.

Nada impide juzgar la actuación individual de los directores a tal punto que en el segundo párrafo del Art. 241 cuando se habla de las cuestiones atinentes a su responsabilidad o remoción con causa, la expresión vincula al director que pueda encuadrar en tal situación *individual* y por ello PUEDE VOTAR EN EL PEDIDO DE REMOCION SIN CAUSA, lo que es una excepción a la prohibición individual.

Más aún, adviértase hasta que punto debe considerarse INDIVIDUAL la gestión y por ende habilitados los demás directores a votar la de su colegiado, que el propio Art. 276 expresa que la decisión de iniciar acción de responsabilidad implicará la remoción ... “*del director o de los directores afectados.*” NO DE TODO EL DIRECTORIO.

La razón de afirmar que el voto de la gestión debe ser individual y no respecto de todo el directorio, como también que los directores accionistas pueden votar la gestión de los otros directores y solo abstenerse estos cuando se vota su propia gestión, radica en que SI SE VOTARA LA GESTION DE TODO EL DIRECTORIO SE IMPEDIRIA AL DIRECTOR QUE HUBIERA ACTUADO CONFORME LAS PAUTAS DEL ART. 59 Y 274 LGS. RECUPERAR AQUELLO QUE HUBIERA ABONADO POR SER RESPONSABLE SOLIDARIO E ILIMITADAMENTE.

Una interpretación coherente no puede llegar a la conclusión de hacer responsable sin posibilidad de recupero pleno a quien ha cumplido con su deber pero – ante los terceros - es responsable colegialmente porque así lo indica la ley.

En efecto, tal como dispone el Art. 1716 del C.C.C. la violación de un deber (y el genérico deber de no dañar) como el incumplimiento de una obligación da lugar a la responsabilidad y reparación del daño causado.

Pero también es de aplicación en el caso – al ser la responsabilidad solidaria e ilimitada – la norma del Art. 840 C.C.C. que habilita a quien efectúa el pago a repetirlo de los demás, según la participación que tiene en la deuda.

SI NO SE PERMITIERA LA APROBACION DE LA GESTION EN FORMA INDIVIDUAL, AQUEL DIRECTOR QUE CUMPLIO SU OBLIGACIÓN PERO QUE IGUALMENTE ES RESPONSABLE SOLIDARIA E ILIMITADAMENTE ANTE LOS TERCEROS NO TENDRÁ DERECHO - EN CASO DE ABONAR EL DAÑO - A RECUPERAR EN PLENITUD SU PAGO; SINO SOLO UNA PARTE MANCOMUNADA Y NO LA TOTALIDAD DE LOS DEMAS, lo que conforma un perjuicio incausado que la ley no puede permitir.

De allí entonces que conforme expresa ROITMAN (Roitman, Horacio y ot. “*Ley de Sociedades Comerciales Comentada*”, Ed. La Ley, to. IV, pag. 109, ap. C) con cita de Manovil también entre otros) el voto de la gestión es individual y nada impide que un director accionista vote en el tratamiento de la gestión de otro director.

CONCLUSIÓN:

Por las razones expuestas propiciamos a este Encuentro de Institutos interpretar las normas de los Arts. 241, 274, 275, 276 L.G.S. 19550 coherentemente y por ello reconocer que el voto de la gestión de los administradores es individual y la disposición del Art. 241 no impide que un director accionista vote el tratamiento de la gestión de otro director, de lo contrario se confundiría sin fundamento alguno, el cumplimiento de la obligación con la responsabilidad consecuencia de tal incumplimiento.

N° 45:
RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES Y ASOCIADOS EN LA PERSONA JURÍDICA - IMPLICANCIAS DE LA UNIFICACIÓN DE LOS CÓDIGOS

Autor: Dr. Carlos Ezequiel GAROBBIO

Instituto Derecho Comercial del Colegio de Abogados de La Plata

PERSONAS JURIDICAS: la unificación de los códigos sancionada por la ley 26.994, derogando los anteriores Código Civil y Código de Comercio, introdujo numerosos cambios en el tema de las personas jurídicas. Para el nuevo Código, se dejan de lado diferencias y categorías, y ahora solo hay dos clases de “personas”: las humana y las jurídicas.

El objeto de este trabajo, está dirigido a analizar algunos aspectos generales que resultarían aplicables a todas las personas jurídicas mencionadas en el art. 148, y en especial, analizaremos las comprendidas en el capítulo II de asociaciones civiles y de las simples asociaciones.- Nos motiva analizar en particular, algunas cuestiones sobre el delicado tema de la responsabilidad de los administradores y socios, y la posibilidad de que tiene todas las personas jurídicas “privadas” de ser declaradas en quiebra y sus consecuencias para administradores y socios.

“No se advierte la razón de generar un régimen de responsabilidad tan severo como el que se instituye en los artículos 191 y 192, salvo que el legislador aspire a desalentar estas formas asociativas que, sin embargo, pueden cumplir una función social de relevancia.” (Guillermo Ragazzi)

CONCLUSIONES:

Como conclusión, entendemos que el sistema de responsabilidad regulado para todas las personas jurídicas en general, es extremadamente severo; no puede admitirse que en las instituciones sin fines de lucro, donde predomina “el bien común”, la imputación de responsabilidad sea más severa que en la figura de las **sociedades (ex comerciales) reguladas en la sección IV de la ley 19550**, donde se establece que la responsabilidad será “mancomunada”; deberían modificarse las normas mencionadas, dejando a salvo de responsabilidad solidaria e ilimitada en las formas asociativas que **no sean las figuras que tienen su propio régimen** (por ej. “sociedades, cooperativas, mutuales), en los cuales rigen sus propios principios especiales

DESARROLLO:

TEMAS PARA BASE DE ANALISIS:

1.- PERSONAS JURÍDICAS: la unificación de los códigos sancionada por la ley 26.994, derogando los anteriores Código Civil y Código de Comercio, introdujo numerosos cambios en el tema de las **personas jurídicas**. Para el nuevo Código, se dejan de lado diferencias y categorías, y **ahora solo hay dos clases de “personas”: las humana y las jurídicas**. Ello de conformidad a lo regulado en el LIBRO PRIMERO, PARTE GENERAL, dos títulos: TITULO I Persona humana (arts. 19 y sgtes.; y TITULO II Persona jurídica (arts. 141 y sgtes.)

Como novedad, las personas jurídicas se definen expresamente, y no “por exclusión” como en código anterior:

“ART. 141.- *Definición. Son personas jurídicas todos los entes a los cuales el ordenamiento jurídico les confiere aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones para el cumplimiento de su objeto y los fines de su creación.*” Mantiene el clásico criterio de distinguirlas **entre públicas y privadas** (ART. 145).- *Clases. Las personas jurídicas son públicas o privadas* . Y en particular, modificando la ley 19.550, antes de sociedades comerciales, ahora “ley general de sociedades”.

Las personas jurídicas siempre fueron consideradas capaces de adquirir derechos (patrimoniales y algunos extrapatrimoniales). Para ejercer la capacidad de hecho, predomina la teoría del “**órgano**”, o sea que ejercen sus derechos por sus propios órganos internos.

Con respecto a la **representación** de la persona jurídica, se incorpora en el nuevo CCYC un texto expreso como novedad: Introduce en el Título IV “Hechos y actos jurídicos” el Capítulo 8 “**Representación**” (arts. 358-381), incorporando asimismo la Sección 1ª “Disposiciones generales” con importantes novedades conceptuales sobre la materia. Regula ahora tres tipos de representación:

La voluntaria, la legal, y la orgánica.

“ART. 358.- *Principio. Fuentes. Los actos jurídicos entre vivos pueden ser celebrados por medio de representante, excepto en los casos en que la ley exige que sean otorgados por el titular del derecho.*”

La representación es voluntaria cuando resulta de un acto jurídico, es legal cuando resulta de una regla de derecho, y es orgánica cuando resulta del estatuto de una persona jurídica...”

El objeto de este trabajo, está dirigido a analizar algunos aspectos generales que resultarán aplicables a todas las personas jurídicas mencionadas en el art. 148, y en especial, analizaremos las comprendidas en el capítulo II de asociaciones civiles y de las simples asociaciones.- Nos motiva analizar en particular, algunas cuestiones sobre el **delicado tema de la responsabilidad de los administradores y socios**, y la posibilidad de que tiene todas las personas jurídicas “privadas” de **ser declaradas en quiebra y sus consecuencias para administradores y socios**.

2.- COMIENZO DE LA EXISTENCIA DE LA PERSONA JURÍDICA:

El código “sienta el PRINCIPIO DE LA LIBRE CONSTITUCIÓN; ellas nacen **desde el acto constitutivo**, sin ningún otro requisito, salvo que la ley imponga un requerimiento adicional.

Las bases constitucionales están en el Art. 14, CN: El derecho a crear, ingresar, participar y retirarse. “Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber: ... de asociarse con fines útiles”.

Cuando expresamente se requiere la autorización estatal, la personalidad queda condicionada a ese acto administrativo” (Código Civil y Comercial Comentado – Director Ricardo L- Lorenzetti)

ART. 142.- *Comienzo de la existencia. La existencia de la persona jurídica privada comienza desde su constitución. No necesita autorización legal para funcionar, excepto disposición legal en contrario. En los casos en que se requiere autorización estatal, la persona jurídica no puede funcionar antes de obtenerla.*

A modo de ejemplo. Requieren autorización estatal. Las “asociaciones civiles” y las Fundaciones: (ART. 169.- El acto constitutivo de la asociación civil debe ser **otorgado por instrumento público y ser inscripto en el registro correspondiente una vez otorgada la autorización estatal para funcionar**. Hasta la inscripción se aplican las normas de la **simple asociación.**”)

(ART. 174.- **Contralor estatal. Las asociaciones civiles requieren autorización para funcionar y se encuentran sujetas a contralor permanente de la autoridad competente, nacional o local, según corresponda**”

“Art. 193; **Para existir como tales requieren necesariamente constituirse mediante instrumento público y solicitar y obtener autorización del Estado para funcionar.**”

En sentido contrario, las simples asociaciones no la requieren.

3.- METODOLOGÍA: Como metodología en el nuevo Código, en el Libro I, dividido en Títulos, regula en el Tit. I a la Persona Humana, y en el **Tit. II la Persona Jurídica** (arts. del 141 al 224). Este Título II, a su vez, está dividido en **3 capítulos**. El **cap. I**, regula sobre **parte general de las personas jurídicas** (arts. 141/167); el **cap. II** sobre **Asociaciones civiles** (arts. 168/192) (incluye sección 1 para Asoc. Civiles y sección 2 para las simples asociaciones; y finalmente, el **cap. III** regula a las **fundaciones**, comprendiendo 7 secciones (193/224).

En particular, el cap. I del Título II, está dividido en la sección 1 (personalidad, composición), la sección 2 sobre clasificación; la sección 3 de la persona jurídica privada, dividida a su vez en 3 párrafos,

Luego, el capítulo II, de las ASOCIACIONES CIVILES, tienen las mencionadas dos secciones.

Y finalmente, el extenso cap. 3, sobre las Fundaciones, tiene 7 secciones-

Según el nuevo ordenamiento, el art. 148 hace una enumeración de cuáles son las 8 personas jurídicas de carácter privado, dejando abierto en el inciso “i” toda otra contemplada en disposiciones

de este Código o en otras leyes y cuyo carácter de tal se establece o resulta de su finalidad y normas de funcionamiento. Quedan comprendidas;

1) las sociedades; (antes distinguía entre civiles y comerciales); **2) las asociaciones civiles;** **3) las simples asociaciones;** **4) las fundaciones;** **5) las iglesias,** confesiones, comunidades o entidades religiosas; **6) las mutuales;** **7) las cooperativas;** y **8) el consorcio de propiedad horizontal;**

Muchas opiniones se han expresado en la crítica por la omisión en esta nómina a algunas figuras o subtipos importantes, como ser la **sociedad familiar** (“la empresa familiar” o la persona jurídica familiar cualquiera sea el tipo), o con una regulación especial, con la excepción del artículo 1010, que al regular la “herencia futura” se refiere indirectamente a la empresa familiar o establecimiento familiar, “.. el futuro causante y su cónyuge,” la sociedad entre profesionales, etc.

“ART. 1010.- Herencia futura. ...Los pactos relativos a una explotación productiva o a participaciones societarias de cualquier tipo, **con miras a la conservación de la unidad de la gestión empresarial o a la prevención o solución de conflictos,** pueden incluir disposiciones referidas a futuros derechos hereditarios y establecer compensaciones en favor de otros legitimarios. Estos pactos son válidos, **sean o no parte el futuro causante y su cónyuge,** si no afectan la legítima hereditaria, los derechos del cónyuge, ni los derechos de terceros.”

4.- MARCO REGULATORIO DE LAS DISTINTAS PERSONAS JURIDICAS:

Siendo que el nuevo régimen del art. 148 CCYC. menciona cuáles son las personas jurídicas, y efectúa una regulación general y otra en particular, cabe referenciar cada una de las situaciones.

Así tenemos que el art. 148 determina que “Son personas jurídicas privadas:”

1) **las sociedades;** (tienen su régimen especial de la ley 19.550); 2) **las asociaciones civiles;** (reguladas específicamente en el en el CCYC.); 3) **las simples asociaciones;** (ídem reguladas en el CCYC.); 4) **las fundaciones;** (ídem reguladas en el CCYC.); 5) **las iglesias, confesiones, comunidades o entidades religiosas;** (reguladas en principios generales en el CCYC y en Ley Nº 21.745); 6) **las mutuales;** (tiene su régimen especial de la ley 20.321); 7) **las cooperativas;** (con su régimen especial de la ley 20.337), Y según la regulación de la Autoridad de Aplicación I.N.A.E.S., existen estos tipos de cooperativas: a) Cooperativa de Crédito, b) Cooperativa de Provisión de Servicios o Uso Múltiple, c) Cooperativa de Provisión de Servicios para Productores rurales de 6 a 9 asociados, d) Cooperativa de Trabajo de 6 a 9 asociados y para 10 o más asociados, e) Cooperativa de Vivienda y f) Cooperativa de vivienda, crédito y consumo. Y por último, 8) **el consorcio de propiedad horizontal;** (derogada la ley 13.512, ahora regulado en el CCYC, en dos aspectos: como persona jurídica y como derecho real libro IV, Título V.”la propiedad horizontal” arts. 2037/72,)

Finalmente, en el inciso “h” del 148, deja abierta la posibilidad de existir actualmente o en el futuro otras personas jurídicas, “i) toda otra contemplada en disposiciones de este Código o en otras leyes y cuyo carácter de tal se establece o resulta de su finalidad y normas de funcionamiento.”

5.- PERSONALIDAD DIFERENCIADA;

El artículo 143 establece no solo el principio de personalidad diferenciada de la persona jurídica y consecuente separación patrimonial, sino que establece en párrafo aparte que los miembros no responden por las obligaciones de la persona jurídica, excepto en los supuestos que expresamente se prevén en este título y lo que disponga la ley especial. Más adelante ampliaremos esta cuestión.

ARTICULO 143.- Personalidad diferenciada. La persona **jurídica tiene una personalidad distinta de la de sus miembros. Los miembros no responden por las obligaciones de la persona jurídica,** excepto en los supuestos que expresamente se prevén en este Título y lo que disponga la ley especial

6.- INSCRIPCIÓN Y REGISTROS:

Dónde deben inscribirse las personas jurídicas??? Quiénes son las autoridades de contralor???

El tema resulta de suma importancia, aunque excede el limitado marco de este breve trabajo. Meramente, hacemos una primera referencia a las diversas situaciones:

1) I.G.J. en Capital Federal (sociedades, fundaciones, asociaciones civiles.)

2) D.P.P.J en Prov. Bs. As. (sociedades, fundaciones, asociaciones civiles.)

3) I.N.A.E.S. en Capital federal (cooperativas y mutuales)

4) REGISTRO DE CULTOS (Ministerio de Relaciones Exteriores, en Cap. Federal: comunidades religiosas.

5) Diversos organismos provinciales: en la Prov. Bs. As. (Subsecretaría de Coordinación de Programas Productivos y Acción Cooperativa, dependiente del Ministerio de Producción) ex “IPAC”

6) Los consorcios de propiedad horizontal no tienen una regulación registral expresa, siendo que hasta no se dicte una norma específica, seguirá el debate de la necesidad o no de registrarse y quién será la Autoridad de contralor. Paradójicamente, tanto en la Ciudad de Buenos Aires, como en la Provincia de Buenos Aires, existen sendos “registros de administradores de consorcios”. Se reguló la inscripción y un registro para los que los administran, pero no para el consorcio administrado.

II. PARTE GENERAL APLICABLE A TODAS LAS PERSONAS JURIDICAS:

Como expresamos más arriba, el nuevo régimen regula en el capítulo I, sobre *parte general de las personas jurídicas* (arts. 141/167), lo que importa su aplicación al universo de todas las figuras, siendo que en forma expresa, regula luego en el cap. II a las *Asociaciones civiles* (arts. 168/192) (incluye sección 1 para Asoc. Civiles y sección 2 para las simples asociaciones; y finalmente, el cap. III regula a las *fundaciones*, comprendiendo 7 secciones (193/224).

Del mismo se desprende claramente, que el legislador quiso ahora regular en este Libro I del

Código, una parte general aplicable a todas las personas jurídicas privadas, y otro marco legal específico para las Asociaciones Civiles, las simples asociaciones, y finalmente, las fundaciones.

La Comisión redactora del ante proyecto del nuevo Código, opinó así sobre el tema de las personas jurídicas que: *“La regulación de las personas jurídicas en la parte general de un Código Unificado Civil y Comercial, se circunscribe a la finalidad de establecer un sistema también general, aplicable a todas las personas jurídicas. Sin embargo, esta puridad dogmática debe ceder a la conveniencia de incorporar las regulaciones de las asociaciones civiles, las simples asociaciones y también las fundaciones. Se establecen en esta parte los ejes de un sistema general de la persona jurídica y de otros propios de una parte general sobre personas jurídicas privadas.”*

“Se incluye la definición de la persona jurídica y cómo se atribuye la personalidad y el claro principio de separación o de la personalidad diferenciada con respecto a la de los miembros de la persona jurídica. 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 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 defenderse. También se prevén supuestos de responsabilidad por apariencia creada, como cuando determinados miembros de una persona jurídica difunden o permiten que se difunda su nombre o se utilice cualquier medio idóneo para inducir una creencia generalizada en la solvencia de la entidad basada en el supuesto respaldo patrimonial con que ella contaría”.

“Rige además la desestimación, prescindencia, inoponibilidad, etc., de la personalidad jurídica, como instituto de excepción al criterio de separación o diferenciación. En la actualidad este instituto se halla expresamente contemplado en la ley 19.550 de sociedades comerciales (artículo. 54, tercer párrafo) bajo el rótulo “inoponibilidad de la personalidad jurídica”. Debe hacérselo extensivo a cualquier persona jurídica privada ya que el abuso en su constitución, la desvirtuación de su finalidad, tanto genérica como en la posterior dinámica funcional, constituyen manifestaciones de una utilización desviada del recurso de la personalidad que son susceptibles de producirse en cualquier clase de persona jurídica, lo cual fundamenta la previsión del instituto en un sistema general.”

La normativa general **incluye otras normas comunes a cualquier tipo de persona jurídica**, relativas a sus órganos de gobierno, administración, representación y fiscalización interna, derechos individuales e inderogables de los miembros, causales de extinción o disolución y procedimiento de liquidación.

Para todas las figuras, y en particular, el cap. I del Título II, está dividido en la sección 1 (personalidad, composición), la sección 2 sobre clasificación; **la sección 3 de la persona jurídica privada**, dividida a su vez en **3 párrafos**:

1°) atributos y efectos de la personalidad jurídica regulando el “nombre”, “domicilio y sede social”, el “patrimonio” “duración” y “objeto”;

2°) funcionamiento “modificación del estatuto”, gobierno, administración y fiscalización”, “deber de lealtad y diligencia”, “**responsabilidad de los administradores**”, “obstáculos”, transformación, fusión y escisión”;

3°) disolución y liquidación; “causales”, “revocación de la autorización estatal” (164), “prórroga” (165), “reconducción” (166), “liquidación y responsabilidades” (167),

III.- RESPONSABILIDAD en las PERSONAS JURIDICAS

En dos artículos de la parte general, el nuevo CCyC regula el delicado tema de la responsabilidad de los “miembros” (art. 143) (integrantes, socios, asociados, etc.) y de los “administradores” de las mismas.

a) MIEMBROS: Como principio general, los “miembros” *no responden por las obligaciones de la persona jurídica, excepto en los supuestos que expresamente se prevén en este Título y lo que disponga la ley especial*

Va de suyo, que al principio hay excepciones previstas en este Título y en ciertos casos que determinen leyes especiales.

Recordemos que este Título II, regula sobre **parte general de todas las personas jurídicas** (arts. 141/167), y en particular las **Asociaciones civiles** (arts. 168/192) las simples asociaciones;

b) ADMINISTRADORES: el art. 160 determina como principio general, que todos los administradores de todas las personas jurídicas, son responsables “en forma ilimitada y solidaria” **frente a la persona jurídica, sus miembros y terceros, por los daños causados por su culpa en el ejercicio o con ocasión de sus funciones, por acción u omisión.**

Seguidamente, al regular las **simples asociaciones**, el art. 192 regula la “Responsabilidad de los miembros”: ART. 192.-. *El fundador o asociado que no intervino en la administración de la simple asociación no está obligado por las deudas de ella, sino hasta la concurrencia de la contribución prometida o de las cuotas impagas.*

Para la hipótesis de insolvencia, regula la responsabilidad de los administradores en el art. 191, que analizamos en el punto siguiente.

Mencionamos más arriba que la Comisión redactora en los fundamentos del proyecto del nuevo Código, sostiene 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 otros casos de desplazamiento del principio general, a fin de tutelar situaciones especiales#

Parece extremadamente severo el régimen de responsabilidad solidario e ilimitado impuesto a los administradores, y de solidaridad y limitación para los miembros (asociados, socios, etc.); esta imputación de responsabilidad se contrapone con el fenómeno asociativo, que es importante como instrumento de integración y de participación de la sociedad. Las normas legales que se dicten en consecuencia, deberían contemplar estos presupuestos e integrar sus soluciones a un universo de instituciones ubicadas en distintos lugares del país y con formas jurídicas que atienden específicos objetivos. Según Guillermo Ragazzi, son de vital importancia para el desarrollo del hombre en sociedad. ... “Representan la expresión de la capacidad y del dinamismo social, la ciudadanía activa y, en ese sentido, solidaria. Y una sociedad en donde las personas aprecian el valor de la solidaridad, está más dispuesta a forjar un estado que institucionaliza la equidad.” Compartimos el concepto del valor que tienen las simples asociaciones, como instituciones que hacen al mejor desarrollo de la vida en sociedad; “Las asociaciones despliegan sus esfuerzos en múltiples actividades y quehaceres en todo el territorio nacional y promueven una matriz de interacción que tiene su base en la diversidad, la pluralidad y la multiplicidad y que supone la preservación de un ámbito de acción para la autonomía y la diferenciación.” (Ragazzi, ob cit.)

Criticando la reforma del Código en este tema, Guillermo Ragazzi observa que ... “No se advierte la razón de generar un régimen de responsabilidad tan severo como el que se instituye en los artículos 191 y 192, salvo que el legislador aspire a desalentar estas formas asociativas que, sin embargo, pueden cumplir una función social de relevancia.” Cabe señalar que el régimen instituido resulta más gravoso que el aplicable a las sociedades de hecho, irregulares y atípicas de la ley de sociedades, según los arts. 21 y siguientes (sección iv), cuya reforma se propicia. Sostiene el prestigioso jurista, que ... “Tampoco puede soslayarse que la atribución de persona jurídica (art. 148) a las simples asociaciones, torna aplicable el régimen de contabilidad y estados contables (arts. 320 a 331), lo cual no se compadece con esta figura.”

IV.-LA SITUACION DE INSOLVENCIA DE LAS SIMPLES ASOCIACIONES:

El legislador de la reforma, en un cambio de criterio más gravoso para estas tradicionales figuras asociativas, alude expresamente a su posible “insolvencia” y establece duras consecuencias para sus administradores, lo que no acontece en la actualidad. Así, en el nuevo art. 191, establece que:

ARTICULO 191.- Insolvencia. *En caso de insuficiencia de los bienes de la asociación simple, el administrador y todo miembro que administra de hecho los asuntos de la asociación es solidariamente responsable de las obligaciones de la simple asociación que resultan de decisiones que han suscripto durante su administración. Los bienes personales de cada una de esas personas no pueden ser afectados al pago de las deudas de la asociación, sino después de haber satisfecho a sus acreedores individuales.”*

Establece también responsabilidad patrimonial para los socios y miembros de la asociación,

lo que a todas luces resulta perjudicial para el desarrollo de esta clase de instituciones, desalentando su creación futura, y poniendo en grave riesgo de disolución a las numerosas existentes.

No parece necesario mencionar los cientos de casos de diversos tipos y composiciones de simples asociaciones a lo largo de todo el país; a modo de sencillo ejemplo, podemos citar:

asociaciones civiles, cooperadoras de salud y educativas, comedores, bomberos voluntarios, organizaciones de base y territoriales, bibliotecas populares, cámaras empresarias, asociaciones de consumidores y comunidades indígenas (éstas dos últimas de carácter constitucional)... instituciones con fines heterogéneos (vgr.: asociaciones civiles de servicios, religiosas, culturales, educativas, filantrópicas, de profesionales, sociales, deportivas, de salud, empresariales, medio ambiente, de tercera edad, de jubilados, adicciones, etc.).

No podemos imaginar un cuerpo de Bomberos Voluntarios (conformado como simple asociación), o una cooperadora de un Hospital, o una sociedad de fomento de una biblioteca barrial, etc., en estado de quiebra, desapoderando sus escasos bienes, y haciendo responsables en forma concursal a sus directivos y administradores.

V.- EN LAS ASOCIACIONES CIVILES:

La Comisión redactora, sostiene sobre el proyecto que “El punto determinante de su conformación es que no pueden perseguir fines de lucro ni distribuir bienes o dinero entre sus miembros durante su funcionamiento ni en la liquidación. Si para el cumplimiento de su objeto realizan actividades por las que obtienen algún resultado económico positivo, éste debe aplicarse a la prosecución, incremento o perfeccionamiento del desarrollo de aquel.”

ARTICULO 177.- Extinción de la responsabilidad. *La responsabilidad de los directivos se extingue por la aprobación de su gestión, por renuncia o transacción resueltas por la asamblea ordinaria.” En cambio, No se extingue en determinado supuestos regulados en el art. 177 (por ej. si la responsabilidad deriva de la infracción a normas imperativas; o si en la asamblea hubo oposición expresa y fundada de asociados con derecho a voto”.*

ARTICULO 181.- Responsabilidad. *Los asociados no responden en forma directa ni subsidiaria por las deudas de la asociación civil. Su responsabilidad se limita al cumplimiento de los aportes comprometidos al constituirla o posteriormente y al de las cuotas y contribuciones a que estén obligados.*

La lectura en detalle de la norma, permite advertir que el principio es inverso: los asociados “pueden responder” por las deudas de la sociedad, pero con cierta limitación: “cumplimiento de los aportes comprometidos al constituirla o posteriormente y al de las cuotas y contribuciones a que estén obligados.”

VI.- EL CONSORCIO DE PROPIEDAD HORIZONTAL:

Esta figura, regulada hasta ahora por la **LEY 13.512** DE PROPIEDAD HORIZONTAL, ha tenido un enorme crecimiento, a la par del desarrollo inmobiliario en las grandes ciudades. Más allá del debate de su naturaleza jurídica, lo cierto es que el consorcio *Puede ser “empleador” (relación laboral con el encargado y colaboradores – CCT. SUTERH), frente a la AFIP. Es sujeto imponible, tiene CUIT.; su representante legal es el administrador, y el consorcio tiene legitimación procesal para estar en juicio (actora: ejecución expensas; demandada en casos varios).

La reforma el Código en la ley 26.994, en el art. 3°, **deroga las siguientes normas:** “Las leyes Nros. ... **13.512**”; Además de la mención expresa en el nuevo art. 148 como persona jurídica, tiene una regulación específica en el Título VI, en los arts. 2037 y sgtes.:

ART. 2037.- Concepto. *La propiedad horizontal es el derecho real que se ejerce sobre un inmueble propio que otorga a su titular facultades de uso, goce y disposición material y jurídica que se ejercen sobre partes privativas y sobre partes comunes de un edificio, de conformidad con lo que establece este Título y el respectivo reglamento de propiedad y administración...*

El nuevo art. 2044, establece los órganos de esta persona jurídica “consorcio”: *“El conjunto de los propietarios de las unidades funcionales constituye la persona jurídica consorcio. Tiene su domicilio en el inmueble. Sus órganos son la **asamblea, el consejo de propietarios y el administrador.**”*

Con respecto a ser ahora considerado como persona jurídica, le resultan aplicables todos los requisitos y responsabilidades; expresamente en el citado art. 2044, establece que...”La personalidad del consorcio se extingue por la desafectación del inmueble del régimen de propiedad horizontal, sea por acuerdo unánime de los propietarios instrumentado en escritura pública o por resolución judicial, inscripta en el registro inmobiliario.”

CONSECUENCIAS CONCURSALES:

Resultan entonces también aplicables todos los efectos personales de la L.C.Q. sobre los 3 órganos mencionados (los órganos son la asamblea, el consejo de propietarios y el administrador), pudiendo entonces a sus miembros aplicarles la inhabilitación, restricciones de salida al exterior, deber de colaboración, etc.

¿se extingue por quiebra? Si se decretase la quiebra del consorcio, además de las implicancias mencionadas, cabría considerarse la liquidación y extinción de la personalidad por su quiebra, según el nuevo CCyC.

¿podría decretarse la extensión de la quiebra del consorcio a los copropietarios?

No sería desacertado aplicar las reglas de los arts. 160 y 161 de la L.C.Q. y que cualquier acreedor pretenda la extensión de la quiebra a alguno o todos los copropietarios, para incrementar el activo a ser liquidado.

CONCLUSIONES:

Como conclusión, entendemos que el sistema de responsabilidad regulado para todas las personas jurídicas en general, es extremadamente severo; no puede admitirse que en las instituciones sin fines de lucro, donde predomina “el bien común”, la imputación de responsabilidad sea más severa que en la figura de las **sociedades (ex comerciales) reguladas en la sección IV de la ley 19550**, donde se establece que la responsabilidad será “mancomunada”; deberían modificarse las normas mencionadas, dejando a salvo de responsabilidad solidaria e ilimitada en las formas asociativas que **no sean las figuras que tienen su propio régimen** (por ej. “sociedades, cooperativas, mutuales), en los cuales rigen sus propios principios especiales

Nº 46:**LA INFLUENCIA Y APLICACIÓN DE LAS NORMAS SOBRE DERECHO DE DAÑOS DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL EN EL DERECHO SOCIETARIO.****Autor:** Fernando Javier MARCOS*(Instituto de Derecho Comercial del Colegio de Abogados de Morón)*

La teoría general de la responsabilidad civil regulada en sus presupuestos y aspectos conceptuales esenciales por el Código Civil y Comercial, es de fundamental e inexorable aplicación en el ámbito de las sociedades, ya sea para complementar las reglas que contienen el régimen legal especial, o para ser aplicadas en forma directa cuando dicha ley especial no contenga preceptos que traten temas o institutos específicos relacionados con el derecho de daños.

Sin embargo, este necesario vínculo normativo -nada nuevo, pues durante la vigencia del Código Civil también existía-, no hace perder vigencia al principio a la regla hermenéutica: “*lex specialis* sobre la *lex generalis*” (la ley especial prevalece o se aplica sobre la ley general), lo que implica que en primer término, son aplicables las normas que contiene la Ley General de Sociedades sobre responsabilidad.

Desde esta perspectiva, la responsabilidad de los administradores de las sociedades esencialmente de naturaleza contractual y legal y, en principio, “subjetiva”, particularmente en lo que respecta a su actuación en el manejo y gestión de los negocios sociales.

La culpa del agente (administrador), si bien es analizada, *prima facie*, en “abstracto” -por aplicación del criterio del “buen hombre de negocios” que emerge del artículo 59 de la ley 19.550-, no puede prescindir de considerar la naturaleza de la obligación y las circunstancias de las personas, de tiempo y lugar, propias del sistema subjetivo -*en concreto*-, pues solo de esta manera puede ser evaluada en su real dimensión, la conducta “obrada” frente a la conducta “debida” por el administrador.

Sin embargo, las modificaciones que incluye el Código Civil y Comercial que decididamente impactan en el régimen societario, determinan que será factor objetivo el que corresponderá aplicar cuando se trate del incumplimiento de obligaciones de resultado.

I. Introducción

En una ponencia que presenté en el último Encuentro de Tandil, abordé un tema que, a mi entender, se imponía como primordial para poder avanzar en todo aquello vinculado a la influencia y alcances del Código Civil y Comercial en materia de responsabilidad, respecto a los denominados microsistemas sociedades y concursos¹.

Allí, al analizar el contenido de los artículos 150 y 1709 del referido Código desde la perspectiva que proponen los artículos 1º, 2º y 3º del referido cuerpo legal, concluí que aquellas normas vinculadas a las personas jurídicas privadas y a la responsabilidad civil, establecen un orden de prelación que, en caso de conflicto normativo o de concurrencia de normas sobre un caso concreto, tornan aplicables en primer término los preceptos que contiene la ley especial y luego los del Código, siempre que trate de normas de igual jerarquía.

Esto me llevó a establecer, que en las particulares materias antes mencionadas, o sea, personas jurídicas privadas y responsabilidad civil, si se dan las condiciones indicadas en el párrafo precedente, se deben aplicar en primer lugar las disposiciones de la ley 19.550 o 24.522, según corresponda, y luego las del Código Civil y Comercial de la Nación.

Todo esto con una aclaración: igualmente las reglas del Código siempre son aplicables cuando los regímenes especiales no contengan normas sobre el caso específico.

Pues bien, a partir de estas primeras conclusiones, pretendo ahora ocuparme de analizar cómo ha quedado regulada la responsabilidad de los administradores de las sociedades luego de la reforma.

II. La influencia del Código Civil y Comercial en el derecho societario y las normas que regulan la responsabilidad de los administradores

En materia *societaria*, de los principales aspectos vinculados a la responsabilidad de los sus administradores o representantes se ocupan los artículos 59 y 274 de la ley 19.550, el último, relacionado con los directores de las sociedades anónimas y, por la expresa remisión que contiene el artículo 157 de la Ley General de Sociedades, también con los gerentes de las sociedades de responsabilidad limitada, sin olvidar que es de “aplicación analógica para los distintos tipos societarios”.²

Como norma rectora del sistema que integran las sociedades (antes sociedades comerciales), el

¹ El trabajo citado se encuentra publicado en el libro de ponencias editado para el 64º Encuentro de Institutos de Derecho Comercial de Colegios de Abogados de la Pcia. de Bs. As., pp. 29-48.

² NISSEN, Ricardo Augusto, *Ley de Sociedades Comerciales*, Buenos Aires, Ed. Astrea, 2010, T. 1, p. 654.

artículo 59 citado “establece una pauta general a la cual debe adecuarse la conducta de los administradores sociales, sea cual fuere el tipo social”³. Este paradigma que determina el precepto referido, impone a los administradores o representantes de las sociedades, el deber y obligación —esta de fuente legal— de obrar con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios⁴, responsabilizándolos en forma ilimitada y solidaria por los daños y perjuicios que se deriven del incumplimiento a lo allí estatuido.

Esto hace nacer para el administrador la obligación de desempeñar el cargo “persiguiendo los intereses de la sociedad, con debida diligencia y lealtad”⁵. Sin embargo, estos “no responden personalmente frente a terceros por los actos realizados en forma regular en nombre de la sociedad”⁶ a la que, por otra parte, sí obligan (artículo 58 ley 19.550).

Como lo expuso Halperín al referirse al artículo 59 de la Ley de Sociedades, “con este criterio de apreciación la ley ha fijado un cartabón o estándar jurídico para apreciar la debida diligencia” de los administradores, para poder valorar adecuadamente su conducta y la previsibilidad de sus consecuencias. Pero aclaró que “este cartabón establece un criterio objetivo de comparación pero no una responsabilidad objetiva”⁷.

Al respecto, Otaegui destacó que “el administrador societario, al desempeñar las funciones no regladas de gestión operativa empresarial, deberá obrar con la diligencia de un buen hombre de negocios (LS art. 59), tomado como modelo, diligencia que deberá apreciarse según las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar (Cód. Civ., art. 902). La omisión de tal diligencia [...] hará responsable al administrador societario por los daños y perjuicios causados, lo que constituye la responsabilidad por la culpa leve *in abstracto*”, además de responder por culpa grave y dolo.⁸

Estas reflexiones, que no han perdido actualidad, permiten sostener que el plexo normativo que se inicia en la Ley General de Sociedades con los artículos 59 y 274 (que no fueron modificados por la ley 26.944), se complementa con los artículos 1723, 1724 y 1725 del Código Civil y Comercial.

Sobre el parámetro abstracto —en principio— del “buen hombre de negocios”, el cual denota una responsabilidad de tipo “profesional” distinto del “buen padre de familia” del derecho romano, mucho se ha dicho y escrito. Este se presenta como una suerte de atavismo del sistema de “apreciación

³ VÍTOLO, Daniel R., *Reformas a la Ley General de Sociedades 19.550*, Santa Fe, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2015, T. II, p. 442-443.

⁴ ZALDIVAR, Enrique, MANOVIL, Rafael M., ROVIRA, Alfredo L., RAGAZZI, Guillermo E. y SAN MILLAN, Carlos *Cuadernos de Derecho Societario*, Buenos Aires, Ed. Abeledo-Perrot, 1980, Vol. I, p. 304.

⁵ DOBSON, Juan Ignacio, *Interés Societario*, Buenos Aires, Ed. Astrea, 2010, p. 97.

⁶ ZALDIVAR, Enrique, MANOVIL, Rafael M., ROVIRA, Alfredo L., RAGAZZI, Guillermo E. y SAN MILLAN, Carlos, *Cuadernos de Derecho Societario*, Buenos Aires, Ed. Abeledo-Perrot, 1976, T.II, Segunda Parte, p.525.

⁷ HALPERÍN, Isaac (edición actualizada y ampliada por Julio C. OTAEGUI), *Sociedades Anónimas*, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1998, p. 547-548.

⁸ OTAEGUI, Julio César, *Administración Societaria*, Buenos Aires, Ed. Ábaco de Rodolfo Depalma, 1979, p. 133.

de la culpa” —que también supo seguir el derecho francés de la etapa previa al Código de Napoleón— que, a la hora de apreciar la responsabilidad del administrador, se impone como un criterio objetivo de valoración, cuyo significado no es otro que reconocer que tales sujetos “se desenvuelven dentro de un mercado de riesgo constante”⁹, circunstancia esta que no se puede se obviar a la hora de analizar la conducta de aquel.

A pesar de ello, igualmente no se apartar del sistema legal general que regula el Código Civil y Comercial, que obliga a confrontar la diligencia debida por parte de ese administrador o representante societario, con la naturaleza de la obligación y las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar (artículo 1724 del Código Civil y Comercial), como así también, con el deber jurídico genérico de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas (artículo 1725 del Código Civil y Comercial).

Y no puede ser otra la solución, porque para poder apreciar en su justo término la *conducta obrada* por el agente que se considera responsable (administrador o representante) a través del criterio objetivo que como paradigma fija el artículo 59 de la ley 19.550, es absolutamente indispensable determinar cuál era la *conducta debida*. Esto inexorablemente lleva a tener que considerar la naturaleza de la obligación y las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar, tal como lo prescribía el artículo 512 del Código de Vélez y hoy lo replica el artículo 1724 del Código Civil y Comercial.

Lo expuesto lleva a extraer una primera conclusión: la aplicación del criterio subjetivo y de la apreciación de la culpa *en abstracto*, para poder evaluar adecuadamente la diligencia específica exigida al administrador, requiere de su valoración *en concreto*.¹⁰

Por otra parte, esta necesaria vinculación e interrelación entre criterios ya había sido destacada por Orgaz, quien sobre la separación de estos sistemas de apreciación de la culpa señaló que era “más bien, puramente verbal”, porque en la práctica, para considerar y evaluar la culpabilidad de un sujeto, ni el *sistema objetivo o abstracto* puede prescindir de la naturaleza de la obligación y de las circunstancias de las personas, de tiempo y lugar (artículo 512 del Cód. Civil y artículo 1724 del Código Civil y Comercial), ni el *sistema subjetivo o concreto* puede omitir la comparación de la conducta del imputado con la del individuo de diligencia normal u ordinaria.¹¹

Respecto al artículo 274 de la ley 19.550, este dispone que “los directores responden ilimitada y solidariamente hacia la sociedad, los accionistas y los terceros, por el mal desempeño de su cargo, según el criterio del artículo 59, así como por la violación de la ley, el estatuto o el reglamento y por cualquier otro daño producido por dolo, abuso de facultades o culpa grave”.

⁹ DOBSON, J. I., op. cit., p. 144. ,

¹⁰ OTAEGUI, J. C., op. cit., p. 133; RICHARD, Efraín Hugo, *Insolvencia Societaria*, Buenos Aires, Ed. Lexis Nexis, 2007, p. 291; JUNYENT BAS, Francisco, op. cit., pp. 1259-1265; NISSEN, Ricardo A., op. cit., T. I, pp.653-659; BORETTO, Mauricio, *Responsabilidad Civil y Concursal de los Administradores de las Sociedades Comerciales*, Buenos Aires, Ed. Lexis Nexis, 2006, pp. 143-144, entre otros.

¹¹ ORGAZ, Alfredo, *La Culpa*, Córdoba, Ed. Lerner, 1970, p. 133.

La norma citada anteriormente, da lugar a diversas cuestiones a las que aquí solo me referiré brevemente.

El precepto estatuye la responsabilidad personal, directa, ilimitada y solidaria de los directores de las sociedades anónimas por el mal desempeño de su cargo, conducta que debe ser evaluada según el criterio del artículo 59 de la ley 19.550, al que ya me he referido. Posteriormente, agrega que tales administradores responderán por los daños ocasionados por su dolo, abuso de facultades o culpa grave, lo que a juicio de cierta doctrina, implicaría reeditar la aplicación de criterios de graduación de la culpa (levisima, leve y grave).

Como lo planteo en su oportunidad Otaegui¹², la redacción del artículo 274 de la ley societaria, dio lugar a tres interpretaciones: a) una que a partir de la inclusión de la culpa grave, consideró que los directores no debían responder por la culpa leve¹³; b) otra, que consideró que los supuestos indicados quedan subsumidos por la regla general del artículo 59 de la ley 19.550¹⁴ y c) aquella que sostiene que el artículo 274 citado, no excluye la culpa leve, porque la última parte de dicha norma al hacer referencia al daño causado con dolo, abuso de facultades o culpa grave, “no está calificando la responsabilidad genérica, sino agregando nuevas razones para hacer responder a los directores”¹⁶

En resumen, la posición de cualquiera de las dos últimas opciones parecen ser las que representan el significado que emana de la letra y fin de la ley (artículo 274 ley 19.550) y conducen a sostener con razonabilidad, que la transgresión de la variable objetiva que fija el artículo 59 de la ley 19.550 (buen hombre de negocios) hace responsable al administrador de societario (director de S.A. o gerente de S.R.L.) por los daños y perjuicios causados (por acción u omisión), lo que constituye la responsabilidad de éste por culpa leve *in abstracto*, sin que ello obste para que responda por los daños y perjuicios causados por la omisión de los cuidados más elementales, lo que configura la responsabilidad por la culpa grave y, obviamente, por el dolo.¹⁷

¹² OTEGUI, J. C., op. cit., p. 397.

¹³ DOBSON, J. I., op. cit., p. 149. No compartimos esta posición.

¹⁴ HALPERÍN, Isaac, op. cit., p. 553.

¹⁵ MORO, Emilio F., *Culpa en la administración de sociedades comerciales*, Buenos Aires, Ediciones La Rocca, 2013, p. 423. El citado autor, también sostiene que a tenor del texto del artículo 274 y de la remisión al 59, ambos de la ley 19.550 los directores responden por la culpa grave y por la culpa leve, expresa sobre el particular, “que la referencia a la culpa grave es una inclusión sobreabundante”.

¹⁶ ZALDIVAR, E., MANOVIL, R. F., ROVIRA, A. L., RAGAZZI, G. E. y SAN MILLAN, C., op. cit., T.II, Segunda Parte, pp. 527-528. Los autores agregan, que una interpretación distinta de la indicada, sería ilógica y conduciría al absurdo de que los demás tipos societarios, en los que los socios tienen, por su carácter personalista, un control directo sobre la administración [...] la responsabilidad sería más grave que en la anónima —y en la sociedad de responsabilidad limitada, a la que el régimen también le es aplicable— en la que aquel control es más remoto e indirecto y respecto de la que siempre debe darse el equilibrio de una mayor responsabilidad frente a una autonomía orgánica también mayor”.

¹⁷ C.Nac.Com., sala B, 05/11/1993, autos “Paramio, Juan M. c. Paramio, Pascual E. y otros s/ Sumario” (Fuente: Abeledo-Perrot *on line* n°: 941133).

Vale también aquí la reflexión de Nissen, quien al referirse a la mención de la culpa grave que contiene el artículo 274 de la ley societaria, dijo que ello no autoriza a sostener la exclusión de la leve y levísima, porque la clasificación de la culpa en grados, de raigambre romana, fue abandonada en su momento por nuestro Código Civil (criterio, agrego, que también sigue el Código Civil y Comercial en su artículo 1724), pues se ha adoptado un sistema de individualización que tiene en cuenta el caso concreto y que debe ser analizado a la luz de la circunstancias en que el administrador debió actuar (antes artículos 512 y 902 del Código de Vélez y , actualmente, artículos 1724 y 1725 del Código Civil y Comercial).¹⁸

III. La naturaleza de las obligaciones a cargo de los administradores

Un último punto al que dedicaré algunos pocos párrafos porque tiene particular importancia para poder extraer algunas —pocas— pero útiles conclusiones, es lo atinente a la naturaleza de las obligaciones que asumen los administradores y de la responsabilidad (subjética u objetiva) que deriva del ejercicio de su cargo.

Respecto al primer aspecto, o sea, si la responsabilidad de los administradores es contractual o extracontractual, mayoritariamente la doctrina sostiene que la responsabilidad de aquellos frente a la sociedad y los socios es *contractual*, mientras que frente a terceros es básicamente *extracontractual*, aunque también podría ser contractual, según la naturaleza del acto de la determina.¹⁹

Se debe recordar que esta distinción -tal como fue expuesto con anterioridad (cap. III, puntos 1 y 2)- no solo no perdió vigencia a pesar de la unificación, sino que continúa generando diferencias que son propias de su índole y características, como por ejemplo, el agravamiento de la responsabilidad por dolo cuando esta es de origen contractual (artículo 1728 Código Civil y Comercial).

Continuando con algunas citas necesarias sobre este tema, a lo expresado, se debe agregar que también se ha entendido que el origen de la responsabilidad de los administradores es extracontractual por “resultar de la ley”²⁰ (*ex lege*), pues de esta última nacen importantes deberes y obligaciones al margen de las que puedan desprenderse del contrato social o del estatuto.²¹

Sobre el particular, es muy interesante la calificada posición de Garrigues que cita Martorell, quien si bien entiende que la responsabilidad es contractual, ello no es porque nace de un contrato, sino porque tiene su fuente en una obligación preconstituida.²²

¹⁸ NISSEN, R. A., op. cit., T. 1, p. 657.

¹⁹ NISSEN, R. A., op. cit., T. 3, p. 266-267; BORETTO, M., op. cit., p. 107, HALPERÍN, I., op. cit. p.550; ZALDIVAR, E., MANOVIL, R. F., ROVIRA, A. L., RAGAZZI, G. E. y SAN MILLAN, C., op. cit., T.II, Segunda Parte, p.526-527, entre otros.

²⁰ OTAEGUI, J. C., op. cit., p. 380.

²¹ MARTORELL, Ernesto E., *Sociedades Anónimas*, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1988, p. 376.

Evidentemente estas posturas no dejan de tener razonable sentido jurídico y práctico. Es que bien la responsabilidad de los administradores frente a la sociedad y los socios aparece, *prima facie*, como de origen *contractual*, no se debe perder de vista que también existen innumerables deberes y obligaciones a cargo de estos que se derivan de la ley, que unas veces opera como fuente mediata y otras veces como fuente inmediata o específica de obligaciones.²³

Por lo tanto, es correcto sostener que la responsabilidad de los directores es *contractual y legal*, porque le imponen el deber de cumplir obligaciones preexistentes que pueden nacer de un contrato, del estatuto o de la ley misma, cuyo incumplimiento genera responsabilidad -incumplimiento obligacional-²⁴. En cambio, si el daño que pueda provocar el administrador a la sociedad, a los socios o a terceros es consecuencia directa de la violación del deber genérico de no dañar a otro —*alterum non laedere*—, su responsabilidad se deriva de la obligación resarcitoria que nace a causa de la transgresión de dicho deber jurídico —no es preexistente—.

Sin ánimo de pretender —ni siquiera mínimamente— agotar una temática tan compleja, diversa y amplia, creo que la interpretación dada en el párrafo anterior, es la que se ajusta a lo que prescribe actualmente el artículo 1716 del Código Civil y Comercial, que cuando se refiere al deber de reparar, prescribe que este se origina cuando el daño injustificado es provocado por el *incumplimiento de la obligación* —agrego, de la obligación preexistente— o *la violación del deber jurídico de no dañar a otro*.

En lo relativo al factor o criterio de atribución, la responsabilidad de los administradores es fundamentalmente y, en principio, subjética, lo que implica que para hacerlos responsables por la reparación del daño injustamente causado, se les debe imputa a estos culpa o dolo, además de acreditar el resto de los presupuestos (antijuricidad, daño y relación de causalidad adecuada). Este es el criterio mayoritario y se apoya en los artículos 59 y 274 de la Ley General de Sociedades²⁵, aunque parte de la doctrina presenta matices distintos sobre este punto.²⁶

²² GARRIGUES, Joaquín y URÍA, Rodrigo, *Comentario a la ley de sociedades anónimas*, Madrid, Ed. Aguirre, 1976, T. I, p. 289, citado por Eduardo E. MARTORELL, en op. cit., p. 375.

²³ CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, Félix A., *Derecho de las Obligaciones*, Buenos Aires, Ed. La Ley, 2010, T. IV, pp. 423-424.

²⁴ LLAMBIÁS, Jorge J., *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*, Buenos Aires, Ed. LexisNexis Abeledo Perrot, 2006, T. III, p. 483. El autor al referirse a las órbitas contractual y extracontractual, caracteriza a la primera porque la conducta culpable se manifiesta “con respecto a una obligación preexistente”.

²⁵ SCBA, autos “Fisco de la Provincia de Buenos Aires contra Raso, Francisco s/ Sucesión y otros. Apremio” (02/07/2014. C 110369. Fuente: JUBA): El tribunal decidió que: “la responsabilidad de los directores de una sociedad anónima se encuentra regulada en los arts. 59 y 274 de la Ley de Sociedades Comerciales, 19.550, es decir que no hay responsabilidad de los directores si no puede atribuírsele un incumplimiento de origen contractual o un acto ilícito con dolo o culpa en el desempeño de su actividad. El factor de atribución es subjetivo”.

²⁶ MUGUILLO, Roberto A., *Conflictos societarios*, Buenos Aires, Ed. Astrea, 2009, p.252: El autor afirma que los casos de violación de la ley, del estatuto o del reglamento, por actos u omisiones del administrador configuran “una pauta de corte objetivo que genera responsabilidad por la mera infracción al orden jurídico general o al particular que regula la vida societaria, aunque el administrador no haya tenido la menor intención dolosa en su actuar ni haya cumplido en absoluto un acto contrario a la sociedad desde el punto de vista de su intencionalidad” que engendra imputación objetiva de la responsabilidad.

En favor de la tesis subjetiva, explica Nissen que “la circunstancia de que la responsabilidad solidaria e ilimitada de los directores tenga su fundamento en la naturaleza colegiada del directorio, no significa que la responsabilidad prevista en los arts. 59 y 274 de la ley 19.550 debe considerarse objetiva, pues tratándose de obligaciones de medios y no de resultados, el deudor está obligado a prestar una conducta que razonable, pero no necesariamente, conducirá al resultado esperado por el acreedor”.²⁷

La opción por la responsabilidad subjetiva también se advierte en el artículo 160 del Código Civil y Comercial referido a las personas jurídicas privadas (en general), precepto que también reedita la responsabilidad ilimitada y solidaria de los administradores frente a dicho sujeto cuyos intereses gestiona, a sus miembros y terceros, “por los daños causados por su culpa en el ejercicio o con ocasión de sus funciones, por acción u omisión”, no dejando espacio para dudar sobre la vigencia del factor subjetivo como base de la responsabilidad en esta específica área del derecho.

Deliberadamente unos párrafos atrás se dijo que la responsabilidad era subjetiva en principio.

Si bien es correcto decir que la principal obligación que el administrador asume al aceptar el cargo es *de medios*, dado que se compromete a gestionar con la lealtad y diligencia de un buen hombre de negocios los asuntos de la sociedad, por cuyos intereses debe velar —y por los de los socios—, es importante resaltar que no todas las obligaciones a cargo de estos tienen esa calidad.

Muchas veces los administradores también deben cumplir obligaciones que se caracterizan por que la prestación a su cargo consiste en un lograr un resultado determinado. Cuando eso sucede, se está ante una *obligación de resultado* (de dar —artículos 746 y ss. del Código Civil y Comercial y de hacer o no hacer, —artículo 774 inc. b y 778 del Código Civil y Comercial—).

En estas últimas, “el deudor se compromete al cumplimiento de un determinado objetivo, consecuencia o resultado (*opus*)”,²⁸ que no depende como en las de medios, de la posibilidad o no de lograr el éxito esperado, por lo que “está obligado a asegurar un efecto determinado”.²⁹

Debe cumplir el resultado específico, concreto, cuyas características hacen que sea exigible sin más, pues su cumplimiento es posible y pudo ser previsto (artículo 1710 del Código Civil y Comercial).

Lo expresado sobre este punto, no es una mera opinión en abstracto, sino que, muy por el contrario, es fruto de reflexionar sobre la realidad y dinamismo de los vínculos jurídicos, los que lógicamente pueden dar lugar a obligaciones de medios, o de resultado y otros, por su complejidad —tal es el caso de los administradores—, de ambas clases.³⁰

²⁷ NISSEN, R. A., op. cit., T. 3 p. 265.

²⁸ ALTERINI, A.A., AMEAL, O. J. y LÓPEZ CABANA, R. M., Derecho de Obligaciones Civiles y Comerciales, Buenos Aires, Ed. Abeledo-Perrot, 1996, p. 498.

²⁹ CAZEAUX, P. N. y TRIGO REPRESAS, F. A., op. cit., T. I, p. 306.

³⁰ MORO, E., op. cit.: Sobre este tema, véase la opinión del autor en pp. 336-338.

Si bien estas obligaciones no fueron reconocidas por el legislador en el nuevo Código como una clase específica en el contexto de lo que la doctrina identifica la “clasificación de las obligaciones” (por ello me referiré a estas como innominadas), igualmente quedaron integradas a diversos preceptos como los apuntados en el párrafo precedente y, explícitamente designadas en una importante norma que integra el plexo de las que regulan la responsabilidad civil: el artículo 1723 del Código Civil y Comercial al que me referiré.

La norma citada con anterioridad, permite de por sí sostener la existencia formal y legal de las obligaciones “de resultado” y, por lo tanto, también de su opuesta (antónima), es decir, la de “medios”.

A su vez, se debe destacar que la diferenciación entre obligaciones de medios y de resultado tiene suma importancia en materia probatoria, dado que en las de *medios*, el acreedor debe probar que el incumplimiento fue consecuencia de la culpa del deudor, mientras que en “en las obligaciones de “resultado” o de “fines” o “determinadas”, al acreedor le basta con establecer que no se obtuvo el resultado debido y nada más; correspondiendo en todo caso al deudor, para poder liberarse, la acreditación de que cumplió o bien de que medió una causal de exoneración de responsabilidad: un caso fortuito o que el incumplimiento provino de una causa ajena a él”.³¹ O sea, que “para liberarse tendrá que probar la concurrencia de una causal de inimputabilidad”.³²

Bajo estas premisas, es posible hallar muchas obligaciones que califican como de resultado, de entre tantas que asumen los administradores y los representantes de una sociedad desde el momento en que aceptan el cargo.

Es el caso de la obligación de llevar registros contables (artículos 320 del Código Civil y Comercial), la de confeccionar la memoria para su tratamiento en la asamblea (artículo 66, ley 19.550), la de constituir la reserva legal en el caso de las sociedades de responsabilidad limitada y accionarias (artículo 70, ley 19.550), la de llevar libro de actas de asamblea o de reuniones de socios, de directorio (artículo 73, ley 19.550), entre tantas otras.

Como ya fue adelantado en este mismo punto, se debe tener presente que el hecho de tratarse de obligaciones de origen legal nada cambia.

En este punto, Messineo señaló que cuando se habla de obligaciones legales o *ex lege*, “se quiere hacer referencia a los casos en que la obligación, considerada en sí, nace exclusivamente por voluntad de la ley, que es por lo tanto, fuente directa”.³³

³¹ TRIGO REPRESAS, Félix A., “Los factores de Atribución. El rol otorgado a la culpa”, en *Revista de Derecho de Daños*, Santa Fe, Ed. Rubinzal-Culzoni, T. 2015-2, pp. 55-56.

³² CAZEAUX, P. N. y TRIGO REPRESAS, F. A., op. cit. 307.

³³ MESSINEO, Francesco, (trad. Santiago Sentís Melendo), *Manual de Derecho Civil y Comercial*, Buenos Aires, E.J.E.A., 1955, T. VI, p. 440.

Tampoco es un obstáculo sostener que las que derivan de un precepto de este tipo no son obligaciones sino deberes, dado que “la obligación es una subespecie del concepto de deber jurídico; y antes, se ha entendido a la obligación, no como relación en su totalidad, sino como lado positivo del derecho de crédito (débito)”³⁴. Ello, porque la obligación en un sentido amplio, es un “deber de dar, hacer o no hacer que viene impuesto por una ley, un contrato o una resolución administrativa, arbitral o judicial”.³⁵

Aclarados estos extremos, se debe destacar que por tratarse —la obligación *ex lege*— de una obligación *preexistente*, no cumplirla da lugar a un supuesto de incumplimiento obligacional al que, tal como ya fue expresado, hace expresa mención el artículo 1716 del Código Civil y Comercial cuando se ocupa del deber de reparar el daño injusto.

Actualmente este tema no es para nada menor, especialmente porque la unificación del derecho civil y comercial ha cambiado las cosas en forma trascendente sobre las obligaciones de resultado, dado que ahora, en el artículo 1723 del Código se establece que la responsabilidad del deudor es *objetiva* “cuando las circunstancias de la obligación, o de lo convenido por las partes, surge que el deudor debe obtener un resultado determinado”, solución que no es nueva, porque la doctrina venía expidiéndose en tal sentido.

Pero más allá de ello, la existencia un precepto que ahora no deje margen sobre la aplicación de un factor objetivo, representa una modificación muy importante que no puede dejar de merecer atención.

Es que dejando de lado toda especulación, esto significa que si bien es verdad que básicamente la responsabilidad de los administradores es de *base subjetiva* —lo que no genera inconveniente cuando de obligaciones de medios se trate—, también y por excepción será finalmente *objetiva*, por lo menos y sin admitir mayores cuestionamientos, cuando se trate del incumplimiento de una obligación de resultado.

La dirección que tomó el Código Civil y Comercial en este tema es significativa, porque al no admitir que en el ámbito propio de las personas jurídicas privadas (sociedades y otras) las obligaciones de resultado deban, en principio, ser evaluadas como “atenuadas” en lugar de hacerlo como “ordinarias”, la nueva norma transforma de manera sustancial el abordaje de la responsabilidad de los administradores y representantes de estos sujetos de derecho frente a un sinnúmero de obligaciones y deberes legales de los que aquellas derivan.

Una solución adecuada a la complejidad de las prestaciones a cargo de los administradores, quienes —no se puede razonablemente ignorar— desempeñan su función en una actividad caracterizada por

³⁴ MESSINEO, F., op. cit., T. IV, p. 9.

³⁵ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (RAE) y Consejo General del Poder Judicial, Santiago Muñoz Machado (dir.), *Diccionario del Español*, Barcelona, ESPASA LIBROS, 2016, p. 1121. A su vez, en dicha obra se define al “deber”, como “aquello a lo que las personas están obligadas bien sea por razones de orden moral, bien por determinación en las leyes, o como resultado de las obligaciones contraídas o los contratos que han podido celebrar”, p. 581.

el riesgo empresario, era dejar este tipo de obligaciones bajo el amparo de aquellas calificadas por la doctrina como *de resultado atenuadas*.³⁶

Estas, si bien dan nacimiento frente al incumplimiento a una presunción de culpabilidad —*iuris tantum*—, permiten al agente liberar su responsabilidad acreditando su *falta de culpa*, que es lo mismo que decir, que obró con la debida diligencia³⁷ según la naturaleza de la obligación y las circunstancias de personas, el tiempo y el lugar (*culpa en concreto*).

De allí que no considero adecuado a las características de las obligaciones a cargo de los administradores societarios, que se trate a estas obligaciones como de resultado *ordinarias*, -que es lo que hace el Código ahora-, porque en este marco legal aquellos solo podrán invocar para liberarse de responsabilidad la causa ajena (artículo 1722 Código Civil y Comercial).³⁸ Insisto, no es razonable desentenderse del contexto en el que los administradores se desempeñan y agravar de esta manera su responsabilidad.

Como ya lo sostuve en alguna ponencia anterior, este es un tema que va a generar futuros debates y consecuencias, por cierto, especialmente cuando se comience a reflejar la aplicación del artículo 1723 del Código Civil y Comercial en casos judiciales concretos.

IV. Unas reflexiones finales

Se puede concluir luego de este somero análisis que se ha hecho de la responsabilidad civil y de su impacto en materia societaria, es que el microsistema sociedades regidos por la ley 19.550, depende necesariamente del Código Civil y Comercial.

Pero ello no quiere decir que las normas del Código y de estas leyes especiales se interrelacionen en un mero diálogo que termine dando como resultado, la posibilidad de tomar o usar indistintamente la norma más favorable de uno u otro cuerpo legal, pues claramente ese no es el fin que exhiben los artículos 150 y 1709 del Código analizados bajo el prisma de los preceptos que contienen los artículos 1º, 2º y 3º de este último.

Si algo surge de estas normas, es la existencia de un sistema normativo que pretende ese diálogo de fuentes, pero dejando en claro que este se debe dar siguiendo reglas de prelación normativa que establecen un orden o jerarquía para la aplicación de aquellas. En ese orden, las normas especiales tiene prelación por sobre las del Código cuando ostenten la misma jerarquía, incluso a pesar de lo que entiendo

³⁶ TRIGO REPRESAS, Félix A., op. cit., p. 58.

³⁷ ALTERINI, A.A., AMEAL, O. J. y LÓPEZ CABANA, R. M., op. cit., p. 188.

³⁸ BUSTAMANTE ALSINA, J., op. cit. pp. 296-298.

es un error de redacción que contiene el artículo 1709 del Código (este señala que la norma general se aplica en primer lugar, lo que es, desde un punto de vista lógico normativo inaplicable)³⁹.

Puntualmente, cuando se trata de responsabilidad en materia de sociedades, se deberá recurrir necesariamente en primer término a las normas que regulan la materia del derecho de daños en la ley especial, o sea, los artículos 24, 54, 59 y 274 de la ley 19.550.

Con el mismo criterio, no se podrán aplicar, ni hacer extensivo a los administradores, ni a los socios, lo preceptuado en los artículos 144, 159 y 160, todos del Código Civil y Comercial, relacionados con las personas jurídicas privadas en general.

Lo explicado demuestra que en cambio, sí se aplicará lo regulado por el Código Civil y Comercial para la mayoría de los institutos que integran la teoría general de la responsabilidad civil, como es el caso de las actuales normas sobre el deber de prevención, sobre antijuridicidad, causas de justificación, factores de atribución de responsabilidad, relación de causalidad, valoración de la conducta, culpa concurrente, daño y reparación plena, entre otras.

Por cierto, reitero, que esto era así cuando aún estaban vigentes el Código Civil y el Código de Comercio.

Ello se explica porque, tal como fue descripto por Otaegui, “el régimen de responsabilidad resarcitoria se estructura sobre el ordenamiento del Código Civil, salvo disposición especial”⁴⁰ (hoy Código Civil y Comercial de la Nación).

Pero en todo los casos, cualquier análisis que se realice, no debe perder de vista los nuevos paradigmas que la unificación ha propuesto, que hacen especial foco en la persona humana y en su tutela efectiva.

³⁹ LORENZETTI, Ricardo L. (dir) y GALDÓS, Jorge M. (autor), *Código Civil y Comercial de la Nación – Comentario*, Santa Fe, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2015, T. VIII, pp. 292-3.- OZZOLA, Federico (autor), RIVERA, J. C. y MEDINA, G. (dir.), *Responsabilidad Civil*, Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot, 2017, pp. 20-21.

⁴⁰ OTAEGUI, J. C., op. cit., p. 370.

Nº 47:

LA OBLIGACIÓN DE RESULTADO DE LLEVAR CONTABILIDAD Y LA APLICACIÓN DEL FACTOR DE ATRIBUCIÓN OBJETIVO.

Autor: Fernando Javier MARCOS

Instituto de Derecho Comercial del Colegio de Abogados de Morón

La responsabilidad de los administradores de una sociedad derivada del incumplimiento de la obligación legal de llevar contabilidad, es de resultado y, por lo tanto, el factor de atribución es objetivo (artículo 1723 del Código Civil y Comercial).

Esto implica, que solo se pueden eximir de dicha responsabilidad interrumpiendo el nexo causal mediante la demostración de una causa ajena, lo que torna irrelevante a la ausencia de culpa.

I. Introducción. La reforma

Entre las modificaciones que introdujo el Código Civil y Comercial, está la que surge de su artículo 320, precepto que establece la obligación de “llevar contabilidad todas las personas jurídicas privadas y quienes realizan una actividad económica organizada o son titulares de una empresa o establecimiento comercial, industrial, agropecuario o de servicios. Cualquier otra persona puede llevar contabilidad si solicita su inscripción y la habilitación de sus registros o la rubricación de los libros, como se establece en esta misma Sección”.

Sin embargo, la norma citada excluye de dicha obligación legal “a las personas humanas que desarrollan profesiones liberales o actividades agropecuarias y conexas no ejecutadas u organizadas en forma de empresa”, considerando conexas a “las actividades dirigidas a la transformación o a la enajenación de productos agropecuarios cuando están comprendidas en el ejercicio normal de tales actividades”.

Se agrega por último, que “también pueden ser eximidas de llevar contabilidad las actividades que, por el volumen de su giro, resulta inconveniente sujetar a tales deberes según determine cada jurisdicción local”.

A esta disposición, se agregan otras relacionadas con los “registros indispensables”, sobre libros, prohibiciones, formas de llevar los registros, entre otras, que a su vez, complementan las que contiene la ahora Ley General de Sociedades (Ley 19.550, texto según ley 26.994) a partir del artículo 63.

II. La responsabilidad y el factor de atribución aplicable

Dicho esto y, en lo que respecta a la responsabilidad de los administradores, es necesario recordar, que la ley 26.994 mantuvo vigentes las pautas y estándares previstos por el artículo 59 y 274, ambos de la Ley 19.550, de las que se desprende que, en principio, el factor de atribución de responsabilidad que se debe aplicar para evaluar la actuación de aquellos y sus eventuales consecuencias dañosas para la sociedad, sus socios y terceros, es básicamente “subjetivo”.

Sobre el particular, la propia Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires y antes de la entrada en vigencia del nuevo Código, ya había señalado que, “la responsabilidad de los directores de una sociedad anónima se encuentra regulada en los arts. 59 y 274 de la Ley de Sociedades Comerciales, 19.550, es decir que no hay responsabilidad de los directores si no puede atribuírsele un incumplimiento de origen contractual o un acto ilícito con dolo o culpa en el desempeño de su actividad. El factor de atribución es subjetivo”¹.

Ciertamente, este parámetro sustancial de la responsabilidad que motiva estas reflexiones no ha variado, siempre que se trate de evaluar la conducta obrada del administrador en lo que respecta a la gestión de los negocios sociales.

Pero si bien antes de la unificación la aplicación del factor subjetivo como base de sustentación del régimen de responsabilidad de los administradores no traía complicaciones, las cosas ahora no son así, porque fundamentalmente todo va a depender del tipo o clase de obligación a su cargo, de su objeto, o sea, si esta es de medios o de resultados, tipología receptada implícitamente por el Código Civil y Comercial (artículo 774 del Código Civil y Comercial) y que en relación a los factores de atribución, contiene una regulación distinta a la del Código de Vélez.

Como se sabe, las obligaciones denominadas “de medios”, el deudor se obliga a actuar o a desarrollar una conducta en post de obtener un resultado, aunque este último no se garantiza al acreedor. Así, el deudor diligente queda exculpado y, por lo tanto, liberado de toda responsabilidad por daños, si demuestra que obró diligentemente. Esto significa que en este tipo de obligaciones el cumplimiento o “el pago es la no culpa”².

¹ SCBA, autos “Fisco de la Provincia de Buenos Aires contra Raso, Francisco s/ Sucesión y otros. Apremio” (02/07/2014. C 110369. Fuente: JUBA).

² OZZOLA, Federico A. (autor), RIVERA, Julio C. y MEDINA, G. (dir), *Obligaciones*, Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot, 2017, p. 420.

En cambio, en las obligaciones de resultado el deudor debe cumplir con el resultado final comprometido (p.e. la entrega de la cosa cierta comprometida, la vivienda construida, etc.), por lo que no le alcanza para eximirse de responsabilidad con la demostración de su obrar diligente, que es lo mismo que probar que no tuvo la culpa, dado que en este supuesto ese resultado sí se encuentra garantizado o es objetiva y materialmente posible su cumplimiento.

Dicho esto y, antes de abordar este particular tema que da origen a la ponencia, es necesario destacar que no todas las obligaciones —legales o estatutarias— a cargo de los administradores de una sociedad pueden ser catalogadas como “de medios”, categoría donde, como se indicó anteriormente, solo es exigible a estos agentes una “diligencia apropiada” a su condición de hombre de negocios puesta al servicio del interés social, con independencia de su éxito (artículos 774 inc. 1°, 1.724 y 1.725, todos del Código Civil y Comercial de la Nación).

Sucede que en diversos casos, se encuentran también en cabeza de los administradores societarios verdaderas “obligaciones de resultado” (de dar —artículos 746 y ss. del Código Civil y Comercial y de hacer o no hacer, —artículo 774 inc. b y 778 del Código Civil y Comercial—), en las que su cumplimiento no depende ya de la posibilidad o no de lograr el éxito esperado —no existe alea alguna, si se me permite esta digresión—, sino de conseguir un resultado específico y concreto que, por las características de la prestación a cargo del obligado (deudor en el vínculo obligacional) es exigible sin más, básicamente porque su cumplimiento es posible y pudo ser previsto (artículo 1710 del Código Civil y Comercial).

Claramente se encuentra comprendida dentro de esta categoría la obligación de llevar contabilidad a la que me he referido anteriormente. Esta representa una obligación legal que debe ser cumplida y, que por sus características, ese cumplimiento importa un resultado concreto que el administrador (director, gerente, etc.) no puede eludir o justificar para el actual régimen de responsabilidad civil a partir de la demostración de su falta de culpa.

Pasa que a diferencia del Código de Vélez (incluso luego de la ley 17.711), donde en el caso de una obligación de resultado el factor era subjetivo, aunque existía una suerte de “presunción de culpa” que ponía la carga de la prueba en el deudor quien debía probar que de su parte no hubo culpa, en el Código Civil y Comercial el tratamiento propuesto es sustancialmente distinto.

En efecto, el artículo 1.723 del Código Civil y Comercial establece que “cuando de las circunstancias de la obligación, o de lo convenido por las partes, surge que el deudor debe obtener un resultado determinado, su responsabilidad es objetiva”.

De lo señalado anteriormente se desprende con certeza, que el factor de atribución de responsabilidad aplicable a estos casos, entre los que se encuentra la obligación de llevar contabilidad —como fue expresado—, es objetivo.

Así, una vez verificado el incumplimiento, es absolutamente irrelevante considerar la culpa del

agente a los efectos de atribuirle responsabilidad (artículo 1.722 del Código Civil y Comercial), pues solo adquiere virtualidad jurídica para liberarlo la prueba del hecho ajeno o causa ajena, o sea, que no fue el autor del incumplimiento. Es que en el marco que brinda el Código, la presunción de culpa (o culpa objetiva) que posibilitaba al sujeto imputado demostrar que no había obrado con culpa, no es receptada³.

Consecuencia de lo reseñado, es que el administrador que no cumplió con la obligación —*ex lege*— que deriva del artículo 320 y ss. del Código Civil y Comercial y artículo 63 y ss. de la Ley 19.550, solo podrá eximirse de responsabilidad probando la causa ajena, para lo cual, deberá acreditar el hecho de la víctima (o del damnificado conf. artículo 1729 del Código Civil y Comercial), o el hecho de un tercero por quien no se debe responder, caso fortuito o fuerza mayor.

Lo expuesto importa que el administrador de la sociedad, en este o en otros supuestos donde la prestación comprometida o a su cargo esté representada por un resultado concreto, “solo lo liberará la ruptura del nexo causal”⁴.

Para terminar, no cabe la menor duda sobre la aplicación a la responsabilidad de las sociedades de las normas que integran el régimen general de responsabilidad civil que contiene el nuevo código, especialmente a partir de lo dispuesto por los artículos 2°, 12°, 1.708 y 1.709 del Código Civil y Comercial, por lo que las propias de la ley especial (Ley 19.550) se deberán integrar en forma coherente y razonable con las que contiene el código unificado.

³ CALVO COSTA, Carlos A. y SÁENZ, Luir R. J., *Incidencias del Código Civil y Comercial. Obligaciones*, Buenos Aires, Ed. Hammurabi de J.L. Depalma, 2015, pp. 156-157.

⁴ OZZOLA, F. A., op cit. P. 422.

Nº 48:

TRANSFERENCIA DEL FONDO DE COMERCIO DE UNA SRL. ¿EL EMBARGO TRABADO SOBRE LAS CUOTAS DE UN SOCIO IMPIDE LA TRANSFERENCIA DEL FONDO DE COMERCIO DE LA SOCIEDAD?

Autor: Claudia L. FERRONI

(Instituto de Derecho Comercial del Colegio de Abogados de San Isidro)

JURISPRUDENCIA:

“Horizonte Hotel SRL a Horizonte Hotel S.A. s/ Venta Fondo de Comercio sito en Tres Sargentos 484”. Cámara Nacional en lo Comercial, Sala B, fallo del 24/10/1980.

SINTESIS DEL FALLO:

El juez del entonces Juzgado Nacional en lo Comercial de Registro ordenó la inscripción de la transferencia de fondo de comercio de una S.R.L. en la cual, uno de sus socios tenía embargadas sus cuotas sociales. Entendió el magistrado que el embargo sobre las cuotas de uno de los socios de la SRL no gravaba a la sociedad y carecía de virtualidad frente a la pretendida transferencia. Juzgó que la sociedad era sujeto de derecho distinto de sus miembros, por lo que los impedimentos que obstaban a la transmisión de la parte social de éstos, no incidían sobre la libertad de actuación del ente social en negocios que le fuesen imputables como tal; salvo los casos en que, del convenio de transmisión, resultase la disolución y cancelación del patrimonio de la sociedad vendedora, situación no configurada en el caso por cuanto el patrimonio de la vendedora subsistía, al menos reemplazado en su consistencia efectiva, por el precio recibido. Lo que fue confirmado por la Alzada.

EL FALLO de 2da. instancia:

“Buenos Aires, 24 de octubre de 1980.- AUTOS Y VISTOS: Atento que el embargo informado “... a todo evento...” a fs. 79 no grava a la sociedad enajenante del fondo de comercio, sino sólo a las cuotas de uno de sus integrantes, carece de virtualidad frente a la transferencia cuya inscripción se decretara a fs. 78vta,

lo que en orden a lo peticionado a fs. 85/86 resulta dirimente. La doctrina del precedente emanado de la sala C del Superior in re “**Línea de Microómnibus N° 406 Rastreador Fournier SRL**” a “**Empresa de Transportes Fournier SACel**” (4-11-70) en cuyos términos no procedería registrar la transmisión del patrimonio total de un ente mientras subsisten medidas precautorias sobre las cuotas de sus socios, no resulta aplicable en cuanto se trató allí de una cesión de activo y pasivo. Por otra parte, y sin perjuicio de reconocer la ilustre autoridad de sus enunciadores, como así también del fiscal interviniente, Dr. De Iriondo, el suscripto no la comparte: la sociedad es sujeto de derecho distinto de su miembros (ley 19.550,2) por lo que los impedimentos que obstaren la transmisión de la parte social de éstos, no inciden sobre la libertad de actuación del ente en negocios que le sean imputables como tal; salvo el supuesto que del convenio de transmisión resultase la disolución y cancelación el patrimonio del tradens (ley cit., 112), situación no configurada allí ni en la especie, donde el patrimonio de la vendedora subsiste al menos reemplazado en su consistencia efectiva por el precio recibido (fs. 2, cláusula 2º). Por ello, actualizado que sea el informe de fs. 79, inscribábase sin más trámite el instrumento de fs. 2/4”. Voto del Dr. Butty.

EL FONDO DE COMERCIO FRENTE AL DICTADO DEL NUEVO C.C.C.N.

El derecho comercial ha sido reformulado por el nuevo Código. Así, el derecho mercantil se mantiene incólume en las leyes complementarias del derogado Código de Comercio, y que ahora continúan como leyes complementarias del C.C.C.N.

En efecto, conforme lo establece el artículo 5 de la Ley 26994, las leyes de contenido mercantil que actualmente integran, complementan o se encuentran incorporadas al Código de Comercio (excepto las expresamente derogadas por el art. 3) mantienen su vigencia como leyes que complementan al C.C.C.N. En consecuencia, mantienen su vigencia, entre otras leyes y normas mercantiles, la Ley 11867 de Transferencia de Fondos de Comercio.

¿Qué es un fondo de comercio? Cuando la Jurisprudencia ha tenido que pronunciarse respecto de la naturaleza jurídica del fondo de comercio o establecimiento mercantil, se ha inclinado por caracterizarlo como una **universalidad de hecho**, cuyos elementos componentes, bienes y derechos, conservan su individualidad propia, y cuya unión la determina su identidad de destino ¹.

Sabido es que las universalidades de bienes pueden ser de hecho o de derecho, siendo las de hecho aquellas unidas por voluntad de su titular (fondo de comercio; su propietario voluntariamente determina qué bienes integran la universalidad, pudiendo excluir bienes que la integran o incluir nuevos bienes); por el contrario, las universalidades de bienes de derecho son las unidas por disposición de la ley (bienes sucesorios:

¹ Sumario de VITOLLO Daniel R. “Contratos Comerciales”. Bs. As. Ed. Ad-Hoc. 1994, p. 589

pasan del causante a los herederos como una universalidad dispuesta por la ley, sin posibilidad de incluir o excluir, salvo la porción disponible).

Cualquiera que sean las alternativas que se manejen, en todo supuesto estaremos en presencia de bienes. Quedan absolutamente deslindados los conceptos y la naturaleza jurídica de los bienes y de las personas humanas o las personas jurídicas (verdaderos sujetos de derecho). Estos sujetos tienen un activo y ese activo está integrado por bienes de diversas naturalezas (dinero; inmuebles; fondos de comercio) sobre los que ejercen el señorío propio del titular de bienes.

Si la persona jurídica es propietaria de un fondo de comercio, ella y sólo ella es quien tiene el derecho a resolver.

Por consiguiente existe un abismo que separa lo precedentemente expuesto con las participaciones sociales de los socios, en tanto titulares de cuotas sociales o acciones -según sea el tipo de la persona jurídica del caso-.

Como persona jurídica que es la sociedad, tiene como atributo de su personalidad un patrimonio propio y distinto del de los socios (art. 2313 y conc. Cod. Civil)... La circunstancia que dentro del patrimonio societario exista un fondo de comercio igual seguirá siendo la misma persona jurídica la propietaria de tal fondo de comercio, aunque sus socios sean otros. Ambos negocios son claramente diferenciados: *en el caso de la venta de cuotas sociales* lo que cambian son los socios, dueños de la sociedad, *en la venta del fondo de comercio* cambia el dueño de este, mientras que los componentes de la sociedad siguen siendo los mismos².

¿Qué tiene que ver? ¿En qué se pueden confundir o tocar el derecho de las personas humanas (los socios) sobre las cuotas sociales -en el caso de la SRL-, con el derecho de la persona jurídica (la propia SRL) sobre sus bienes? ¿Qué punto de contacto tiene el embargo sobre bienes de la persona humana con la disponibilidad de bienes de la persona jurídica?

Previo a responder el interrogante es preciso destacar que los socios no pueden transferir el fondo de comercio; lisa y llanamente porque no les pertenece en forma particular. Pero cuando todos los socios venden el 100% de sus cuotas, transfiriendo así el capital de la sociedad a un tercero, se está transfiriendo el fondo de comercio, en tanto patrimonio de la sociedad.

En la causa aquí citada y materia de este trabajo, tanto el Juez inferior y la doctrina que lo inspiró como el fallo de segunda instancia –con el voto del Dr. B, confunden al afirmar que la transferencia del fondo de comercio, en casos como el indicado, resulta procedente salvo el supuesto que del convenio de transmisión resultase la disolución y cancelación del patrimonio del tradens.

² C.Civ y Ccial, Sala I de Tucumán, “Centro del Riñon y Dialisis SRL s/ inscripción”

La discrepancia apunta a que, aún en este último supuesto, NO PROCEDERÍA IMPEDIR A LA SOCIEDAD DISPONER LIBREMENTE DE SUS BIENES; e incluso hasta disolverse y liquidarse sin que ningún embargo sobre cuotas de sus socios pueda impedirlo.

Ello tiene su razón de ser en torno a la preservación de la distinción entre sujetos del derecho y los bienes de su propiedad o fondo de comercio que le pertenezca.

A todo evento, en este particular supuesto de la transferencia total de las cuotas de la SRL contando con un fondo de comercio dentro de su patrimonio, muchos autores entienden que se debe dejar de lado el simple trámite de cesión de cuotas que marca la LSG y aplicar el procedimiento de la ley 11.867³. No obstante la mayoría no opina de igual forma.

Así se ha dicho que, “...a menos que se lo confunda con la solvencia de los nuevos socios, no encaja considerar el estado patrimonial individual para decidirse por los requisitos de la ley 11.867”⁴.

El procedimiento de la Ley 11867 es muy particular y engorroso; porque hasta puede incidir en el resultado de la operatoria final de venta dado el tiempo que insume la publicación de edictos, la espera de las oposiciones, etc. Y si bien es un procedimiento pensado para evitar burlar el crédito de los acreedores del fondo de comercio, en el fallo de esta ponencia de lo que se habla es el fondo de comercio que integra el patrimonio de una sociedad y no de una persona humana.

Va de suyo entonces que el acreedor del socio, a lo sumo, podrá perder la garantía que significaba el establecimiento en el patrimonio de su deudor, o la sustitución del mismo por el depósito de las sumas a que obliga el procedimiento de la ley 11.867; más NUNCA perderá el acreedor sus derechos contra el deudor, ni su crédito caduca por la sola circunstancia de la transferencia del fondo de comercio⁵

Consecuentemente, y respondiendo al interrogante anterior, el embargo de bienes de la persona humana (cuotas sociales) en ningún caso puede enervar o impedir la libre disponibilidad de los bienes de la persona jurídica; **incluso cuando ésta agote sus bienes, e incluso cuando quede obligada a disolverse**. Se trata de situaciones paralelas que jamás deberían tocarse.

CONCLUSIÓN

Casi una obviedad; la sociedad es distinta a los socios, y los bienes de aquélla nada tienen que ver con los bienes de los socios y las vicisitudes que éstos deben soportar.

³ ZUNINO Jorge O. “Fondo de Comercio, Régimen legal de su transferencia”. Bs. As. Ed. Astrea, 1982, p. 59. En contra, CComCap, 18/06/43, LA LEY, 30-870; JA, 1943-II-838, y GF, 165-IX.

⁴ GARCIA CAFFARO, José L., Publicidad de la cesión total de cuotas de una sociedad de responsabilidad limitada, LA LEY, 125-835

⁵ CNCom, Sala B, octubre 9-998 – Eichenbaum de Plohm Mariana c. Leonardi de Rodríguez María –La Ley 1999-B, 478..

En tal sentido, las consideraciones precedentes coinciden con los fundamentos de un fallo⁶, al sentar que el hecho de que las partes hayan celebrado un acuerdo de cesión de la totalidad de las cuotas de una SRL no priva al acto de su naturaleza de cesión de partes sociales de propiedad de los socios; negocio distinto a la venta de los bienes que componen el activo de la sociedad, o a la transmisión del fondo de comercio o hacienda. **Ello así, aun cuando hayan convenido el pago del valor de las mercaderías que se encuentran en el local comercial explotado por la sociedad, pues tal acuerdo es una convención accesoria de la cesión de cuotas, cuyo precio integra el precio total de la operación.**

Tampoco debe inducir a confusión la *disolución de la sociedad* con la *transferencia de sus cuotas*; **una cosa es la disolución de la sociedad, que conlleva la etapa liquidatoria con la distribución final, y otra muy distinta es la transferencia de una parte social**⁷.

Resumiendo; en la ponencia que ofrezco concluyo en que el fallo citado se comparte parcialmente. Y ello así por cuanto, ante los distintos criterios imperantes tanto en la doctrina⁸ como en la jurisprudencia, debió la Cámara –con el voto del Dr. Butty- explayarse más sobre el tema y clarificar la cuestión, en procura de preservar el orden jurídico vigente en la actualidad como cuanto al momento del fallo.

⁶ CNCom., sala E, 10/10/96, LA LEY, 1998-D, 654, y Errepar, II, 028.004.002, 16. Más recientemente, CCivCom Santa Fe, sala II, 26/09/2005, Errepar, “Doct. soc. y conc.”, dic. 2005, p. 1579, con nota de YODICE, Alejandro, SOMAGLIA, Gabriel, Inaplicabilidad de la ley 11.867 de fondo de comercio a la transferencia de cuotas que representan el 100% del capital social.

⁷ CNCom., sala A, 17/04/79, LA LEY, 1979-B, 537

⁸ Favier Dubois (h) y Ricardo Nissen, “Negocio sobre partes, cuotas, acciones y otros títulos societarios”, Ad-Hoc. P. 73. Farina Juan, “Tratado de sociedades comerciales”, Ed. Zeus, t. II p. 262. Aznar, Vicente “Temas actuales de derecho comercial”, Ed. Editores Fondo Editoral, p. 483.

Nº 49:**SOCIEDAD ANONIMA SIMPLIFICADA EN LA LEY DE EMPRENDEDORES.**

Autores: Horacio P., Guillermo H. F. y Andrés A. GARAGUSO

Colegio de Abogados de Mar del Plata.

El sistema societario se integra con categorías de sociedades y tipos por el sistema de la ley General de Sociedades, Ley de Mediería tampera y la ley de emprendedores.

FUNDAMENTACIÓN.

La reciente sanción de la Ley de Emprendedores – que se concretó por la aprobación del senado el 29 de marzo de 2017 por voto unánime de los senadores presentes- introduce la denominada SOCIEDAD ANONIMA SIMPLIFICADA, a la que conforme el artículo 33 es creada como UN NUEVO TIPO societario, que no se inserta en el sistema de la Ley General de Sociedades, la que es de aplicación supletoria y solo cuando “las disposiciones...se concilien con los de esta ley”. Más allá de su caracterización como TIPO es evidente que no es un tipo de la ley General de sociedades ya que el alcance y las características se rigen exclusivamente por el sistema de la ley de emprendedores.-

Quienes han abordado el tema (Favier Dubois, en nota remitida a la “cofradía”), estiman que es un nuevo tipo social pero no un tipo de la ley de sociedades, por lo que me permito distinguir cuatro categorías de sociedades:

- 1) Sociedades de la sección cuarta de la ley 19550, que no constituyen un tipo sino una categoría,
- 2) Sociedades regulares de la ley 19550,
- 3) Sociedades Anónimas Simplificadas,
- 4) El contrato asociativo de explotación tampera conforme el régimen de los artículos 1 a 4 de la ley 25169.-

Con relación a este último sostuvimos en ponencia presentada al Encuentro 59 en La Matanza: “Más allá de la denominación y de la calificación como agrario y civil del contrato asociativo de explotación tampera en la ley 25169, el contrato que por la misma se regula no puede considerársele exclusivamente desde la perspectiva del derecho agrario, cuando los partícipes del mismo sean personas jurídicas y empresas dedicada a la industria láctea. El contrato asociativo de explotación tampera es un contrato pecuario y al mismo tiempo puede ser comercial o de empresa si seguimos la moderna denominación que contienen los Códigos Civiles contemporáneos, revistiendo la forma que la ley de sociedades asigna para las Uniones transitorias de empresas o Agrupamientos de colaboración empresaria, en cuyo caso será esta ley la que rija el plazo del contrato y condiciones de la actividad”. Si no adoptara la forma de uniones de empresas es una sociedad agraria con particularidades y constituye una categoría de sociedades paralela a las de la ley de sociedades y la de la ley de emprendedores.-

La explotación del tambo “se organizará a partir de la vigencia de la ley 25169, bajo el régimen contractual “especial” que crea para esa finalidad, adoptando la denominación de “contrato asociativo de explotación tampera”, el cual no se rige por la ley de sociedades sino que se le aplica el Código Civil y Comercial y las dudas se resuelven en el fuero civil, cuestión solo trascendente en la Capital Federal y Córdoba.-

De acuerdo con el artículo 2 de dicha ley, “es de naturaleza agraria” y configura una particular relación participativa”, de la que son partes el empresario titular “persona físico o jurídica que en calidad de propietario, poseedor, arrendatario o tenedor por cualquier título legítimo dispone del predio rural, instalaciones, bienes o hacienda que se afecten a la explotación tampera” y el “tambero asociado” que es “la persona física que ejecuta las tareas necesarias destinadas a la explotación del tambo, pudiendo para tal fin contribuir con equipos, maquinarias, tecnología, enseres de su propiedad y con o sin personal a su cargo. Dicha tarea es personal e indelegable”, lo que aproxima a este instrumento a la sociedad de capital e industria.-

El objeto queda limitado en principio a la producción de leche fluida, su traslado, distribución o destino (artículo 3 ley 25169). Mas allá de su carácter participativo poco es lo que se ha avanzado a fin de establecer si se trata o no de una persona jurídica.-

Con relación a la S. A. S. el artículo 34 de la LE dice que podrá ser constituida “por una o varias personas humanas o jurídicas quienes limitan su responsabilidad a la integración de las acciones que suscriban o adquieran”, todo ello sin perjuicio de lo reglado por el artículo 43, norma que establece que “los socios garantizan solidaria e ilimitadamente a los terceros la integración de los aportes”. Las S. A. S. unipersonales no pueden constituir ni participar en otras S. A. S. unipersonales.

En cuanto a su organización jurídica interna la construcción es convencional y deberán los socios disponer su estructura y funciones. La ley se limita a establecer las mayorías en el órgano de administración (singular o plural conforme el artículo 50) donde alcanza con la mayoría prevista en el contrato si asisten todos los componentes y en el órgano de gobierno donde se requiere asistencia del cien por ciento de

los socios y decisión unánime (artículo 49). Este órgano de gobierno es la “reunión de socios” que conforme el estatuto podrá ser presencial o concretada mediante procedimientos informáticos. No se descarta la consulta o cualquier otro modo que expresen la voluntad de los socios que garanticen su autenticidad (artículo 53).-

El órgano de fiscalización es facultativo desde que el artículo 53 in fine establece que “en el instrumento constitutivo podrá establecerse un órgano de fiscalización, sindicatura o consejo de vigilancia, que se regirá por sus disposiciones y supletoriamente por la Ley General de Sociedades 19550, en lo pertinente”.-

El capital se representa en partes que se concretan en acciones, que pueden ser escriturales, correspondiendo al instrumento constitutivo regular su contenido y condiciones de emisión (artículo 46).-

Estamos en presencia de una sociedad fuertemente desregulada a la que se llama tipo, pero cierto es que es una categoría de sociedad que admite dos tipos la SAS y la SAS UNIPERSONAL.-

Estas sociedades a las que se les atribuye un futuro promisorio respecto de las cerradas, no dejan de preocuparnos teniendo en cuenta los peligros que comportan para terceros. Estamos transitando un mundo cenagoso al que se suma la reforma de los artículos 255 y 284 de la Ley General de Sociedades por la ley 27290, conforme las cuales la sociedad anónima unipersonal puede tener directorio y sindicatura singular, alterando de esa forma la previsión que tuvo la reforma que acompañó al nuevo código civil y Comercial.-

Esta tendencia, fuertemente “panameña” esconde una tendencia a la desregulación del contrato de trabajo, a una “reducción del costo laboral”, bajo la apariencia del apoyo a los emprendimientos y será un mecanismo de reducir la carga impositiva con la posibilidad de compensar con anticipos financieros a empresas que “pueden ser propias o del mismo grupo” lo debido por impuesto a las ganancias.

Estaremos alerta a la reglamentación desde que en buena medida la operatividad seria de estas sociedades dependerá de la calidad de aquella.-

COMISIÓN IV
- DERECHO CONCURSAL -

N° 50:**ALGUNAS CONSIDERACIONES RESPECTO DE LA INSOLVENCIA DE ENTIDADES ASEGURADORAS Y LA ACTUACIÓN DE LA SUPERINTENDENCIA DE SEGUROS DE LA NACIÓN.**

Autores: Daniela Beatriz ARNOLFO RAPOPORT y Diego Alberto RAPOPORT ARNOLFO

Instituto de Derecho Comercial “Angel M. Mazzetti” del Colegio de Abogados de Lomas de Zamora.

“La liquidación forzosa de una compañía de seguros en diciembre último y la precariedad en el funcionamiento y liquidez de varias empresas aseguradoras obliga a plantear soluciones para los afectados por estas circunstancias”.

1. INTRODUCCIÓN:

La actividad aseguradora en la República Argentina se rige principalmente por tres Leyes: 17.418, 20.091 y 22.400, las que a los fines de este trabajo deben articularse con el Reglamento General de la Actividad Aseguradora (Resolución N° 38708/2014 de la Superintendencia de Seguros de la Nación), la Ley 24.449 y la Resolución 34.225/2009 de la Superintendencia de Seguros de la Nación.

- 1.1 Ley 17.418. Regula el Contrato de Seguro y el de Reaseguro. Vigente desde 1967
- 1.2 Ley 20091. Establece el marco regulatorio a la actividad aseguradora y reaseguradora. Detalla deberes y facultades de la Superintendencia de Seguros de la Nación. Vigente desde 1973
- 1.3 Ley 22.400. Regula la actividad de los Productores – Asesores de Seguros
- 1.4 Resolución 38708/2014 de la Superintendencia de Seguros de la Nación. Reglamenta ciertos artículos de la Ley 20091. Entre ellos su artículo 26 contemplativo de las tarifas de las primas, artículo 30 referido a capitales mínimos a acreditar y artículo 33 acerca de las Reservas Técnicas
- 1.5 Ley 24.449. Ley Nacional de Tránsito. En su artículo 68 impone el Seguro Obligatorio Automotor

1.6 Resolución 34.225/2009 de la Superintendencia de Seguros de la Nación. Regula los requisitos básicos del seguro obligatorio automotor

2. LA SUPERINTENDENCIA DE SEGUROS DE LA NACIÓN.

La principal función de esta entidad autárquica dependiente del Ministerio de Hacienda y Finanzas Públicas es supervisar el mercado de seguros y reaseguros dentro del territorio de la República Argentina con el fin de garantizar un mercado estable y eficiente. ES LA AUTORIDAD DE CONTROL

En ese marco, es la Superintendencia quien:

- Dicta resoluciones generales de conformidad con las leyes 20.091, 22.400 y 24.449 entre otras
- Otorga autorización para operar a las entidades aseguradoras que se constituyan en el territorio de la Nación, así como a las sucursales o agencias de sociedades extranjeras que quieran operar en seguros en el país, y de igual manera autoriza las modificaciones a los estatutos, los aumentos de capital y la incorporación de ramas de seguros.
- Fiscaliza la conducta de productores de seguros, agentes, intermediarios, peritos y liquidadores no dependientes del asegurador
- Recibe denuncias de asegurados, las analiza y resuelve
- Tiene a su cargo el Registro de Entidades de Seguros, de Antecedentes personales y de Sanciones
- Asume la liquidación forzosa de las entidades aseguradoras en caso de haber el propio organismo de control revocado la autorización para operar

En resumen: Autoriza, Investiga, fiscaliza, supervisa y liquida a las entidades aseguradoras.

3. EL “SEGURO OBLIGATORIO AUTOMOTOR”

Cobra especial relieve la problemática en análisis ya que tal como lo dispone el artículo 68 de la Ley 24.449 “Todo automotor, acoplado o semiacoplado debe estar cubierto por seguro, de acuerdo a las condiciones que fije la autoridad en materia aseguradora, que cubra eventuales daños causados a terceros, transportados o no”.

Actualmente la Póliza básica del Seguro obligatorio automotor se encuentra encuadrada, tal como adelantáramos, en la Resolución de la Superintendencia de Seguros de la Nación N° 34.225/2009.

De estas normas surge en definitiva la idea de “función social del seguro” con el objeto de la reparación de los daños que puedan causarse por el vicio o riesgo propio de un rodado que en gran parte de los supuestos resultan de elevada cuantía en atención a los daños provocados.

En definitiva, siendo el Estado quien exige la contratación de un seguro debería hacerse especial hincapié en que sea éste quien vele por la integridad y defensa patrimonial de todos los sujetos involucrados en la relación contractual, ya que de otra manera no se estaría cumpliendo con la finalidad de la propia norma.

Lejos de esto, es la Superintendencia de Seguros de la Nación una entidad que ha afrontado en los últimos tiempos reclamos por su pasividad, inacción, ineficacia o falta de resultado en los controles a su cargo, llegando causas a la justicia como por ejemplo los autos “Morilla Romalia Sara c/ Estado Nacional – Superintendencia de Seguros de la Nación y otros s/ Daños y Perjuicios”, con sentencia de la Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, en el que se resolvió que “La Superintendencia de Seguros de la Nación debe reparar el perjuicio generado por incumplimiento de sus deberes como órgano de control sobre el actuar ilícito de las aseguradoras, que impidió al actor el cobro de una indemnización”.

En el año 2007 la Auditoría General de la Nación presentó un informe a la Superintendencia de Seguros de la Nación basado en un trabajo de campo realizado durante los años 2003 y 2005 en esa autoridad de control.

Transcribimos a continuación un párrafo de dicho Informe, cuyo objeto fue “verificar los controles efectuados por la Superintendencia de Seguros de la Nación sobre Compañías aseguradoras”.”4.3. SELECCIÓN DE ENTIDADES A FISCALIZAR. Según información relevada en las tareas de campo las compañías a ser inspeccionadas son seleccionadas por el Superintendente, esto determina una inspección de balance denominada de rutina. Dicha selección la realiza asistido por la aplicación de Indicadores económicos y financieros que confecciona la Gerencia de Evaluación en base a las cifras de los balances de las entidades, como así también por Indicadores de gestión (ratios) y sus respectivos rangos creados por la Resolución N° 27.198/99 cuyo objeto se transcribe textualmente....”permitan a la autoridad de control adoptar medidas conducentes a evitar que las aseguradoras presenten situaciones deficitarias en el cumplimiento de relaciones técnicas requeridas por las normas vigentes....”

En el mismo informe, la AGN concluyó que en los procedimientos de auditoría utilizados, la Superintendencia de Seguros de la Nación “solamente verificó rubros del Activo en las inspecciones de rutina que realizó a las aseguradoras”. Fue con posterioridad a los Balances cerrados al 31/12/2004 que el Superintendente comunicó a la Gerencia de Inspección que “deberían constatar la coincidencia de los datos volcados en el Registro de actuaciones judiciales de las aseguradoras, con el soporte magnético correspondiente al estado de la cartera de juicios y mediaciones, como así también corroborar la inclusión de las causas que surjan de la base obrante en dicha Gerencia y, en caso de corresponder, de las informadas por la Excmá Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y en lo Comercial, ambos procedimientos tendientes a verificar el pasivo de las sociedades”.

Agregamos los ponentes que conocer el pasivo de los balances implica conocer, entre otros, la cantidad de siniestros pendientes, de siniestros liquidados a pagar o de siniestros ocurridos y no denunciados.

Recordamos que el artículo 33 del Reglamento General de la Actividad Aseguradora establece de manera pormenorizada un sistema de reservas técnicas obligatorias para las entidades aseguradoras,

que contempla los riesgos en curso, las Reservas técnicas por Insuficiencia de Primas y los Siniestros pendientes tanto en juicio como en instancia de mediación.

Los ejemplos mencionados ut-supra y los últimos -y de público conocimiento- acontecimientos en el mercado asegurador indican que no siempre la autoridad de control llega a tiempo para evitar la descapitalización de las aseguradoras, su infracapitalización, su insolvencia, su imposibilidad de integrar capital, de integrar reservas o de llegar a liquidaciones forzosas.

Antes bien, no escapa a nuestras reflexiones el hecho de que sin un argumento fácilmente asequible, la Superintendencia de Seguros de la Nación resolvió mediante la Resolución 38495/2014 revocar la autorización a la aseguradora Caledonia Argentina Compañía de Seguros S.A. para operar en los ramos Seguro de caución, Seguro de Incendio, Seguro de cristales, Seguro de granizo, Seguro técnico, Seguro de Riesgos varios, Seguro de Robo y Riesgos similares, Seguros integrales y/o combinados, **y autorizarla a operar en el Ramo Seguro de vehículos automotores y/o remolcados que justamente es el de mayor siniestralidad dentro de todos los ramos, y consecuentemente mayor cantidad de pasivos genera a las compañías aseguradoras.**

Asimismo, en esa aseguradora se volcó la mayor parte de la cartera de asegurados de la recientemente liquidada de manera forzosa Aseguradora Federal Argentina S.A., esto claro, en los meses previos a la medida tomada por la Superintendencia de Seguros de la Nación mediante Resolución 40271/2016 luego de que la intimada no pudiera reintegrar capital por la suma de SEISCIENTOS TREINTA Y UN MILLONES TRESCIENTOS SESENTA MIL QUINIENTOS OCHENTA Y DOS PESOS.

Corre un fuerte rumor en el mercado asegurador acerca de la conexión entre ambas aseguradoras.

Tampoco nos deja de llamar la atención lo que surge del artículo 30 del Reglamento General de la Actividad Aseguradora, que fija “para las entidades de seguros constituidas y autorizadas al 31 de julio de 2016 un capital mínimo a acreditar de treinta millones de pesos para compañías que operen en el ramo automotor y dieciocho millones de pesos para aquellas que aseguren motovehículos. Hoy un punto de incapacidad física se indemniza judicialmente en aproximadamente once mil pesos. Saquemos nuestras propias conclusiones...

4. LAS LLAMADAS “POLÍTICAS” DE LAS COMPAÑÍAS ASEGURADORAS.

A los puntos analizados hasta aquí se suman las estrategias de algunas compañías de seguros para posponer las obligaciones a su cargo, generando un detrimento en los perjudicados por un siniestro.

En efecto, si bien no es reprochable que cada empresa aseguradora elabore sus propias pautas comerciales, es de práctica habitual para ciertas compañías generar “políticas” respecto a la tramitación de siniestros que devienen en perjuicios hacia sus propios asegurados o hacia los terceros.

En el ejercicio profesional cotidiano nos hemos encontrado con algunas de ellas, como por ejemplo: “no se abonan siniestros de daños materiales cuyo presupuesto no supere determinada suma”; “los reclamos extrajudiciales se abonan en un plazo de 30 días y los reclamos en mediaciones a 90 días”; “las

franquicias se reconocen en un 60%, por más que el asegurado tenga plena responsabilidad”; “sólo se abonan sentencias firmes”.

Va de suyo que el remedio que asiste al perjudicado por estas políticas internas es efectuar la correspondiente denuncia ante la autoridad de control. Sin embargo, los relevamientos efectuados en la Superintendencia de Seguros de la Nación han arrojado como resultado que no siempre las denuncias son gestionadas con la celeridad y seriedad que devienen necesarias, fundamentalmente tomando en cuenta que la mayoría de las denuncias refieren a entidades que a la postre resultan poco solventes y a la vez incumplidoras de las normativas vigentes respecto justamente al órgano de control y fiscalización.

Se hace necesario entonces implementar un sistema que tienda tanto a velar por la buena fe comercial con la que se debe actuar en el contexto del contrato de seguro, como a la prevención de un daño que en casos como los de análisis se configura como dijimos en dos sentidos: hacia los terceros y hacia los asegurados.

5. Otro punto de análisis es que si bien es cierto que hay compañías aseguradoras que trabajan con una relación prima (premio) – cobertura por lo menos sospechosa, también lo es que no se puede exigir que los “asegurables” sean especialistas en la formación de los valores de dichas primas, ni analistas de riesgos. Para ello recordemos que el artículo 26 de la Ley 20.091 realiza un exhaustivo análisis y pormenorizada prescripción acerca de la formación de primas y de la actuación en la misma de actuarios y otros especialistas en la materia.

Por ello creemos que no se le puede endilgar al asegurado el no haber previsto las consecuencias del pago de un premio formado por una entidad que posee una clara superioridad técnica respecto de su asegurado, quien además tiene en la relación jurídica la posición de consumidor en los términos del art. 42 de la Constitución Nacional y de la Ley 24.240 y sus modificatorias y del Código Civil y Comercial de la Nación.

No debemos tampoco dejar de lado que en gran cantidad de operaciones participan productores asesores de seguros que perciben una comisión por su labor, y que son quienes por un lado recomiendan al asegurado determinada compañía y cobertura y por otro lado tienen el trato directo con un broker o con la aseguradora enterándose de antemano situaciones patrimoniales determinadas, vuelcos de activos entre aseguradoras, y otras “perlas” del mercado asegurador.

6. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

6.1 Proponemos de *lege ferenda* la creación de un fondo de reserva cuya administración se encuentre a cargo de la Superintendencia de Seguros de la Nación, compuesto por diferentes recursos, entre ellos el aporte de las entidades aseguradoras, sin que de modo alguno se traslade el costo al asegurado. El fondo se utilizaría para responder ante la eventual liquidación forzosa de alguna entidad aseguradora. Similar fondo de reserva se encuentra hoy contemplado en el artículo 34 de la Ley de Riesgos del

Trabajo para las ART en liquidación, y cuya administración se encuentra a cargo de la Superintendencia de Seguros de la Nación.

6.2 Toda vez que hoy la Superintendencia de Seguros de la Nación **autoriza el funcionamiento, regula la actividad, investiga, fiscaliza, supervisa y liquida a las entidades aseguradoras**, proponemos que estas entidades puedan ser declaradas en quiebra de un modo similar a lo previsto en el art. 50 y siguientes de la ley 21.526 y sus modificatorias, adecuando el procedimiento a la naturaleza de las entidades aseguradoras, ello a los fines de evitar que quien **autoriza, investiga, fiscaliza y supervisa** también actúe como liquidador. Para ello se propone la modificación del artículo 51 y concordantes de la Ley 20.091.-

Nº 51:

PROBLEMÁTICA QUE PRESENTA EL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN EN ORDEN AL CONCURSO DEL PATRIMONIO DEL FALLECIDO Y EL JUEZ COMPETENTE EN MATERIA CONCURSAL TRATÁNDOSE DE UNA PERSONA HUMANA.

Autor: Ricardo Daniel SOSA AUBONE.

Colegio de Abogados de La Plata.

1. Patrimonio del fallecido: el C.C.C.N. amplía el elenco de excepciones al presupuesto objetivo. El art. 2 de la ley 24.522 -en adelante L.C.- contempla la situación que genera el fallecimiento de un deudor cuyo patrimonio está en crisis, al permitir el concursamiento del *“patrimonio del fallecido, mientras se mantenga separado del patrimonio de los sucesores”* (art. 2, inc. 1, L.C.).

Ello no significa que quien ya no tiene personalidad la recupera, ya que el patrimonio del fallecido es objeto de derecho y no sujeto de derecho.¹ Ahora bien, la norma precitada requiere que el patrimonio del causante se mantenga separado del patrimonio de los sucesores.

En el Código Civil, a partir de la reforma del dec. ley 17.711/68, la herencia era aceptada con beneficio de inventario como regla, siendo la responsabilidad ilimitada del heredero la excepción. Así, el art. 3363, párrafo primero, establecía la presunción de la aceptación bajo beneficio de inventario. Estos efectos se podían perder ante la realización de actos prohibidos, o por no hacer el inventario dentro del plazo de tres meses desde que fue intimado judicialmente el heredero.

El Código Civil y Comercial de la Nación elimina la distinción entre aceptación lisa y llana y con beneficio de inventario, al igual que la acción de separación de patrimonios (arts. 3433 y 3445 del código derogado), estableciendo la responsabilidad limitada del heredero como principio (art. 2317) y una preferencia en el cobro para los acreedores del fallecido, los acreedores de la sucesión (cargas del sucesorio) y los legatarios, sobre los bienes de la herencia, desplazando a los acreedores de los herederos (art. 2316).

¹ El art. 2360 del C.C.C.N. prescribe que la masa indivisa insolvente puede someterse a concurso preventivo o quiebra, a solicitud de los copropietarios de la masa o de los acreedores, y de acuerdo con las disposiciones de la ley concursal, en cuyo caso se aplica el art. 8, L.C..

Así el art. 2317 establece que el heredero queda obligado por las deudas y legados de la sucesión sólo hasta la concurrencia del valor de los bienes hereditarios recibidos. En caso de pluralidad de herederos, éstos responden con la masa hereditaria indivisa.

En consecuencia, ya no hay aceptación bajo beneficio de inventario, ni pura y simple, sino que hay una sola aceptación que trae consigo la responsabilidad limitada del heredero, aunque separa los patrimonios del causante y del heredero al modo del beneficio de inventario. El heredero sólo responde con sus propios bienes cuando no hace el inventario dentro de los tres meses que fue intimado judicialmente a su realización, oculta fraudulentamente los bienes de la sucesión omitiendo su inclusión en el inventario, exagera dolosamente el pasivo sucesorio o enajena bienes de la sucesión a precios no convenientes y sin que el precio ingrese a la masa (art. 2321, C.C.C.N.).

La indivisión hereditaria cesa con la partición. Si la partición incluye bienes registrables, es oponible a terceros desde su inscripción en los registros respectivos (art. 2363, C.C.C.N.).

No obsta a la petición el hecho de que la cesación de pagos se haya producido luego del fallecimiento.

En cuanto al presupuesto objetivo, el art. 2360 del C.C.C.N. establece que *“En caso de desequilibrio patrimonial o insuficiencia del activo hereditario, los copropietarios de la masa pueden petitionar la apertura del concurso preventivo o la declaración de quiebra de la masa indivisa, conforme a las disposiciones de la legislación concursal. Igual derecho, y de acuerdo a la misma normativa, compete a los acreedores”*. Dicha norma viene a ampliar el presupuesto objetivo (cesación de pagos), a situaciones de mero desequilibrio patrimonial o insuficiencia del activo que conforma la herencia.

CONCLUSIÓN: Dicha norma amplía el elenco de excepciones que establece el art. 1 -sin perjuicio de las que pueden surgir de los arts. 4, 68, 160 y 161, L.C.- en el caso del patrimonio del fallecido, que se puede concursar estando en cesación de pagos, en caso de desequilibrio patrimonial o insuficiencia del activo hereditario.

2. Juez competente en materia concursal. Persona humana. Cambio de domicilio. Limitaciones. El concurso de las personas humanas debe iniciarse ante el juez del lugar de la sede de la administración de sus negocios; es decir, el del lugar en que dirige sus actividades (lugar donde se halla el centro de su organización administrativa y contable).²

² La solución legal presume que el lugar de la actividad del concursado es el que se encontrará más próximo a los acreedores, facilitando la concreción de los principios que inspiran la ley concursal y asegurando la adecuada concurrencia de la masa de acreedores en igualdad de condiciones (Heredia, Pablo D., “Tratado Exegético de Derecho Concursal”, Abaco, t. I, pág. 265) (Cám. Civ. y Com. 2da., Sala I, La Plata, 117.818, 18/11/2014, “Monti, Guillermo José s/Quiebra pequeña”, RSD. 245/2014).

Si dicho deudor está matriculado como comerciante o empresario, dicho lugar cobra relevancia a los efectos de inferir la ubicación de la sede de administración de los negocios (CSN, Comp. 68.XXII, “Muñoz, Miguel”, 14/7/92).

Si tuviere varias administraciones es competente el juez del lugar de la sede de la administración principal o del establecimiento principal.

En caso que no pudiera determinarse cuál es la administración principal, será competente el juez que hubiere intervenido primero (preventido).

A falta de sede de administración, será competente el juez del lugar del domicilio del deudor (residencia habitual).

Cabe tener presente que la persona humana tiene domicilio real en el lugar de su residencia habitual. Si ejerce actividad profesional o económica lo tiene en el lugar donde la desempeña para el cumplimiento de las obligaciones emergentes de dicha actividad (art. 73, C.C.C.N.), lo cual cobra especial relevancia cuando el deudor cambia de domicilio a un lugar alejado del centro de sus actividades.

CONCLUSIÓN: Si la persona humana cambia de domicilio real a un lugar alejado de donde ejercía su actividad profesional o económica, tal cambio no es relevante a los efectos de determinar la competencia en materia concursal, ya que prima el lugar donde ejerció la actividad profesional o económica para el cumplimiento de las obligaciones emergentes de dicha actividad.

Nº 52:
**LA MODIFICACIÓN DE VARIABLES MACROECONÓMICAS INFLUYE DIRECTAMENTE EN
 LOS PROCESOS CONCURSALES Y FALENCIALES.**

Autor: Dr. PIZZANO, Germán.

Colegio de Abogados de Quilmes.

Introducción:

Esta ponencia se plantea como una hipótesis de trabajo que se confronta con la realidad económica, social y jurídica. La observación objetiva y empírica de la historia económica del pasado reciente –y de la actualidad- corrobora la hipótesis en épocas de apreciación cambiaria y de bajas barreras arancelarias.

El Análisis Económico del Derecho¹, nos permite relacionar oscilaciones de algunas variables macroeconómicas y conocer su repercusión social y jurídica.

Resulta interesante la observación multidisciplinaria de cómo variaciones en el tipo de cambio repercute en la actividad económica de manera diversa.

Durante la década de los años 1990, la apertura económica sumada al atraso cambiario –Ley de Convertibilidad²- tuvo como consecuencia un profundo saldo negativo de la balanza comercial, con un boom importador de bienes de consumo –o finales- a precios de dumping, la industria manufacturera local quedó fuera de competencia y productores, proveedores, distribuidores y minoristas quedaron expuestos a una crisis extrema.

La industria textil sintió la crisis en todos los niveles: desde las grandes corporaciones como Alpargatas³, atravesando toda la industria de producción y comercialización de indumentaria, hasta el

1-Miguel Agustín Torres. Ámbito Jurídico.

2-La **Ley de Convertibilidad del Austral**, Ley 23.928, fue sancionada el 27 de marzo de 1991 por el Congreso de la República Argentina, durante el gobierno de Carlos Menem, bajo la iniciativa del entonces Ministro de Economía Domingo Cavallo, y estuvo vigente durante casi 11 años. Establecía a partir del 1 de abril de 1991 una relación cambiaria fija entre la moneda nacional y la estadounidense, a razón de 1 dólar estadounidense por cada 10.000 australes o posteriormente un Peso convertible. Exigía la existencia de respaldo en reservas

3- La compañía fundada en 1889, que pertenecía a las familias Gotelli, Clutterbuck y Zavalía Lagos, comenzó su declive cuando en los noventa debió enfrentar la competencia de productos importados de China y Brasil. A fines de 1998, Alpargatas inició una reestructuración de una deuda que ascendía a 638 millones.

pequeño taller. Actualmente, el atraso cambiario y las bajas barreras arancelarias lamentablemente genera escenarios similares, basta para ello recorrer páginas de la actividad industrial: INTI, FLACSO, Cámaras Empresarias, Cámara Industria Argentina de la Indumentaria, etc.

El caso:

Brukman es una de las empresas recuperadas más conocidas del país por la repercusión pública que tuvo su proceso de recuperación. Esta fábrica textil para sobrevivir a la apertura comercial de los 90', introdujo nuevas modalidades de gestión y contratación de la mano de obra, así como nuevas tecnologías para incrementar la producción. En definitiva no pudieron resistir la apertura económica, al igual que otras ramas de la industria: calzados, metalmecánica, autopartista, alimenticia y otras.

Hacia fines de los noventa se verificó la existencia de un fenómeno económico muy particular: la deflación –o inflación negativa–: es un descenso generalizado y auto sostenido de los precios de la economía. Es decir una gran caída del consumo como consecuencia de la caída de la demanda agregada, con un aumento importante en el desempleo. La falta de demanda –a un nivel de oferta constante– empuja los precios a la baja.

A partir de 1998 se suspendieron los aportes de las cargas sociales y a mediados de 2000 comenzaron los problemas con el pago de salarios.

Se decreta la quiebra de la empresa en los autos: “BRUKMAN HNOS. S.A. s/QUIEBRA” Expediente Nº: 77976/1996, actualmente en trámite y en letra en el Juzgado Nacional Nº: 25 Secretaría Nº: 49 de Capital Federal.

Estos hechos desembocaron en diciembre del 2001 en la ocupación de la empresa. El 18 de diciembre del 2001, después de haber recibido un vale de dos pesos y una suspensión, un grupo de trabajadores decidió exigir el pago de un vale “digno” que les permitiera, al menos, regresar a sus casas. Esta situación desencadenó el abandono de la patronal y la decisión de los trabajadores de permanecer en la fábrica. Un mes después decidieron volver a poner en funcionamiento las máquinas y empezar a producir.

Paralelamente comenzó un proceso legal orientado a legalizar la recuperación de la fábrica, vía la Legislatura de la Ciudad de Buenos Aires. Para ello se elaboró un proyecto de ley en el que se solicitó la estatización de la fábrica bajo control obrero, ya que, a diferencia de la mayoría de los otros casos de empresas recuperadas, los trabajadores de Brukman rechazaban la conformación de una cooperativa ya que la consideraban poco sostenible en el tiempo. Sin embargo el proyecto de ley fue rechazado, y Brukman quedó en una situación de mucha precariedad legal.

La salida de la convertibilidad con la devaluación positiva del tipo de cambio –Ley 25.561 y Decreto PEN 214/2002– tuvo un efecto protectorio sobre la producción de la industria textil con el florecimiento de numerosos talleres en Pergamino y el gran Buenos Aires, esta nueva situación de florecimiento que también incluyó a la fábrica Brukman: los trabajadores tenían buenos y productivos motivos para resistir.

Este contexto condujo a que los trabajadores resistieran tres desalojos, siendo el tercero de ellos, el que generó una de las movilizaciones más importante en solidaridad con una fábrica recuperada. Pese a esto los trabajadores no lograron reingresar a la fábrica, teniendo que quedarse varios meses/ acampando en la calle. A fines de 2003, el prolongado conflicto encontró una solución transitoria. La Legislatura expropió temporalmente Brukman y la entregó en comodato a la cooperativa “18 de Diciembre”, conformada por sus trabajadores. Hoy los 62 socios de la cooperativa se encuentran nuevamente trabajando.

Ahora Brukman Cooperativa de Trabajo 18 de Diciembre se encuentra operativa produciendo, y desarrollando la venta minorista, mayorista y a fason, de trajes, chalecos, sobretodos y uniformes para empresas.⁴ Su forma de organización horizontal, sin jerarquías, donde el desempeño de cada uno resulta exigente es objeto de otro trabajo, de un estudio de gestión de recursos humanos.

Otros casos:

En la actualidad Informativa Fueguina Sociedad Anónima (IFSA) y Boris Garfunkel e Hijos (BGH) dejan cesantes a cientos de trabajadores y se encuentran cerca de la cesación de pagos, el cierre de establecimientos y con rumores de quiebra por la interrupción del programa Conectar Igualdad y la quita de aranceles a la importación de notebooks y similares. Los comerciantes minoristas de Mendoza también se encuentran en crisis por la caída de las ventas debido a la competencia de los comerciantes chilenos según la Federación Económica de Mendoza (FEM).

Sin duda la política económica tiene un impacto directo en las diversas actividades (industriales, comerciales, agropecuarias, etc) sea para favorecerlas o para perjudicarlas.

Conclusión:

Estimo que no hace falta incurrir en un enfoque inductivo para verificar la hipótesis de trabajo, ya que la hipótesis: al verificarla con la realidad se confirma en distintos casos y en diversas ramas de la actividad económica.

4- Página web de la empresa.

Nº 53:
**EL VERDUGO CONSTANTE DE LOS PROCESOS CONCURSALES:
LA BANALIZACIÓN DE LOS PLAZOS**

Autor: Marcelo A. DAVID¹

Colegio de Abogados de La Plata

Es usual advertir que en los procesos concursales de supuesto orden público y pretense corte inquisitivo, todas las partes y funcionarios –de todas las instancias- abonan sin reparos ni temores en violentar, incumplir y hasta “pisotear” los plazos que deberían gobernar la temporalidad “pública” de los procesos concursales. Y lo que es peor nadie asume los costos de ese destrato temporal, que recaen en las ya menguadas expectativas de cobro de los acreedores concursales.

SUMARIO:

Es indudable que un proceso concursal carente de limitaciones temporales atenta contra su propia télesis. Asimismo es frecuente ver en nuestra provincia de Buenos Aires y en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires como los plazos en los procesos concursales -en sentido general- son traspasados sin el claro aval normativo pero con la complicidad de los juzgados y tribunales intervinientes.

Quienes debieran hacer cumplir los límites temporales y de orden público impuestos por el proceso concursal son quienes a mi criterio con una mirada demasiado flexible colaboran con el agravamiento de la insolvencia de los actores concursales en función de la indudable **banalización de los plazos impuestos**. Adelantando que a) una insolvencia sin contención temporal en la gran mayoría de los casos desencadenará una insolvencia más costosa, una insolvencia que solo tendrá como finalidad en su caso fomentar la imposibilidad de cobro o directamente la licuación en el tiempo de las acreencias registradas en el pasivo de dichos sujetos.

¹ El autor es Abogado graduado en la UNLP. Especialista en Derecho de la Empresa UNLP. Secretario del Instituto de Derecho Comercial del CALP. Profesor Adjunto ordinario de Comercial II (Derecho Concursal y títulos valores de la FCJyS UNLP), Profesor adjunto de Derecho Privado II (FCE UNLP), Profesor adjunto Derecho Societario Universidad del Este, Auxiliar docente Derecho Comercial I FCJyS UNLP.

Sumado a ello observamos como b) los complacientes directores de los procesos concursales avalan la transgresión de los diques temporales de contención de los procesos concursales legalmente establecidos, siendo los mismos quienes luego no exigen la subsanación de los efectos perniciosos del paso del tiempo en el marco de la insolvencia. Agravando la curva de efectos negativos e incluso alejando las razonables y ecuanímes pautas de un acuerdo legal.

Claro que la crisis al respeto y acatamiento de los plazos de orden público fijados en el proceso concursal debería en algún caso concreto y con interpretación restrictiva ser traspasados; pero dicha licencia debería tener su reparación, puesto que de lo contrario solo el agravamiento y mayor costo en cabeza de los acreedores será la esperada y no deseada consecuencia.

Es ese marco y dentro de este humilde trabajo debemos adelantar también que c) las excepciones en materia concursal temporal son regla, siempre que hay posibilidad de dar un plazo de gracia o extensión, ya ese plazo ha pasado a ser adquirido por la práctica concursal como posible y fácilmente otorgado por la magistratura. Los días para ordenar la demanda concursal, los días de gracia al vencimiento del periodo de exclusividad, los días de gracia para liquidar el activo en el marco de la quiebra -que ni siquiera se asientan ni tratan- entre otros de los más populares son regla no escrita aunque se pretende sostener lo contrario.

Estas son algunas concretas referencias a un diagnóstico que viene pronosticando el concreto agravamiento de la insolvencia y por ende un mayor y marcado perjuicio a los acreedores verificados y declarados admisibles que de este modo ante el otorgamiento de mayores plazos o vías, ven sin dudas menudadas sus posibilidades de percibir sus acreencias en tiempo y forma.

Claro que d) en nada el legislador colabora con el respeto de los plazos procesales de orden público establecidos en la ley falencial, si pretende en cada reforma por ejemplo sostener los 4 meses con más un plazo de gracia de 90 días -desde que se encuentra firme la sentencia de quiebra art. 217 LCQ - que otorga a los jueces para perfeccionar las enajenaciones previstas en los artículos 205 a 213 y 214 parte final-. Decimos que no ayuda al tratamiento el hecho de establecer plazos que se sabe de antemano al menos en la provincia son incumplibles, primero porque en muchos casos los síndicos no activan las enajenaciones como lo marca la ley, segundo porque los jueces si lo hacen lo perfeccionan luego de haber vencido con creces los 4 meses fijados, y a ello se suma el hecho de las burocráticas tramitaciones previas que se exigen y que deberían en parte revisarse para perfeccionar una subasta en menores tiempos -adelantando que la informática en estos casos en la faceta preparatoria con los organismos requeridos serviría en mucho para acortar los plazos de subastas-.

Sumado a ello el legislador establece como sanción de incumplimiento a esta pauta temporal liquidativa la remoción de síndico y enajenador, y en su caso, establece que dicha violación se considerará mal desempeño grave para el magistrado. De la que somos atentos concedores pero que todos conocemos su insignificante aplicación.

Pauta que por mucho tiempo tuvo como justificación la mentirosa continuación de las empresas en quiebra por parte de cooperativas de los propios trabajadores, que desde siempre me he mostrado descreído y el tiempo me ha ido dando en la gran cantidad de casos la razón: agravamiento de la situación patrimonial injustamente extendida en el tiempo a costa de los acreedores.

Así es como llegamos a sostener que el plazo concursal está banalizado, por cuanto los plazos establecidos no se respetan, porque los plazos establecidos en una gran cantidad de veces no establecen sanciones para los magistrados ni sus auxiliares, no establecen agravamientos para la propuesta, o lo contrario se establecen plazos incumplibles con las sanciones más graves -las que demás está decir no se aplican en función de resultar el plazo incumplible-. Y como nota de color se suma a estos datos analizados, el hecho de que los expedientes concursales cuando ascienden a la instancia y porque no en materia de competencia llegan usualmente a la CSJN coronan la demora con meses y años en algunos casos, claro que desconfigurando toda su tramitación.

Para tratar un caso de la realidad actual tomemos el concurso preventivo de la firma "Correo Argentino" y advertiremos que el plazo concretamente establecido para el periodo de exclusividad ha sido violentado por un salvataje que no se otorgó -a mi criterio injustamente- en primera instancia y que luego la Alzada lo concedió, salvataje que no puede tampoco eternizarse en el tiempo y que conforme lo normado por los arts. 48 y 48 bis LCQ a la fecha se debía haber decretado desde hace tiempo la quiebra. Donde la Alzada interviniente no solo conoce y sabe que posee TODOS LOS PLAZOS VENCIDOS AUN DEL PROPIO SALVATAJE y sin embargo el proceso continúa con fijación y suspensiones de audiencias interminables a pedido de las partes, ordinizando la instancia superior, violando todo tipo de plazos e incluso a la postre burlándose de todos y cada uno de los participantes, al punto de desprestigiar incluso la previsibilidad y orden que debe gobernar un proceso concursal.

El proceso concursal necesita orden y previsibilidad so pena de fracasar en sus más tímidas intenciones.

El proceso concursal necesita ser serio, previsible, temporal e igualitario; siendo innecesarias nuevas vías, o fallos resonantes de las instancias superiores que llegan a los años y años de cuando concretamente el proceso necesitaba de ellos, todos deben ajustarse y respetar las pautas temporales del proceso. Con qué sustento moral una Cámara puede sancionar a un concursado que no cumplió por horas con un plazo, cuando para fallar en la mayoría de los casos se toman meses y meses. Debemos entre todos aunar criterios morales y respetar los plazos establecidos para que el proceso sea eso, y no una serie de "principios" discrecionales dependientes de la voluntad atemporal de una Cámara departamental.

Conclusión:

Entonces que no nos sorprenda que el tratamiento a la fecha de cura a la banalización agravada y con recaída de los plazos concursales tenga como resultado un tratamiento deficiente y discrecionalmente signado por violaciones incluso prolongadas a los plazos que terminan eternizados a años y años sin solución con claro perjuicio para todos los interesados en un proceso concursal efectivo. Los costos incluso resultan variados: a) desprestigio del proceso concursal; b) desprestigio de la justicia en su conjunto que no obstante advertir los graves y reiterados incumplimientos de sus integrantes nada hace al respecto, c) de la economía que posee entre sus participantes a patrimonios insolventes y que solo se purgan de la misma una vez cronificando el incumplimiento y dinamitada toda posibilidad concreta de salvaguardar su funcionalidad -mucho menos sus puestos de trabajo-, d) incobrabilidad casi absoluta de los acreedores partici-

pantes y cada vez más descreídos de un proceso al que ni siquiera les gustaría tener que transitar, e) por último la tendencia que marca la atemporalidad discrecional de las previsiones temporales en el escenario concursal, se transforman en el verdugo silencioso y constante de los procesos concursales.

Nº 54:
EL TEMA DE LOS INTERESES EN EL CONCURSO.
CÓMO “LO ESENCIAL PUEDE SER INVISIBLE A LOS OJOS”¹

Autor: Marisol MARTINEZ

Instituto Derecho Comercial Colegio de Abogados de Morón

La suspensión de intereses para algunos créditos, adquiere la dimensión de estrategia concursal –entre otras–, enderezada a uniformar créditos y aportar desahogo temporal al concursado, pudiendo libremente el acreedor prestar o no conformidad a la propuesta de acuerdo que le dirija el concursado, en forma independiente de las sumas por las cuales se le haya verificado o declarado admisible su crédito, y sin que los intereses suspendidos por efecto del concurso o la quiebra resulten renunciados.

La ley 24522, de concursos y quiebras, vigente contempla múltiples estrategias procesales, algunas tradicionales y otras que resultaron novedosas en oportunidad de su sanción.

Desde este punto de vista se ha destacado que, diferenciándose de la impronta eminentemente procesal que caracterizó a la ley 19551, la ley 24522 pone en el centro de la escena la estrategia concursal, la actividad del concursado acordando con sus acreedores.

La ley concursal desde su redacción originaria consagra en su literalidad una declamada libertad de contenido para la propuesta por parte del concursado², y para el acuerdo³ al que arribara con sus acreedores, aparte de la posibilidad del ofrecimiento por personas distintas del concursado en los casos en que el concursado tiene acceso al “salvataje”, “cramdown”⁴, “supuestos especiales”⁵ o “período de concurrencia” –o de negociación potencialmente concurrente⁶–.

¹ Frase de Antoine de Saint Exupery en “El Principito”.

² Artículo 43 LCQ

³ Artículo conformidades forma y contenido.

⁴ Sólo mencionado así en el Mensaje de Elevación de la ley 24522.

⁵ Denominación actual del artículo 48 LCQ.

⁶ Rouillon, Adolfo A. N., Régimen de Concursos y Quiebra, Astrea, Buenos Aires, 2007, p.142 y concordantes.

Asimismo la introducción del régimen de categorización de acreedores a los fines del ofrecimiento de propuestas diferenciadas (art. 41 y concordantes LCQ) claramente ofició en ese sentido.

Esta finalidad de la ley: aportar estrategias al concursado para la negociación con sus acreedores, permite interpretar algunas de sus disposiciones en un sentido esclarecedor de la coherencia interna del plexo normativo concursal, y asimismo de su inserción en el orden jurídico del que forma parte especial.

Como parece evidenciarse que lo elemental es invisible a los ojos, nos encontramos algo más de dos décadas después de la sanción de la ley actualmente vigente debatiendo temas cuya interpretación creíamos uniforme.

Algunas cuestiones se encuentran implícitas en la ley, transmitidas de cuerpo legislativo a cuerpo legislativo, de precedente a precedente, de generación en generación, por antecedentes, por tradición, por lógica jurídica.

Así es como la ley no ha mostrado la necesidad de expresar literalmente cuáles son medidas “tuitivas” de la apertura concursal, coadyuvantes de la continuación de la actividad del deudor, cuáles representan “estrategias” a disposición del concursado para llegar al acuerdo con sus acreedores, etc., no suponiendo ello la posibilidad de interpretar estas figuras concursales en sentido opuesto ni distinto.

La actividad interpretativa es actualmente presidida por la vigencia de las normas de los artículos 1º.; 2º y concordantes del CCCN, encontrándose presente en ambos la guía por la “finalidad de la norma”.

Más allá de estas pautas, propedéuticas en cierto sentido, analizaremos en el presente la temática introducida desde la perspectiva de la regulación de los “intereses” en la ley concursal, en su sentido de accesorio de las obligaciones.

Si bien el tema de los intereses es asociado a los clásicos efectos que produce el concurso, es necesaria una correcta ubicación contextual del mismo.

El análisis comienza con el artículo 19 de la ley 24522, siendo este artículo el primero que regula el tema, pero no el único.

Así, dentro de uno de los capítulos de la ley concursal que trata efectos sustanciales o de fondo – diferenciables de aquellas secciones o capítulos que tratan temas netamente procesales-, “Sección II: Efectos de la apertura, Capítulo II: Apertura, Título II: Concurso Preventivo”, el artículo 19 dispone la suspensión de intereses a partir de “la presentación del concurso”.

Se mantiene en este sentido el punto de partida disparador clásico de efectos concursales, constituido por la mera presentación de la petición de concurso preventivo. Este punto de partida fue pospuesto en sucesivas reformas legales, reemplazándose, para algunos efectos, por la “apertura concursal”, o, inclusive, la “publicación de edictos”, para otros efectos concursales. Cambios que fueron oportunamente justificados en la necesidad de desalentar un ejercicio abusivo de la presentación concursal, al solo efecto de alcanzar los clásicos efectos que previeran las antecedentes normas concursales.

Así es como estas disposiciones que regulan “efectos concursales” y constituyen verdaderas herra-

mientas, o estrategias concursales que, arbitradas por el deudor cesante, fueron consideradas por los legisladores como más o menos adecuadas a distintas oportunidades procesales, incluyéndose la consideración al mayor o menor grado de abusividad implicado por las mismas.

Lo cierto es que la norma dispone, junto con otras, un estado propicio a la finalidad de la ley, permitir al deudor la negociación de un acuerdo con sus acreedores que le permita superar su estado de cesación de pagos.

En el caso de los intereses subyace el principio de la *pars conditio creditorum*, el principio cautelar conforme el cual la detención del curso de los intereses en situación de paridad – al menos en cuanto a los “pares”- pudiera aportar la posibilidad para el cesante de subsanar su situación de incumplimiento, eludiendo temporalmente el agobio que el curso de intereses pudiere imprimir a su complicada situación económico financiera. La norma atiende asimismo la finalidad de homogenizar los créditos a los fines de su participación en las mayorías a alcanzar frente a la propuesta de acuerdo.

Tal propósito se hace explícito en la redacción del segundo párrafo de la misma norma, en cuanto se refiere a deuda en moneda extranjera, disponiéndose que la conversión dispuesta es “al sólo efecto del cómputo del pasivo y de las mayorías”.⁷

Si bien pudiera afirmarse que tal disposición no sería, sin más, extensible a la suspensión genérica de intereses, la norma debe ser cotejada con el resto de la normativa de la misma ley, particularmente con aquellas que se refieren, incluso expresamente, al tema de intereses.

Para la quiebra la disposición es reiterada en forma similar, en el artículo 129, segundo párrafo, en el que LCQ deja en claro que en caso de existir remanente en la quiebra, “deben pagarse los intereses suspendidos a raíz de la declaración de quiebra, considerando los privilegios. El síndico propone esta distribución, la que el juez considerará, previa vista al deudor, debiendo pronunciarse dentro de los DIEZ (10) días. El saldo debe entregarse al deudor.”⁸

⁷ ARTICULO 19.- Intereses. La presentación del concurso produce la suspensión de los intereses que devengue todo crédito de causa o título anterior a ella, que no esté garantizado con prenda o hipoteca. Los intereses de los créditos así garantizados, posteriores a la presentación, sólo pueden ser reclamados sobre las cantidades provenientes de los bienes afectados a la hipoteca o a la prenda.

Deudas no dinerarias. Las deudas no dinerarias son convertidas, a todos los fines del concurso, a su valor en moneda de curso legal, al día de la presentación o al del vencimiento, si fuere anterior, a opción del acreedor. Las deudas en moneda extranjera se calculan en moneda de curso legal, a la fecha de la presentación del informe del síndico previsto en el artículo 35, al solo efecto del cómputo del pasivo y de las mayorías.

Quedan excluidos de la disposición precedente los créditos laborales correspondientes a la falta de pago de salarios y toda indemnización derivada de la relación laboral. (Párrafo incorporado por art. 6º de la Ley Nº 26.684 B.O. 30/06/2011)

⁸ ARTICULO 129.- *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.

Tanto en el caso del concurso como en el de la quiebra, sólo respecto de algún tipo de créditos se dispone la suspensión de intereses, y numerosas disposiciones, inclusive, disponen el cómputo de los mismos, por el contrario.

Se requiere la integración de intereses, por ejemplo, en el supuesto de reposición sin trámite contra la sentencia de quiebra (artículo 96 LCQ).⁹

El segundo párrafo del artículo 202 impone el recálculo del crédito y por tanto de sus intereses suspendidos por la presentación concursal en el caso de quiebra indirecta, en algunos supuestos.

En cuanto al concurso preventivo, la propuesta que el concursado se encuentra autorizado a realizar de acuerdo a la ley concursal, puede simbolizarse en un suceso de una fórmula matemática: “43 (-) 52, inc. 4”. Efectivamente, el concursado puede proponer “cualquier otro acuerdo¹⁰ que se obtenga con conformidad suficiente dentro de cada categoría, y en relación con el total de los acreedores a los cuales se les formulará propuesta” (art. 43, párrafo 2º. última parte), con el elemental límite que le impone el inc. 4º del artículo 52 (reforma de la ley 25589), es decir que no sea abusiva o en fraude a la ley.

La ley bajo ningún supuesto, en ningún artículo dice que deba reconocerse la suma verificada o declarada admisible, ni como mínimo ni como máximo. Tampoco excluye la inclusión de intereses en la propuesta de acuerdo que formulará el concursado, ni la limitación para el acreedor aún cuando su crédito se hubiere verificado o declarado admisible encontrándose suspendidos sus intereses.

El trámite de verificación tiene la fundamental función de habilitar la participación en la expresión de conformidad o disconformidad con la propuesta, tras el control correspondiente y la indagación sobre su autenticidad, procediendo a una uniformación/homogeneización en miras a formar la base de cómputo de las mayorías concordatarias.

De ninguna manera impone un coto a la libertad de conformar o no la propuesta de acuerdo en cabeza del acreedor, ni en el ofrecimiento del concursado. Sostener algo contrario echaría por tierra la finalidad misma de la propuesta de acuerdo, o del acuerdo en sí mismo, ya que si la pretensión del acreedor quedara limitada al crédito verificado/admisible, bastaría con reconocer la autoridad de la resolución de verificación y procederse a cumplirla o ejecutarla, sin abundar en ulteriores trámites.

Tampoco dice la ley en ninguna de sus disposiciones que los intereses que la ley suspende (art. 19 y 129 LCQ), sean conculcados al acreedor, o que se encuentre prohibido el reconocimiento de intereses. Antes bien, algunas disposiciones prevén lo contrario, y el deudor deberá contar con ello entre el conjunto

(Artículo incorporado por art. 14 de la Ley Nº 26.684 B.O. 30/06/2011)

Remanente. Si existe remanente, deben pagarse los intereses suspendidos a raíz de la declaración de quiebra, considerando los privilegios. El síndico propone esta distribución, la que el juez considerará, previa vista al deudor, debiendo pronunciarse dentro de los DIEZ (10) días.

El saldo debe entregarse al deudor.

⁹ Si bien pudiera decirse que este supuesto se encuentra fuera del estadio concursal.

¹⁰ Debíó decir “propuesta”.

de recursos tendientes a persuadir a sus acreedores a fin de obtener las conformidades suficientes en aras de completar las mayorías necesarias para la existencia de acuerdo, siendo libre el acreedor de prestar su conformidad o no.

No podemos dejar de recordar que la quiebra actualmente vigente, ya no es necesariamente liquidativa como lo era aquella concebida por la ley 24522 en el año 1995. No era así tampoco en la ley antecedente, 19551, que preveía en forma simétrica con el concurso preventivo, un concordato “resolutorio”.

La ley del año 1995, si bien nace como eminentemente liquidativa, encargándose de aclarar la excepcionalidad¹¹ de los supuestos de continuación de la actividad empresarial en la quiebra, aún así contempló varias formas de conclusión de la quiebra, y no sólo la distribución del producto de la liquidación de los bienes luego de la clausura por dos años sin reapertura, tales como el pago total, el avenimiento, la carta de pago de los acreedores.

Para el caso de pago total, el artículo 228 LCQ se ocupa de disponer que, en caso de existir remanente, “deben pagarse los intereses suspendidos a raíz de la declaración de quiebra”, previo a entregarse el saldo al deudor.

La liquidación de intereses postconcursoales es requerida por doctrina y jurisprudencia en los casos de conclusión de la quiebra por medios no liquidativos ni encuadrables en avenimiento (Sala - Bargalló - Caviglione Fraga (Sala Integrada). Jarak Vidoje S/ Quiebra. 18/12/08 Cámara Comercial: E.) En igual sentido, se han expedido en “Sabbatiello, Gerardo S/ Quiebra” (Miguez - Kölliker Frers. 29/02/08 Cámara Comercial: A); “De Miguel, Pedro S/ Quiebra” (LI 10.8.01 -Butty - Diaz Cordero- 16/03/01 Cámara Comercial: B), “Marquez, Alicia s/ Quiebra” (CC0003 LZ 1295 RSD-253-10 S 17-12-2010, Villanueva - Altier)

La jurisprudencia abunda en fallos en que se requirió la integración de intereses. Ello sin solución de continuidad, mientras se encontró vigente el tope del 40% para las propuestas de quita, en los casos en que la conjugación de la quita con la propuesta de espera, producía la profundización de la quita en forma encubierta; pero también con posterioridad, una vez suprimido el límite para la quita, en forma permanente e ininterrumpida por el Máximo Tribunal (CSJN; “Arcángel Maggio S.A. S/concurso preventivo”, LL 04/06/07).

Así el concepto de intereses como costo de oportunidad es contemplado por la Corte.¹² Se encuentra en cabeza del concursado, entonces, la tarea de ofrecer una propuesta de acuerdo que conforme a sus acreedores, quienes en todo momento detentan el derecho de aceptarla o no, e, incluso elegir esperar la liquidación en la quiebra.

Es decir que tanto la suspensión de intereses para algunos créditos, como la conversión de los créditos en moneda extranjera adquieren la dimensión de estrategias concursales de las que puede valerse el

¹¹ Calificación, la de “excepcional” prolijamente suprimida por la reforma que la ley 26684, del año 2011, introdujera a la ley de concursos y quiebras 24522, reemplazando inclusive su paradigma liquidativo por uno residual, sólo para el caso de no constituir fuente de mano de obra tutelable.

¹² Presente en el dictamen fiscal de la Dra. Gabriela F. Boquín respecto del acuerdo en el concurso de Correo Argentino S.A.

concurado para persuadir a sus acreedores, y lograr el acuerdo, dentro del marco judicial, pero con libertad en el acreedor para prestar o no su conformidad en forma independiente de las sumas por las cuales se le haya verificado o declarado admisible su crédito.

Ningún artículo de la ley, y tampoco su espíritu o finalidad prevén o establecen que el monto del crédito verificado es el que debiera ser pagado u objeto de la propuesta de acuerdo, teniendo como objeto el proceso de verificación, el de filtro de autenticidad, control correspectivo y homogeneización de los créditos concurrentes. Lo contrario convertiría en redundante el acuerdo y su homologación, ya que bastaría con establecer la forma y plazos de pago, pudiendo otro tanto afirmarse de la posibilidad de abuso o fraude a la ley, en una interpretación de tal modo sobresimplificadora.

La suspensión de intereses dispuesta en la ley concursal es, por un lado una forma de cautelar el ahogo financiero que viene padeciendo el deudor y, por otra parte, una homogeneización de los créditos a los fines de su cómputo con miras a la propuesta y votación, lo que es dispuesto en forma expresa para los créditos en moneda extranjera.

El régimen de privilegios en numerosas disposiciones prevé la procedencia de intereses (arts. 242; 246, inc. 1º). Así:

“ARTICULO 242.- Los privilegios se extienden exclusivamente al capital del crédito, salvo en los casos que a continuación se enumeran en que quedan amparados por el privilegio:

1) Los intereses por DOS (2) años contados a partir de la mora de los créditos enumerados en el inciso 2 del Artículo 241;

2) Las costas, todos los intereses por DOS (2) años anteriores a la quiebra y los compensatorios posteriores a ella hasta el efectivo pago con la limitación establecida en el Artículo 126, cuando se trate de los créditos enumerados en el inciso 4 del Artículo 241. En este caso se percibirán las costas, los intereses anteriores a la quiebra, el capital y los intereses compensatorios posteriores a la quiebra, en ese orden.

El privilegio reconocido a los créditos previstos en el inciso 6 del Artículo 241 tienen la extensión prevista en los respectivos ordenamientos.”

“ARTICULO 246.- Créditos con privilegios generales. 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; ...”***

La regulación de los privilegios deja a las claras que el presupuesto de la suspensión de intereses es la insuficiencia de fondos para atender los créditos en su integridad, lo que de modo alguno convalida la ley.

Asimismo, la posibilidad de cobro en caso de quiebra es uno de los parámetros para la toma de decisión de los acreedores en oportunidad de prestar o no su conformidad a la propuesta de acuerdo del concursado. Así es como, dictada una sentencia de quiebra, debería operar la actividad de reintegración patrimonial falencial, lo cual – y en particular dada la redacción legal restrictiva, vigente para las acciones encargadas de esta actividad-, si bien no es la panacea, sin embargo habilitaría, entre otras:

1) Acciones de ineficacia (arts. 118, 119 y concordantes LCQ), cuyo plazo de “caducidad” de tres años se computaría a partir de la declaración de la quiebra (art. 124 LCQ), rigiendo el período de sospecha con límite de retroacción dos años (para el caso de estas acciones de ineficacia -art. 116 LCQ-), desde la fecha inicial del estado de cesación de pagos anterior a la presentación concursal.

2) Extensión de quiebra art. 160 y art. 161, incisos 1º. (administrador aparente); 2º. (control abusivo) y 3º (confusión patrimonial inescindible), cuya petición puede formalizarse en cualquier tiempo después de la declaración de la quiebra y con plazo de caducidad de hasta seis meses posteriores a la presentación del informe general del síndico, y según las circunstancias del art. 163 LCQ.

3) Acciones de responsabilidad concursales (art. 173 LCQ), extendiéndose a actos practicados hasta un año antes de la fecha inicial de la cesación de pagos (no aplicándose al respecto límite de retroacción), cuya “prescripción” es establecida por el art. 174 LCQ en dos años desde la sentencia de quiebra.

4) Acciones de responsabilidad societarias (art. 175 LCQ), con remisión a las acciones previstas en la propia ley societaria, y con su propio régimen de prescripción.

5) Demás acciones reconocidas por doctrina y jurisprudencia, entre las cuales, la inoponibilidad de la personería jurídica (art. 54 ter LGS, y/o art. 144 CCCN), simulación, etc.

6) Fondos provenientes de cobro de créditos, medidas o acciones que la ley pone a cargo del síndico (art. 182 LCQ).¹³

La necesidad del reanálisis, remite al camino trazado por estudiosos como Carlos Santiago Nino¹⁴, quien en su obra –entre tantas otras-, “Un país al margen de la ley” investigó en forma racional y profunda un mal recurrente.

Apreciaciones como que la ley de quiebras “prohíbe” reconocer intereses, o que limita el derecho

¹³ “ARTICULO 182.- Cobro de los créditos del fallido. El síndico debe procurar el cobro de los créditos adeudados al fallido, pudiendo otorgar los recibos pertinentes. Debe iniciar los juicios necesarios para su percepción y para la defensa de los intereses del concurso. También debe requerir todas las medidas conservatorias judiciales y practicar las extrajudiciales.

Para los actos mencionados no necesita autorización especial. Se requiere autorización del juez para transigir, otorgar quitas, esperas, novaciones o comprometer en árbitros.

Las demandas podrán deducirse y proseguirse sin necesidad de previo pago de impuestos o tasa de justicia, sellado o cualquier otro gravamen, sin perjuicio de su pago con el producido de la liquidación, con la preferencia del Artículo 240.”

¹⁴ Enorme profesor que dedicó parte de su esfuerzo y vida a la construcción del estado de derecho y la democracia, bajo el prisma de la ética en una época de entusiasmo en pos de la reconstrucción de nuestro querido país, luego de la más oscura historia, y cuyo debate, casualmente en estos días, vuelve, como vuelve todo lo que no está suficientemente asimilado.

del acreedor a la suma reconocida en la verificación, o que una interpretación contraria implicaría “violación” la ley de quiebras¹⁵, no pueden sonar más desafinadas a nuestro oídos, y más aún en el seno de un auditorio concursal.

El camino del derecho, máxime para quienes elegimos alguna vez operar en él, es una elección de ida, y transita por un solo carril, sin admitir vacilaciones. En él debemos poner el esfuerzo, sin subestimaciones, ni confusiones no involuntarias.

¹⁵ Del debate generado en torno al dictamen de la Fiscalía General de la Cámara Nacional en lo Comercial en el caso Correo Argentino.

Nº 55:
**EL REQUISITO DE FECHA CIERTA EN LA OponIBILIDAD DEL BOLETO DE COMPRA-
VENTA FRENTE AL CONCURSO O QUIEBRA DEL VENDEDOR.**

Autor: María Laura SANGERMANO

*Instituto de Derecho Comercial Colegio de Abogados de Lomas de Zamora
“Dr. Angel Mauricio Mazzetti”*

El art 1171 del Código Civil y Comercial de la Nación prevé la oponibilidad del boleto de compraventa frente al concurso o quiebra del vendedor receptando lo ya previsto por el art. 146 de la LCQ y agregando el requisito de fecha cierta respecto del citado boleto. Corresponde continuar aplicando la doctrina de la SCBA en el caso “Flamini” en cuanto al criterio de la “certidumbre fáctica” como arbitrio de excepción que permita sortear la ausencia de fecha cierta.

En el antecedente citado, la Cámara Primera de Apelación -Sala II- en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de Bahía Blanca, había confirmado el pronunciamiento de primera instancia que había rechazado el incidente de escrituración promovido por Andrés Flamini en el concurso preventivo - luego quiebra- del señor Eduardo Mario Fernández, por entender el tribunal que el boleto de compraventa en el cual había basado su reclamo carecía de fecha cierta y dicho requisito resultaba inexcusable a los fines de ser opuesto al concurso o quiebra del vendedor.

Contra dicho decisorio se interpuso recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley, y el 4 de mayo de 2011 la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires, con votos de los Dres. de Lázzari y Pettigiani resolvió revocar dicho pronunciamiento aplicando la doctrina de la “certidumbre fáctica”

Vale destacar que, si bien en la fecha del dictado del pronunciamiento no se hallaba en la ley de concursos y quiebras el requisito de fecha cierta, al que alude el actual art. 1171 del Código Civil y Comercial de la Nación, y que dicho requisito tampoco se encontraba en el art. 1185 bis del derogado Código Civil, el precedente aludido tiene actual vigencia y debe ser aplicado cuando las circunstancias fácticas del caso sub examine así lo requiera.

Por aquel entonces, en el fallo citado se dijo, con referencia a la necesidad de que el instrumento tenga fecha cierta, que “*para procurar el reconocimiento de la obligación de escriturar en la quiebra el requisito de la fecha cierta no ha sido previsto como recaudo de oponibilidad*” no surge de la previsión del art. 1185 bis del CC, ni de la propia normativa concursal (art. 146 LCQ).

Evaluó que la exigencia de fecha cierta, por un lado, importa introducir una valla a la pretensión de aquel que, reuniendo el resto de los requisitos impuestos por la norma (25% del pago del precio y buena fe) reviste la posición más débil del contrato. Pero, por otra parte, la exigencia de fecha cierta se relaciona directamente con la protección de la masa de acreedores, quienes podrían verse afectados, en cuanto a la disminución de sus expectativas de cobro, si el bien sale del patrimonio del fallido y por ello, correspondía también resguardar la igualdad de los acreedores.

A los fines de conjugar ambos derechos de forma equitativa, el precedente recurrió a la denominada doctrina de la interpretación sistemática y con un criterio de coherencia estableció que, la falta de mención de fecha cierta por parte del art. 1185 bis del Código Civil, no implicaba que el boleto de compraventa hubiera dejado de ser un instrumento privado, y por tanto, no le fuera plenamente aplicable la normativa específica de los mismos (art. 1035, C.C.) -salvo que expresamente se disponga por una norma especial su dispensa-; y sostuvo que *“la necesidad de comprobar la existencia del boleto y su fecha descansa, además, en que a partir de tal extremo se pueden dilucidar cuestiones tales como -por ejemplo- su realización dentro o fuera del período de sospecha o si tuvo lugar antes o después de la apertura del concurso. Es así que el recaudo en examen excede a las partes y se impone como un extremo a probar frente al juez, quien debe decidir respecto del crédito dentro del proceso universal en el que se encuentra involucrada además de ellas, la masa de acreedores.”*

Remitiendo al voto de la Dra. Kemelmajer de Carlucci en un precedente de la Suprema Corte de Mendoza “Corviram Ltda” 30-V-1996 la Suprema corte recurre al concepto de “certidumbre fáctica” a los fines de evitar un excesivo rigorismo formal para aquellos supuestos de excepción donde exista imposibilidad de comprobar lo que técnicamente se denomina “fecha cierta”.

En el mencionado voto, se estableció que *“el adquirente de un inmueble mediando boleto triunfa en la tercera de mejor derecho o en la acción de oponibilidad ejercida en el proceso individual o concursal (siendo esta última la situación del presente caso) si se cumplen los siguientes recaudos: “a) El boleto tiene fecha cierta o existe certidumbre fáctica de su existencia anterior al embargo o apertura del concurso. b) El boleto tiene publicidad (registral o posesoria). c) El tercerista o peticionante en el concurso ha adquirido de quien es el titular registral o está en condiciones de subrogarse en su posición jurídica mediante un perfecto eslabonamiento entre sucesivos adquirentes. d) El tercerista o peticionante en el concurso es de buena fe y ha pagado el 25% del precio con anterioridad a la traba del embargo o a la apertura del concurso universal...”*

Como puede observarse, el art. 1170 del Código Civil y Comercial de la Nación, ha receptado en forma similar la doctrina sentada por el citado fallo del Superior Tribunal Mendocino.

Es por ello, que debe colegirse que adopta dicho criterio en su conjunto, inclusive en lo que al concepto de “certidumbre fáctica” refiere.

Teniendo en cuenta que la certidumbre fáctica fue definida como la reunión de un conjunto de hechos y circunstancias, debidamente acreditado, que conduce a advertir sin esfuerzo la oportunidad y sinceridad del acto y, sin perjuicio de que el artículo 1170/1171 CCCN y 146 LCQ se aplica a cualquier destino del inmueble, este criterio es el que mejor se adapta a la hermenéutica del nuevo Código Civil y Comercial

en cuanto propugna la protección de los usuarios y consumidores como parte más débil dentro de la relación contractual y se armoniza con el régimen de protección de la vivienda.

Recordemos que el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación consagra la protección de la vivienda como un derecho humano esencial de las personas y en muchos casos los compradores por boleto, que acuden ante la quiebra en busca del reconocimiento de su derecho, lo hacen frente una compra de inmueble con este destinado, mediante boleto, el que muchas veces carece de las formalidades requeridas.

Asimismo, el art. 317 del Código Civil y Comercial de la Nación dispone que *“La eficacia probatoria de los instrumentos privados reconocidos se extiende a los terceros desde su fecha cierta. Adquieren fecha cierta el día en que acontece un hecho del que resulta como consecuencia ineludible que el documento ya estaba firmado o no pudo ser firmado después. La prueba puede producirse por cualquier medio, y debe ser apreciada rigurosamente por el juez.”* Circunstancia que aduna el criterio sentado en la ponencia pues recepta que dichos extremos pueden ser acreditados por cualquier medio de prueba que haga a la convicción del juzgador permitiendo la reunión de conjuntos de hecho y circunstancias conducentes para advertir la oportunidad y sinceridad del acto (conforme el Voto del Dr. de Lazzari en la causa “Flamini”)

En un fallo reciente de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Tandil del 7 de marzo de 2017 al resolver un incidente de verificación tardía (**“Rusconi, Ruben Santos s/ incidente de verificación tardía en autos “Bos Joaquín Enrique (h) s/ quiebra”**) se falló a favor del incidentista, quien pretendía la verificación, a los fines de escriturar a su favor un inmueble de propiedad del fallido transmitido por boleto, y se ha hecho aplicación de la doctrina de la “certidumbre fáctica” del caso “Flamini” teniendo por acreditada la fecha del boleto mediante prueba documental e indiciaria.

Entiendo que, sin perjuicio de que con la reforma del Código Civil y Comercial se introduce expresamente el requisito de fecha cierta respecto del boleto de compra venta, no puede echarse por la borda años de antecedentes y precedentes jurisprudenciales que han interpretado el derecho y han flexibilizado el mismo, a los fines de no incurrir en rigorismos formales excesivos que desvirtúen el sentido protectorio de la norma.

Es obvio que quedará al arbitrio de la sana crítica, la evaluación de los elementos de prueba que conllevan a formar la convicción del juzgador en cuanto a la veracidad de las pruebas aportadas, evitando afectar los derechos de la masa de acreedores y protegiendo los derechos del adquirente por boleto, teniendo a que la balanza de la justicia se vea equilibrada y evitando abusos de una u otra parte.

Entiendo que los precedentes citados son más que fundados y permiten armonizar la fría letra de la ley con las situaciones fácticas que se presentan cotidianamente, protegiendo tanto el derecho de los consumidores, como a la masa falencial y considerando el fin tuitivo de protección de la vivienda.

**Nº 56:
PLAZOS DE VERIFICACIÓN CONCURSAL.
LOS PLAZOS DEL ARTÍCULO 56 DE LA LCQ.**

Autor: Marisol MARTÍNEZ

Instituto de Derecho Comercial Colegio de Abogados de Morón

La acción extraconcursal atinente al crédito es independiente de la acción de verificación tardía y de su plazo de prescripción.

Mientras tramita el proceso de conocimiento extraconcursal, el plazo de prescripción de la acción de verificación tardía cursa, “desde la presentación en concurso”, por tratarse de un dies a quo “especialmente dispuesto” (art. 56, 6º. párrafo LCQ, artículos 2532 y 2560 CCCN). Una vez extinguido, la ley ha contemplado un plazo “especial” de seis meses desde “haber quedado firme la sentencia” (art. 56, 7º. párrafo LCQ).

Plazo especial y regulación especial desplazan la regulación general del nuevo CCCN en este punto, en tanto, se trata de normas de la ley especial, las que, aún ante la nueva regulación tienen prevalencia. Ello a mérito de lo dispuesto por el artículo 2532, y 2560 que priorizan “la disposición específica” el primero, “excepto que esté previsto uno diferente (plazo)”, el segundo. Esto en consonancia con la especialidad reconocida en los artículos 150, 963, 1709, 1836 y concordantes CCCN.

INTRODUCCIÓN

Los plazos, el efecto del transcurso del tiempo, la ausencia de normas prescriptivas especiales en la ley 19551 hicieron los desvelos de doctrina y jurisprudencia durante su vigencia.

Introducida la prescripción concursal por la ley 24522, la misma fue objeto de polémica ininterrumpida, poniéndose en duda, en un principio, si el plazo de dos años que introducía respecto de la verificación tardía tenía carácter de caducidad o de prescripción; si era aplicable a la verificación tardía en la quiebra; qué sucedía con la quiebra indirecta respecto de los créditos concursales aún no verificados o cuya acción de verificación tardía aún no hubiera sido resuelta, etc.¹

¹ Barreiro, Marcelo G. y Lorente, Javier A., Disgresiones sobre la prescripción concursal (art.56, LCQ), LL, t.186, p.1070 y siguientes. Martínez, Marisol, “Prescripción concursal cumplida en la quiebra indirecta”, ponencia al XLII Encuentro de Institutos de Derecho Comercial de Colegios de Abogados de la Provincia de Buenos Aires, Pergamino, 01 y 02 de Diciembre de 2005.

La reforma que la ley 26086 hiciera a la ley 24522, en particular al artículo 56 de la ley concursal, que, entre otras disposiciones, incluye un nuevo plazo de seis meses relativo a los procesos excluidos del fuero de atracción por la misma reforma, volvió a afectar un delicado equilibrio interpretativo que parecía haber ganado terreno.

Pasada una década, empero, la interpretación sigue encontrándose dividida. Así lo muestra el reciente plenario “virtual” de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial.

RECURSO DE INAPLICABILIDAD DE LEY.

En fecha 28/06/2016, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial en Acuerdo Extraordinario, en la causa “**TRENES DE BUENOS AIRES S.A. S/CONCURSO PREVENTIVO S/INCIDENTE DE VERIFICACION POR JIMENEZ ASUNCION ELSA**”, Expte. No.26.684/2011, en plenario, con votación dividida, resolvió la mayoría que los dos plazos contenidos en el artículo 56 LCQ (de dos años y de seis meses, respectivamente) son de prescripción, y, además, supletorios entre sí.

En forma preliminar, la Cámara resuelve por unanimidad encontrarse habilitada para resolver el recurso interpuesto y concedido con anterioridad a la vigencia de la ley que suprime el recurso extraordinario, ello con fundamento en el respeto a las garantías de los arts. 17 y 18 de la Constitución Nacional, y “la debida tutela del derecho adquirido al amparo de la ley procesal anterior (doctr. art. 3 CCiv.), la parte que interpuso y obtuvo la concesión del recurso de inaplicabilidad de ley, antes de la sanción de la ley 26853 (art. 11) que lo derogara, tendría un derecho adquirido al tratamiento del mismo, si bien el fallo que la Cámara dicte no puede tener fuerza obligatoria conforme el artículo 303 CPCC derogado y la doctrina sería sólo una pauta interpretativa, como claramente lo expuso la Dra. Gabriela F. Boquín, que en su carácter de Fiscal General de la Cámara, emitiera dictamen.

Voto de la mayoría: Se resuelve que la ley 26086, que incorporó un 7º. párrafo al art. 56 L.C.Q. que dispone para el caso de sentencia recaída en proceso tramitado ante tribunal distinto al del concurso por aplicación de su art. 21, “el pedido de verificación no se considerará tardío, si, no obstante haberse excedido el plazo de dos años previsto en el párrafo anterior, aquél se dedujere dentro de los seis meses de haber quedado firme la sentencia.”, utilizó el *plural* para referirse a los dos plazos en el 8º. párrafo: “...Vencidos esos plazos prescriben las acciones del acreedor...”

El texto anterior empleaba el *singular* referido al plazo de dos años “...Vencido ese plazo...”.

El voto de la mayoría, con fundamento en la claridad del texto, se vuelca entonces por el carácter de plazo de prescripción, del plazo de seis meses otorgado desde que hubiera quedado firme la sentencia dictada por un tribunal ajeno al concurso.

Asimismo, este plazo de seis meses sería supletorio del general, contemplado para la prescripción concursal.

La ley consideraría dos plazos diferentes según la modalidad de la verificación tardía, sin distinguir el efecto que produciría el vencimiento de esos plazos: prescriben las acciones del acreedor tanto respecto

de los otros acreedores como del concursado, o terceros vinculados al acuerdo.

Voto de la minoría (Dres. Heredia y Vassallo): sostuvo que la reforma que la ley 26086 imprimiera al artículo 56, consagró un supuesto de dispensa de la prescripción cumplida de análoga estructura al contemplado en el art. 3980 del CC, y/o art. 2550 del CCCN, en el que el impedimento de hecho para ejercer en tiempo propio la acción de verificación tardía está representado por la necesidad de obtener en el juicio no atraído una sentencia firme.

Se trataría de un plazo de caducidad del mismo modo que lo fue el de tres meses del art. 3980 CC, criterio de la Sala D.

Esta calificación implica que no es susceptible ni de interrupción ni de suspensión, lo que coadyuvaría a la finalidad del plazo, y a la estructura propia de las situaciones de imposibilidad de obrar. En concreto sostienen que la referencia del 8º. párrafo del artículo 56 de la L.C.Q., al aludir a las acciones del acreedor en plural, resulta desafortunada, y que lo cierto es que habiendo más de un vencimiento, con el de dos años se produjo la prescripción de la acción, restando sólo la dispensa de ese efecto del modo descrito en la norma.

Consideran no tratarse de un caso en el cual la interpretación literal arroje un resultado valioso, proponiendo apropiado indagar lo que la norma dice jurídicamente para “no consagrar una aplicación adversa a sus fines”.

Esta postura minoritaria atiende a la imposibilidad de hecho de presentarse a verificar, mientras se desarrolla el trámite del proceso individual de conocimiento fuera del juzgado concursal, y, atento a que podría extenderse más allá de los dos años, la norma otorga un plazo de seis meses desde la firmeza de la sentencia, para que el acreedor se presente a verificar quedando liberado de las consecuencias de la prescripción concursal cumplida durante el impedimento (art. 2550 del CCCN; art. 3980 CC). “Sobre la base de considerar que se trata de un supuesto análogo al de la dispensa de la prescripción acaecida...” se atribuiría la naturaleza de aquel plazo: caducidad a los tres meses en el art. 3980 C.C.

Dictamen fiscal: Por su parte, la Dra. Boquín recuerda que, además de la fuente de interpretación en la letra de la ley: in claris non fit interpretario, debe interpretarse el art. 56 de la LCQ a la luz del art. 2 CCCN con todo el ordenamiento en forma integral.

Así: “Frente al claro texto de la ley, los plazos establecidos en el art. 56 LCQ no pueden ser considerados de caducidad sino de prescripción.”

Agrega que debe considerarse “el plazo de 6 meses a los solos fines de no calificar como tardío al insinuante, pero no debe computarse como un lapso adicional o complementario de la prescripción en curso”.

“El vencimiento del plazo de 2 años produce la prescripción de la acción (8º. párr..) y su cómputo corre desde el último acto interruptivo.”

La Fiscal replantea profundamente la cuestión a la luz de la vigencia del nuevo Código Civil y Comercial, no mereciendo, empero, consideración por parte de los camaristas.

Así, si bien el “virtual” plenario resolvería sobre el carácter prescriptivo de los plazos de dos años y seis meses regulados en el artículo 56 LCQ, su carácter supletorio, frente a la postura antagónica del voto en minoría que resuelve sobre el carácter de dispensa legal de la prescripción del plazo de seis meses del mismo artículo, clasificando al mismo como plazo de caducidad, queda sin el debido tratamiento la cuestión de la aplicación de las normas sobre prescripción, suspensión e interrupción, y caducidad introducidas por el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, contenida en el dictamen fiscal, que a su vez opina sobre el carácter prescriptivo de ambos plazos.

En materia que no recibiera examen exhaustivo desde su introducción por la reforma de la ley 26086, la Dra. Boquín considera que, si bien ambos plazos – 2 años ; y 6 meses- son de prescripción, el efecto de la prescripción de cada uno de ellos es distinto: el vencimiento del plazo de dos años produce la prescripción de la acción (párr. 8º.), y su cómputo corre desde el último acto interruptivo. Por su parte, el plazo de seis meses se computa desde que quedó firme la sentencia dictada en tribunal distinto del concursal, y produce la prescripción del reclamo de lo percibido por los acreedores importando la calificación de la presentación como tardía (párr.10º.).

Esta opinión, reconoce efectividad a una cuestión incidida² por la reforma de la ley 26086, que fuera permanentemente desconocida: la implicancia de la pretendida calificación de “no tardía” a una verificación que claramente no es tempestiva, posiblemente como un deber de conciencia del legislador que imponía el trámite de un proceso en sede no concursal y que, además, necesariamente debía ser replicado en sede concursal presentándose el “título verificadorio” a los fines de su final “verificación”.

El plazo de seis meses introducido por la ley 26086

La cuestión de los plazos de las acciones de verificación, vinculada a la álgida materia de la cristalización del pasivo, necesaria y funcional a la dinámica del concurso preventivo –y también de la quiebra-, fue beneficiada por la introducción de un plazo para las verificaciones tardías por la ley 24522, art. 56, lo que constituyó una novedad en nuestro derecho.

Ese plazo de dos años que como novedad introdujera la ley 24522 desde su sanción, si bien indicaba en forma expresa la consecuente prescripción sobreviniente (art. 56, párrafo 7º., versión originaria ley 24522), no se encontró exento de discusión doctrinaria y jurisprudencial.

Con anterioridad a la reforma de la ley 26086, la cuestión del plazo de prescripción para la verificación de las sentencias recaídas en acciones tramitadas fuera del juzgado concursal, -la normativa concursal lo impedía, rigiendo entonces el fuero de atracción-, fue resuelta jurisprudencialmente en el sentido del reconocimiento de su efecto interruptivo, aún cuando pudiera considerarse inoponible y aún anulable la actuación judicial extraconcursal. Esto sobre la base de la nota de Vélez Sársfield al artículo 3986 C.C.: “aunque la demanda sea nula, prueba la diligencia de quien la interpone” (Heredia, Pablo D.; Tratado Exegético

² MARTINEZ, Marisol, “Consideración como no tardíos de los nuevos tardíos. Reforma al párrafo 7o. del art.56 por la ley 26086.” 44 Encuentro de Institutos de Derecho Comercial de Colegios de Abogados de la Provincia de Buenos Aires, Colegio de Abogados de Mar del Plata, 2006.

de Derecho Concursal. Ley 24.522 y modificatorias. Comentada, anotada y concordada, T2, Buenos Aires, Ábaco; 2.000, pág. 275)

Posteriormente la reforma de la ley 26086, acotando notoriamente el fuero de atracción concursal disponiendo la tramitación ante los jueces “naturales” de gran cantidad de procesos, en particular los de conocimiento y, entre ellos, los de conocimiento laborales (reforma al artículo 21 LCQ), y, a la sazón, agregó al artículo 56 LCQ, el complejo párrafo 8º., a partir del cual se dispararon las más diversas interpretaciones.

Así se opinó que se trataba de una norma que dispensaba la prescripción ya cumplida, al modo en que se encontraba prevista la dispensa de los artículos 3966 y 3980 C.C., no asignando otro efecto al plazo de seis meses, más allá de la eximición de costas.

La reforma surge, entonces, como una forma de “exculpación” del legislador que, aniquilando la estructura del fuero de atracción tradicional, y en particular el introducido por la ley 24522, dispuso el trámite de los procesos de conocimiento en su totalidad, y algunos otros, por ante el juez que resultaba competente según las pautas “naturales”.

La novedad vino de la mano de la facultad del síndico de designar apoderado, de la carga de hacerse “parte” en estos procesos, del reconocimiento de honorarios del abogado en esas condiciones, y asimismo del enigmático enunciado que pretende no considerar tardías algunas verificaciones, que claramente no son tempestivas, dentro de una extraña categoría a la que pudiéramos aludir como: ¿tardíos no tardíos?, o ¿tempestivos tardíos?.

Frase que, en una aparente inadvertencia del legislador, dio pábulo a la elucubración del derecho de estos acreedores ¿“no tardíos”?, de reclamar a sus coacreedores.³

¿Dispensa de la prescripción cumplida?, respecto de los plazos del artículo 56 LCQ, pretender que debe necesariamente constituir un plazo de prescripción o de caducidad, involucra una falsa disyuntiva.

Entiendo que, como plazo dispensatorio, es referente al plazo principal, de prescripción en este caso, a cuyas vicisitudes relativas a suspensión o interrupción – las del principal- debiera atenderse.

Accede este plazo de seis meses, necesariamente, a otro plazo, principal, respecto del cual produce efectos, sin que en sí mismo deba calificarse dentro de un encuadre u otro.

La reforma parecer haberse redactado de modo defectuoso, persistiendo el defecto original.

Pareciera tratarse de un esquema legal en el que el plazo agregado de seis meses viene a dispensar la prescripción del artículo 56.

La cuestión, para los procesos laborales, ya había recibido solución por la jurisprudencia, considerando interrumpido el curso de la prescripción por la interposición de demanda en los términos del artículo

³ Nota al pie número 2.

3980 CC. Esta solución pretoriana, no requería de la adición de un plazo dispensatorio atento a que mientras tramitara el proceso que había interrumpido el curso de la prescripción, la acción permanecía viva y su plazo intacto.

Así, este plazo de seis meses dificulta su encuadre, pero está vigente.

Lo que se pudo suspender o interrumpir es el plazo “principal” de prescripción, el que debe computarse conforme lo dictamina la Dra. Boquín en el fallo “plenario”.

Debiera tenerse presente que antes de la reforma de la ley 26086 la sentencia recaída en el proceso de conocimiento atraído era lisa y llanamente verificatoria, en caso de admitirse la pretensión.

Diversa es la situación después de la ruptura del fuero de atracción por dicha reforma, la que asimismo dispone en el 7º. párrafo, del mismo artículo 56 LCQ, que esa sentencia reviste la calidad de “título verificatorio”, duplicando así el trámite para obtener la verificación.

¿No son, entonces, dos plazos para dos acciones que la ley reputa diversas?

La salvedad del último enunciado del 9º. párrafo pareciera confirmarlo: “...salvo que el plazo de prescripción sea menor” (el plazo de una acción distinta de la de verificación tardía), y entonces el “plural” de la frase: “Vencidos esos plazos prescriben las acciones del acreedor” –que tanto diera qué polemizar en el recurso de inaplicabilidad- tendría ese sentido: la prescripción tanto de la acción atinente al crédito, cuanto de la acción de verificación tardía que con el “título verificatorio” debe intentarse a posteriori.

Amén de la debilidad que pudiera involucrar un argumento meramente literal, particularmente ante una diversa finalidad de la norma.

La pretendida “demostración por el absurdo” del voto mayoritario, que considera la hipótesis en que la sentencia a verificar hubiera sido dictada antes del vencimiento del plazo de dos años, en particular se pregunta por la sentencia recaída un día antes del vencimiento del plazo de dos años, descartándose el carácter de dispensa de una prescripción que aún no se encontraría cumplida, creemos que, aún en el supuesto de considerar al plazo de seis meses como una dispensa, el hecho de que el plazo principal de dos años conserve aún determinada cantidad de tiempo de vida, no excluye su aplicación, luego de vencido, no teniendo por qué asignársele distinta “condición jurídica según el diez a quo” (sic), ya que en todos los casos una norma que prevé un plazo de dispensa lo prevé para el caso en que fuera necesario, no viéndose privada de sentido para el caso de no ser necesario por no haberse extinguido el plazo que estaría destinado a dispensar.

Por otra parte, el voto de la minoría sostiene que es inadmisibles se extinga dos veces por prescripción el crédito, argumento que no mejora su postura, ya que lo mismo cabría predicar de una doble extinción, una vez por prescripción, y la sucesiva ¿por caducidad?.

Considerando tratarse de dos acciones distintas, con dos prescripciones distintas también –ya que la principal y atinente al crédito puede ser menor.-, la promoción del proceso extraconcursal implica una acción cuya prescripción es susceptible de suspensión o interrupción.

La acción extraconcursal es independiente de la acción de verificación tardía y de su plazo de prescripción.

Entonces, mientras tramita el proceso de conocimiento extraconcursal, el plazo de prescripción de la acción de verificación tardía correría, “desde la presentación en concurso”, por tratarse de un dies a quo “especialmente dispuesto” (art. 56, 6º. párrafo LCQ, artículos 2532 y 2560 CCCN). Una vez extinguido, la ley ha contemplado un plazo “especial” de seis meses desde “haber quedado firme la sentencia” (art. 56, 7º. párrafo LCQ).

Parece haber sido la finalidad de la norma, la de regular este tema del plazo de las verificaciones tardías, contemplando la situación del acreedor que debe tramitar una acción fuera del concurso por tratarse de alguna de las excepciones al artículo 21 (también aplicable a la quiebra en lo pertinente por la remisión del artículo 132 LCQ).

El plazo, desde, y como, se expresara en cuanto se conociera el texto de la reforma, guarda analogía con la dispensa del plazo ya regulada en el Código de Vélez, y considero se trata de una dispensa de la prescripción, que, a juzgar por el texto expreso del artículo 2550 CCCN, aplicable en lo pertinente –en tanto no resuelto por disposición específica-, su ejercicio tiene lugar “dentro” de los seis meses de dictada la sentencia/título verificatorio, una vez extinguido el plazo de prescripción de dos años, y a partir de su extinción, independientemente de cuántos días del plazo de dos años resten luego del dictado de la sentencia/título verificatorio.

Por otra parte, desde que se regularan en el CC como en el CCCN, la prescripción, su interrupción y suspensión, y, por otra parte, la dispensa de la prescripción ya cumplida, entiendo que este plazo no es susceptible de ser calificado ni de prescripción ni de caducidad, se trata de un plazo único especialmente establecido para acceder y calificar el plazo principal de prescripción, único susceptible de interrupción y suspensión.

Plazo especial y regulación especial desplazan la regulación general del nuevo CCCN en este punto en tanto, se trata de normas inderogables de la ley especial, las que, aún en la nueva regulación entiendo tienen prevalencia. Ello a mérito de lo dispuesto por el artículo 2532, y 2560 que priorizan “la disposición específica” el primero, “excepto que esté previsto uno diferente (plazo)”, el segundo, y en coincidencia con la especialidad reconocida en los artículos 150, 963, 1709, 1836 y concordantes CCCN.

Creemos que la intención del legislador, o finalidad de la norma en la terminología del nuevo CCCN (arts. 1º. y 2º.), fue la de “exculpar” a un acreedor compelido a tramitar su proceso de conocimiento fuera del concurso y de ahí la eximición de su calificación como “tardío”, la que fue interpretada como eximente de costas, interpretación que se impone, así como, su acceso al reclamo a coacreedores previsto por el último párrafo de un artículo plurinormativo, -aunque por la dificultad de su aplicación práctica y jurídica creemos difícil que hubiera sido contemplada esta consecuencia-. Sí entendemos, y así lo planteamos en cuanto la reforma fue sancionada, que la interpretación de la norma lo sugiere.

El dictamen de la Dra. Boquín, considera que, si bien ambos plazos – 2 años ; y 6 meses- son de prescripción, el efecto de la prescripción de cada uno de ellos es distinto: el vencimiento del plazo de dos

años produce la prescripción de la acción (párr. 8º), y su cómputo corre desde el último acto interruptivo; y, el plazo de seis meses se computa desde que quedó firme la sentencia dictada en tribunal distinto del concursal, y produce la prescripción del reclamo de lo percibido por los acreedores importando la calificación de la presentación como tardía (párr.10º).

**Nº 57:
PRESCRIPCIÓN VERIFICATORIA.**

Autores: Dres. Horacio P., Guillermo H. F. y Andrés A. GARAGUSO

Colegio de Abogados de Mar del Plata

Los artículos 2532 y 2560 del Código Civil y Comercial no habilitan a los estados provinciales a modificar los plazos (o el plazo conforme otra doctrina) de la prescripción verificatoria, contemplados en el artículo 56 de la ley 24522. Una regla de ese tipo violaría la igualdad jurídica y la especialidad de la normativa concursal.

JURISPRUDENCIA:

Carátula: “ Enod S.A. vs. Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP) s. Ordinario” - 26/12/2016 - Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial Sala B Rubinzal Online RC J 1476/17

1) “Corresponde confirmar la sentencia de primera instancia que admitió la demanda incoada por la empresa actora y, en consecuencia, declaró prescripta la acción de la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP) para reclamar el Impuesto al Valor Agregado (IVA), en tanto no solicitó la verificación de su crédito dentro del plazo bienal previsto en el art. 56, Ley 24522, toda vez que, si bien es cierto que el derecho tributario ganó autonomía como rama del ordenamiento jurídico - por los conceptos, principios, institutos y métodos con el que cuenta-, empero tal independencia no es absoluta pues toda ley debe ser interpretada en su adecuada relación con las restantes normas del ordenamiento; y obsérvese que la especificidad de procesos como el concursal, por sus características de universalidad, requiere de unidad de criterios y pautas uniformes y seguras, haciendo que el crédito fiscal se vea afectado por éste y, en tales condiciones, se reduzca su plazo de prescripción al establecido de manera clara y terminante por el párr. 6, art. 56, Ley 24522. Como sostuvo la Procuradora Fiscal de la Nación, en el dictamen que la CSJN hace suyo in re “Bodegas y Viñedos El Águila S.R.L. s. Concurso preventivo s. Incidente de verificación tardía por AFIP-DGI”, del 11/08/2009, el método ideado por el legislador al sancionar la Ley 24522 busca, por una parte, dar seguridad jurídica y certeza ante una situación de iliquidez o de falencia y por

otra, la compatibilización de todos los derechos que pugnan dentro de un proceso concursal. Ergo, tanto el interés del deudor en saldar sus deudas, como de los acreedores frente a él y entre sí. Si bien las normas en conflicto tienen su génesis en el mismo órgano (Congreso de la Nación) lo cierto es que, la sanción de la ley de bancarrotas responde a una orden constitucional expresa en tal sentido (inc. 12, art. 75, Constitución Nacional). Consecuentemente, de conformidad con la doctrina de nuestro máximo tribunal, la pretensión se resuelve conforme las previsiones de la Ley 24522”.-

2) “Como es sabido, la obligación tributaria nace con la producción del “hecho imponible”: la deuda se origina con el hecho contemplado por la norma fiscal como causa del gravamen y no con su determinación; la que es meramente declarativa de una situación jurídica consolidada y preexistente. El hecho imponible es el conjunto de hechos o situaciones descriptas por la ley como presupuesto generador de la obligación tributaria. Configurado en la realidad, ese presupuesto fáctico y acreditada su vinculación con un sujeto determinado, nace esta relación tributaria con sus consecuencias jurídicas vinculantes. En punto al tributo que se reclama -Impuesto al Valor Agregado-, el acaecimiento del hecho imponible se dio -en cada caso- con la actividad comercial de la concursada y en ese tiempo nació la obligación tributaria. Conforme las constancias acompañadas, los impuestos cuya prescripción se persigue se devengaron -en su totalidad- con anterioridad al concurso pues fue allí donde acaeció el hecho imponible. La interpretación del art. 32, Ley 24522 es la que identifica la causa o título de la obligación con la fuente generadora, distinguiéndola del plazo fijado para su exigibilidad. El plazo de vencimiento es tan sólo la facultad legal reconocida al deudor de diferir el cumplimiento de la obligación fiscal. Ello así, los créditos eran anteriores al concurso preventivo y quedaban alcanzados por los efectos de aquél; pesando sobre la acreedora la carga de solicitar su verificación en el concurso. Esa solución es consecuencia de la aplicación de la doctrina de la CSJN, in re: “Bodegas y Viñedos El Águila”. No se desconoce que la quejosa alegó que los créditos eran inexigibles, al tiempo en que comenzó a correr el plazo del art. 56, Ley 24522, empero, nada obsta a la admisión en el pasivo concursal de un crédito condicional, puesto que estas obligaciones integran desde una perspectiva contable, el pasivo de la concursada debiendo ser admitidas en el concurso con este carácter de condicional”.

3) “La existencia de una condición o plazo no es óbice a la procedencia de la verificación, en virtud del sometimiento de las acreencias condicionales a la carga verificatoria, aun cuando todavía no se encuentre expedita su percepción por la vía concursal”.

4) “El régimen concursal es un conjunto coherente y sus normas deben aplicarse. Ergo, si la AFIP tenía la carga de verificar los créditos aún de manera eventual o condicional, también deberá correr para ella el plazo de prescripción del art. 56, Ley 24522. En materia concursal la ley fija el plazo hasta el cual un crédito puede admitirse en el pasivo, con independencia de su exigibilidad. No se trata de un crédito que “no hubiera nacido” como sostuvo el organismo, pues el hecho imponible ya había acaecido; aunque su exigibilidad estaba diferida en el tiempo. Ergo, sometido

al concurso preventivo. Admitir lo contrario, implicaría otorgar un trato preferencial al organismo recaudador que sería incompatible con la igualdad que debe primar en el proceso universal, resumido en la conocida regla *par conditio creditorum*”.-

5) “Resulta estéril el argumento según el cual, el carácter privilegiado de la acreencia la hubiera eximido de esa carga o colocado fuera de los alcances del proceso concursal. Ello, pues todos los acreedores de causa o título anterior a la presentación deben presentarse a verificar sus créditos (art. 32, Ley 24522). En igual sentido, el último párrafo, art. 21, Ley 24522 -referido a acreedores con garantías reales- establece que no se admitirá el remate de la cosa gravada ni la adopción de medidas precautorias que impidan su uso por el deudor, si no se acredita haber presentado el pedido de verificación del crédito y su privilegio. En este caso, la AFIP no solo estaba notificada por edictos del concursamiento de la actora, sino que también se le envió CD y se le comunicó en los términos de la R. G. 745. Además, conforme las pruebas de autos el organismo recaudador solicitó y obtuvo el reconocimiento de sus acreencias por otros créditos pero jamás insinuó ni mencionó los aquí discutidos. De lo anterior, se colige que la falta de verificación es consecuencia de la conducta del ente recaudador, libremente escogida y éste deberá cargar con las consecuencias de su conducta”.

FUNDAMENTACIÓN.

El fallo cuyos sumarios se transcribieran en lo principal es sinceramente inobjetable y concreta con toda precisión tanto la naturaleza del crédito fiscal como la necesidad de su insinuación temporal en el proceso concursal.-

- Destaca la naturaleza de la ley concursal y su régimen especial,
- Excluye que sea la resolución administrativa la que imponga la exigibilidad de la obligación fiscal,
- Aclara que los créditos sometidos a plazo deben también ser verificados, del mismo modo que los condicionales conforme la regla del artículo 125 apartado segundo de la ley de Concursos y Quiebras.-
- Analiza la conducta de la Administración Federal de Ingresos Públicos, puesto que si ella pidió verificación tempestiva de otros créditos, debió haberla también pedido por la acreencia por el Impuesto al Valor Agregado.-

El tema ha sido ya enfocado y analizado en varias ponencias:

- 1) “El plazo adicional verificatorio adicionado al artículo 56 LCQ por la ley 26086, solo es operativo

cuando la sentencia dictada en el proceso de conocimiento pasa en autoridad de cosa juzgada después de vencido el plazo de dos años o el menor que corresponda según la naturaleza del derecho y pretensión esgrimidos”. La Plata, 2010.-

2) La Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires ha consolidado su adhesión a la doctrina de la Corte de Justicia de la Nación “Filcrosa”, extendiendo la inconstitucionalidad de las normas locales en materia de plazos y cómputo de los plazos prescriptivos a las situaciones de interrupción y suspensión de aquellos. Lomas de Zamora, 2011.-

3) El curso de las prescripciones verificadoras no se interrumpe por la demanda de ejecución de la sentencia dictada en proceso de conocimiento continuado conforme el artículo 21 LC Y Q. ni en juicio laboral no atraído por la publicidad de la sentencia de apertura del concurso preventivo, la prescripción continúa su curso desde el momento en que queda firme la sentencia dictada en tales procesos. El desconocimiento de la existencia del concurso preventivo no impide el curso de la prescripción habida cuenta la forma de comunicar la existencia del proceso universal conforme los artículos 27 y 28 LC Y Q. Bahía Blanca, 2011.-

4) El deudor concursado o fallido puede oponer la prescripción liberatoria en la primera oportunidad judicial, o sea al demandar la revisión contra el crédito admitido o al contestar el incidente de revisión y el crédito hubiera sido declarado inadmisibile. Quilmes 2013.-

5) La reforma al sistema de prescripción que contienen los artículos 2532 y 2560 del Código Civil y Comercial, importará el abandono necesario de la doctrina que sentara la CORTE SUPREMA de JUSTICIA de la NACION en FILCROSA Y CASA CASMMA que gradualmente la justicia bonaerense hubiera asumido. Morón, 2015.-

6) La insinuación tempestiva de un crédito impone agotar la vía procesal elegida. Tandil, 2016.-

Sencillamente este es un tema que nos ocupa y preocupa. Ahora bien, si el plazo prescriptivo de los créditos fiscales puede ser fijado por las Provincias conforme el texto claro del artículo 2532 del C.C. y C. y el no tan claro del 2560, varias son las dudas que tenemos:

1) Podría modificar algo más que el plazo? El modo de cómputo o el principio? Sostenemos enfáticamente que no conforme el texto literal de la primera de ambas normas.-

2) Si no se modifica el plazo del Código Civil y Comercial, el mismo es el del artículo 2562 inciso “c” o el del artículo 2560, ambos del C. C. y C.?

3) Podrían las provincias establecer un plazo superior a los cinco años?

4) Podrían fijar las provincias un plazo verificadorio con aplicación a los créditos fiscales?

Sobre el último de los interrogantes sostenemos enfáticamente la negativa desde que la especialidad de la ley concursal impide que se le aplique la norma general y porque si así sucediera se violaría no solo la igualdad de los acreedores sino también la igualdad jurídica, con grave lesión del sistema constitucional.-

Nº 58:
LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTÍCULOS 16 Y 20 INC. B)
DE LA RESOLUCIÓN GENERAL AFIP 3587/2014

Autor: Gabriela Fernanda BOQUIN

Colegio de Abogados de San Martín.

El requisito de desistir y allanarse respecto de los incidentes de revisión en trámite; requisito que la concursada tachó de inconstitucional por afectar el derecho de defensa en juicio, (art. 18 C.N.), el principio de verdad real (art. 28 C.N.) y el derecho de igualdad (art. 16 C.N).

FUNDAMENTOS

De los arts. 16 y 20 de la R.G. A.F.I.P. Nº 3587/2014 se sigue que para conseguir la conformidad del Fisco Nacional como acreedor concursal, la deudora se verá obligada a allanarse al incidente de revisión que iniciare la A.F.I.P. y a desistir de aquel que promoviere, renunciando al derecho de defensa que le asiste.

Esta obligación importa tanto como aceptar la íntegra pretensión de la A.F.I.P. sin siquiera tener en cuenta lo decidido por el a quo en la resolución prevista por el art. 36 L.C., pues en los hechos la concursada debería solicitar el acogimiento al plan de facilidades de pago por el total insinuado por este acreedor.

Respecto de los contribuyentes y responsables que se encuentren concursados, la R.G. Nº 3587/14 establece en su art. 20 que éstos, a fin de formalizar su acogimiento a un plan de facilidades de pago, deberán: “a) Consultar en el ‘Sistema Registral’, si se encuentra informada la caracterización ‘Concurso Preventivo’ con su respectiva fecha de presentación. Caso contrario, deberá presentar una nota en el área jurídica competente de este Organismo, en los términos de la Resolución General Nº 1.128 con carácter de declaración jurada, indicando: 1. Apellido y nombres, razón social o denominación y Clave Única de Identificación Tributaria (C.U.I.T.) del concursado; 2. Dato del concurso: fecha de presentación del concurso.; b) **Allanarse o desistir y renunciar a toda acción y derecho, incluso el de repetición, cuando se tratare de deudas que se encuentren en ejecución judicial o en curso de discusión administrativa, contencioso-administrativa o judicial y hacerse cargo de las costas que pudieran corresponder. ...**”.

Continúa la norma indicando que el interesado presentará el formulario de declaración jurada N° 408 (Nuevo Modelo), en la dependencia de la A.F.I.P. en la que se encuentre inscripto y que resulte competente para el control de las obligaciones fiscales por las que se efectúa la adhesión al régimen.

La citada dependencia, una vez verificada la procedencia del trámite y realizado el correspondiente control, entregará al interesado la parte superior del referido formulario, debidamente intervenido, quien deberá presentarlo ante la instancia administrativa, contencioso-administrativa o judicial en la que se sustancia la causa.

El art. 16, por su parte, estipula expresamente que no resultará procedente la solicitud de facilidades de pago que incluya deuda en forma parcial y que a los efectos de incorporar al plan propuesto los créditos a favor de la A.F.I.P. que hayan sido declarados admisibles por el juez de la causa y sean susceptibles de revisión por el concursado, deberá presentar escrito judicial ante el juzgado donde se sustancia la causa, en la cual se indicará que se desiste del incidente tramitado por ante esa instancia. Asimismo, efectuará la declaración jurada pertinente, en el formulario de declaración jurada N° 408 (Nuevo Modelo), en la dependencia en la que se tramita la solicitud de acogimiento al régimen establecido en la resolución general en análisis.

Como se advierte, el requisito de acceso al plan de facilidades consistente en la renuncia o desistimiento de las acciones en trámites o futuras fue incorporado por vía reglamentaria por la autoridad de aplicación, mediante la suscripción de una disposición administrativa.

El cuestionamiento entonces, se centra en una norma reglamentaria, la Resolución General A.F.I.P. N° 3587/2014, que ha sido dictada, no por el poder ejecutivo, sino por una autoridad administrativa de jerarquía inferior habilitada a tal fin. No obstante ello, resultan aplicables a su respecto los límites específicos que la Constitución Nacional determina para los reglamentos ejecutivos o de ejecución.

Tales reglamentos son dictados por la administración en ejercicio de facultades normativas propias, para asegurar o facilitar la aplicación o ejecución de las leyes, llenando o regulando detalles necesarios para un mejor cumplimiento de las leyes y de las finalidades que se propuso el legislador.

El límite específico que la Constitución Nacional prevé para el ejercicio de la referida atribución es que no podrá alterar el espíritu de la ley reglamentada con excepciones reglamentarias, lo cual no obsta a que, como ha interpretado reiteradamente la Corte Suprema de Justicia de la Nación, pueda sí contener apartamientos literales que no comprometan la sustancia de la ley (C.S.J.N., 12/09/95, “Barrose, Luis A.”, Fallos 318:1707; 19/05/99, “A.A.D.I. – C.A.P.I.F. Asoc. Civil”, Fallos 322:775, citado por Comadira, Julio Rodolfo en “Derecho Administrativo Argentino”, pág. 23, Editorial Porrúa, México, 2006).

El legislador ha conciliado razonablemente los dos intereses en juego: por un lado la necesidad de incorporar a las arcas del estado el 100% del crédito fiscal adeudado y por otro lado, la de posibilitar la recuperación del concursado y de la actividad económica que desarrolla, en beneficio de todos sus acreedores, al prestar conformidad a la propuesta.

Sin embargo, como anticipara, la autoridad de aplicación ha establecido un requisito adicional para el ingreso al plan de pagos que la ley dispone.

En efecto, impone la renuncia al derecho no sólo a que una autoridad judicial determine definitivamente el *quantum* debido, sino incluso, respecto de las futuras acciones que pudieran entablarse para repetir lo indebidamente pagado, de ser el caso.

En relación a ello, a fin de determinar la constitucionalidad de la norma cuestionada, cabe analizar, en primer término, si puede la autoridad administrativa -por vía reglamentaria- incorporar requisitos adicionales a los que la ley establece para el ejercicio de un derecho y; en segundo lugar, si la norma reglamentaria resiste un control de razonabilidad.

Ello por cuanto, aún suponiendo por vía de hipótesis que la renuncia a las acciones en trámite no distorsiona o desnaturaliza el derecho que la ley le acuerda al contribuyente concursado -opinión que no comparto- resta analizar si su imposición resulta o no razonable.

Y para ello, no corresponde examinar la razonabilidad de la norma confrontando los fines que ella invoca y los medios que utiliza para su consecución, sino que la confrontación debe realizarse entre la Constitución y el derecho, tal como el mismo ha quedado luego de su reglamentación legal (ver en tal sentido, Bianchi, Alberto, “Dinámica del Estado de Derecho”, pág. 102, Editorial Depalma, 1996).

Si la situación de ese derecho es tolerada por la Constitución, podemos decir que la autoridad reglamentaria ha obrado conforme al debido proceso legal, es decir, “razonablemente”.

Cabe recordar que la atribución de potestades que el ordenamiento contiene a favor de los órganos administrativos es formulada en razón de un fin cuya efectiva concreción debe vertebrar todo el accionar de la administración.

La ley exige que las medidas que el acto involucre sean proporcionalmente adecuadas a su finalidad; y como concluye Marienhoff, dado que la garantía de razonabilidad cuyo sustento genérico deviene de los arts. 28 y 33 de la Constitución Nacional, es dable afirmar que lo irrazonable es inconstitucional.

En el marco señalado, cabe analizar si el derecho a acceder al plan de facilidades de pago resulta o no cercenado por la normativa reglamentaria cuestionada por la concursada y por ende, si el requisito adicional que se incorpora por vía reglamentaria es razonable.

En curso y el allanamiento a las promovidas por la A.F.I.P., obligándola de este modo a renunciar al ejercicio de sus derechos, incluido el de defensa, en causas en las que eventualmente podría llegar a determinarse la ilegitimidad de la pretensión de la A.F.I.P., total o parcialmente. También impone la renuncia a la promoción de acciones futuras, como las de repetición.

A poco que se analice no se advierte cuál es el fundamento de esta pretensión, ni cómo coadyuva a la prosecución de los fines propios del organismo administrativo.

En mi opinión el requisito adicional que establece la R.G. N° 3758/14 no guarda razonabilidad alguna respecto de la necesidad de incorporar lo adeudado a las arcas del estado. Ello por cuanto exige la renuncia total e incondicionada a un derecho patrimonial para acceder a un plan de pagos mediante el cual se abona el 100% de la deuda fiscal, lo que conlleva la renuncia al ejercicio del derecho de defensa.

En este orden de ideas, el derecho de defensa reconocido por el art. 18 C.N. ha sido admitido como una garantía múltiple, integrada a la más general del debido proceso legal adjetivo y destinada a suministrar a los individuos la salvaguarda de sus derechos con motivo del ejercicio del poder jurisdiccional del Estado. Su reglamentación administrativa, aplicación e interpretación, entonces, “...*deben efectuarse a la luz de la naturaleza del juicio de que se trate, ya que los requisitos que garantizan su existencia se salvaguardan de muy diversas maneras según los derechos implicados, debiendo tenerse en cuenta los caracteres del proceso y la materia con la que se vinculan...*” (Humberto Quiroga Lavié, Miguel Ángel Benedetti, María de las Nieves Cenicacelaya; “*Derecho constitucional argentino*”, Segunda edición actualizada por Humberto Quiroga Lavié, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009, págs. 454 y 491/492).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación reconoció el carácter no absoluto de esta garantía y sujetó su ejercicio “...*a las reglamentaciones necesarias para hacerlo compatible con los derechos de los demás litigantes y con el interés social de obtener una justicia eficaz...*” (“*Schwartzman*”, Fallos 212:473), en la medida que no se altere, restrinja o suprima el derecho so pretexto de su reglamentación (ver, en tal sentido, Fallos 199:149; 210:1208; entre otros); pues si la garantía de la defensa en juicio se restringe más allá de los límites impuestos por una razonable reglamentación, los demás derechos esenciales se convierten en meras abstracciones formales (Fallos 282:153); pues toda desnaturalización o sobredimensionamiento de las normas rituales termina por convertirlas en “*una suerte de trampas o valladares*” tendientes a frustrar el debido proceso (Fallos 308:117).

También ha dicho la Corte que todo aquel que actúa en juicio en defensa de sus derechos “...*está amparado por la garantía del debido proceso legal consagrado en el artículo 18 C.N., sea que actúe como acusador o acusado, como demandante o demandado [...] puesto que la Carta Fundamental garantiza a todos los litigantes por igual el derecho a obtener una sentencia fundada previo juicio llevado en legal forma, cualquiera sea la naturaleza del procedimiento -civil o criminal- de que se trate...*” (Fallos 268:266; 306:2101).

En sentido similar, el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) establece cuáles son las garantías judiciales mínimas a ser respetadas, indicando en su apartado primero 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 substanciación 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...*” (el destacado me pertenece).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha ocupado de clarificar el alcance las garantías establecidas en la citada norma: “...*en materias que conciernen con la determinación de derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter el artículo 8 no especifica garantías mínimas, como lo hace en el numeral 2 al referirse a materias penales. Sin embargo, el concepto de debidas garantías se aplica también a esos órdenes y, por ende, en ese tipo de materias el individuo tiene derecho también al debido proceso que se aplica en materia penal. Cabe señalar aquí que las circunstancias de un procedimiento particular, su significación, su carácter y su contexto en un sistema legal particular, son factores que fundamentan la determinación de si la representación legal es*

o no necesaria para el debido proceso...” (C.I.D.H., OC-11/90, 10.08.1990, párrafo 28; destacado propio).

La Corte Interamericana reiteró el criterio al afirmar que “...*el elenco de garantías mínimas establecido en el numeral 2 del artículo 8 de la Convención se aplica a los órdenes mencionados en el numeral 1 del mismo artículo, o sea, la determinación de derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. Esto revela el amplio alcance del debido proceso: el individuo tiene el derecho al debido proceso entendido en los términos del art. 8.1. y 8.2., tanto en materia penal como en todos estos otros órdenes...*” (C.I.D.H., caso “*Baena, Ricardo y otros*”, sentencia del 02.02.2001, Serie C N 72, párrafo 125).

En este contexto resulta pertinente recordar que la Convención Americana de Derechos Humanos cuenta con jerarquía constitucional, en las condiciones de su vigencia (cfr. art. 75, inciso 22, C.N.); esto es, según la Corte Suprema de Justicia de la Nación, “...*tal como la Convención citada efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencia por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación...*” (causa “*Giroldi*”, Fallos 318:514, considerando N 12); agregando luego que “...*la jurisprudencia de la Corte Interamericana es una insoslayable pauta de interpretación para los poderes constituidos argentinos...*”.

En otras palabras, sostuvo el Tribunal que “...*el Poder Judicial debe ejercer una especie de control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana (C.I.D.H., Serie C N 154, caso Almonacid, del 26 de septiembre de 2006, parágrafo 124)...*” (C.S.J.N., caso “*Maceo*”, Fallos 330:3248).

La exigencia que la A.F.I.P. impuso por vía reglamentaria, consistente en el desistimiento de acciones de la concursada y el allanamiento de ésta a las pretensiones fiscales, excede a mi juicio la necesidad de compatibilizar los intereses recaudatorios propios de la A.F.I.P. con los derechos de las demás partes involucradas en este concurso preventivo; como asimismo el interés social puesto de manifiesto en el derecho patrimonial estatal y los fines perseguidos por el instituto del concurso preventivo de acreedores.

Queda así en evidencia una contradicción de principios en el Estado, en su doble carácter de legislador y acreedor fiscal.

Ello así, dado que el mismo Estado que como legislador garantiza por una parte el debido proceso en todos los órdenes sociales e impone por otra un mecanismo universal de negociación de deudas mediante la figura del concurso; como acreedor fiscal en procesos universales se autoexime por vía reglamentaria, del cumplimiento de dichas condiciones, eludiendo así el sometimiento de los conflictos al ámbito jurisdiccional.

En este sentido, nuestra jurisprudencia ha señalado que “...*no hay que olvidar que en un estado de derecho el principio de legalidad se impone a los tres poderes, como modo de frenar la omnipotencia a la*

que el ejercicio del poder podría llevar (cfr. doctrina de Fallos 32:120; 210:178; 272:231; 308:1848 y 137:47; entre muchos otros). Es decir, el legislador no deja de estar vinculado con la ley que él dicta para regir su acción, con lo que no podría excluirse de su cumplimiento para determinados casos mediante derogaciones singulares Además, por aplicación de lo dispuesto en el art. 33 de nuestra Ley Suprema, se encuentra en juego la seguridad jurídica, que constituye un valor que tiene rango constitucional y que es una de las bases principales de sustentación de nuestro ordenamiento, cuya tutela innegable compete a los jueces (doctrina de Fallos 243:465; 251:78; 252:134 - La Ley 107-332; 109-666; 96-280; 242-501)...” (causa “Osses”, CNCAF, Sala I, sentencia del 10.10.1996).

Y asimismo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que “... los motivos tenidos en cuenta por el legislador para sustraer la materia de que se trate de la jurisdicción de los jueces ordinarios deben estar razonablemente justificados, pues de lo contrario la jurisdicción administrativa así creada carecería de sustento constitucional e importaría un avance indebido sobre las atribuciones que el art. 116 C.N. define como propias y exclusivas del Poder Judicial de la Nación. Admitir que el Congreso pudiera delegar en los órganos de la Administración facultades judiciales sin limitación material de ninguna especie sería tan impensable como permitir que el legislador delegara la sustancia de sus propias funciones legislativas, lo cual está expresamente vedado en el art. 76 C.N., con salvedades expresas...” (C.S.J.N., “Ángel Estrada y Cía. S.A. v. Secretaría de Energía y Puertos”, 05.04.2005, considerando 14).

El exceso reglamentario de la A.F.I.P. coloca a dicho organismo recaudador en un plano distinto del resto de los acreedores, quienes deben exponerse para el reconocimiento de sus derechos patrimoniales a la totalidad de las instancias jurisdiccionales contempladas por el ordenamiento concursal; instancias éstas de las que la A.F.I.P. pretende eximirse al imponer el desistimiento de unas acciones y el allanamiento a otras, para prestar su conformidad y admitir el acogimiento a un plan de facilidades de pago de obligaciones fiscales.

Implica, asimismo, la obtención de condiciones de pago distintas de las que el deudor se encuentra en condiciones de ofrecer a los demás acreedores y claramente mejores, afectando el principio concursal de la *pars conditio creditorum* y excluyendo arbitrariamente al fisco de los efectos del acuerdo homologado, a pesar de ser habitualmente la A.F.I.P. un acreedor quirografario más

Finalmente admitir como constitucional esas normas importaría convalidar una situación de abuso de derecho (art. 10 CCCN), no amparada por la ley por resultar contraria a los fines que sustentan nuestro ordenamiento jurídico. No todo lo establecido en una norma es justo: una evaluación ineludible que debe hacerse frente al ejercicio que de lo normado se haga; siendo éste un principio que se aplica a todo el ámbito de las relaciones jurídicas y que opera como significador orientador de la interpretación.

Considero irrazonable la limitación respecto del ejercicio del derecho de defensa en juicio, reconocido y garantizado por nuestra Constitución Nacional, que impone la A.F.I.P. por vía reglamentaria, respecto de deudas fiscales en el ámbito concursal.

Máxime, si tomamos en cuenta que la propia normativa dispone que el acogimiento a los planes de pago no implica novación de la deuda regularizada y que la caducidad de los mismos hará exigible la por-

ción de deuda que esté pendiente de ingreso con más la totalidad de los intereses y sanciones que correspondan.

A mayor abundamiento, cabe considerar que podría tratarse de una liberalidad prohibida en los términos del art. 16 de la L.C.Q., toda vez que la renuncia requerida implica un acto de disposición de un derecho patrimonial; ello por cuanto aún cuando se trata de un derecho en expectativa, es susceptible de cuantificación económica y puede alterar la actual situación de los acreedores.

**Nº 59:
LA VERIFICACIÓN TARDÍA Y EL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN.
LA VIGENCIA DE “REVERSAT”¹. LOS ACTUALES PRECEDENTES
“MADERO TANGO”² Y “TRANSPORTE TOMEÓ”³**

Autor: Gabriela Fernanda BOQUIN

Colegio de Abogados de San Martín.

La adecuada interpretación de la norma debe considerar el plazo de 6 meses adicionales a los solos fines de no calificar como tardío al insinuante, pero no debe computarse como un lapso adicional o complementario de la prescripción en curso.

La prescripción concursal siempre es de dos años de dos años para la verificación tardía pero el dies a quo comenzará correr conforme las pautas del art. 2544 y 2546 CCC.

1. Jurisprudencia analizada

Los casos de la Cámara Nacional Comercial “MADERO TANGO” de la Sala D y “TRANSPORTE TOMEÓ” de la Sala B son producto del último plenario de esos Tribunales⁴.

Con el mismo, y sin entrar a debatir sobre la obligatoriedad de estos, se unificó la Jurisprudencia porteña en cuanto a la naturaleza atribuible al plazo de 6 meses en caso de verificaciones extemporáneas conforme las previsiones del art. 56 LCQ. Así primó la postura que se trata de un periodo prescriptivo y no de caducidad de derechos.

¹ SCJN “REVERSAT Ricardo David c/ Expreso General Sarmiento SA s/ incidente de verificación de crédito” 2/7/08

² CNCom Sala D “MADERO TANGO S.A. S/ CONCURSO PREVENTIVO S/ INCIDENTE DE VERIFICACION DE CREDITO POR BENÍTEZ, LUIS FELIPE” 18 de Octubre del 2016

³ CNCom Sala B “TRANSPORTE TOMEÓ SA S/ QUIEBRA S/ INCIDENTE DE VERIFICACION DE CREDITO DE CHORA MARIA ESTHER”, 19 de Octubre del 2016

⁴ CNCom en pleno “Trenes de Buenos Aires SA s/ concurso preventivo s/ incidente de verificación por Jimenez Asunción Elsa 28/6/2016

Ahora bien, sorteado este primer escollo que dividía a las distintas Salas en los fallos bajo análisis se discute acerca de cuando comienza a correr ese plazo o si dado un juicio iniciado de acuerdo al art. 21 LCQ, la prescripción bienal se encuentra totalmente interrumpida hasta el dictado de sentencia firme o el último acto impulsorio que demuestre el interés por parte del acreedor respecto del cobro de su acreencia.

La sala D considera que el plazo para verificar será de 6 meses a contar desde la última petición del titular del derecho ante autoridad judicial que traduce la intención de no abandonarlo (art. 2546 CCCN).

La Sala B en cambio considera que comienza a correr desde cero el plazo prescriptivo poniendo en plena vigencia el art. 2544 CCCN, pero computa a mi criterio erróneamente un plazo diferente al especial concursal de 2 años

Siendo tan dispares las decisiones y existiendo precedente del Superior Tribunal de la provincia de Buenos Aires en sentido similar al propiciado por la Sala B, analizaré la temática en cuestión.

2) Normativa aplicable

La cuestión en debate debe apreciarse al amparo de la normativa vigente, ya que “mayoritariamente se sostiene que las leyes procesales se aplican de forma inmediata a las causas pendientes, siempre que no se prive de validez a los actos procesales cumplidos, ni se deje sin efecto lo actuado de conformidad a las leyes anteriores”.

Por otra parte, el artículo 3 del Código Civil (ley 340) establecía que: “A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplicarán aún a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. No tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, salvo disposición en contrario. La retroactividad establecida por la ley en ningún caso podrá afectar derechos amparados por garantías constitucionales”.

En similares términos se encuentra redactado el art. 7 del Código Civil y Comercial de la Nación sancionado por ley 26.994, el que dispone que “A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. La leyes no tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, excepto disposición en contrario. La retroactividad establecida por la ley no puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales. Las nuevas leyes supletorias no son aplicables a los contratos en curso de ejecución, con excepción de las normas más favorables al consumidor en las relaciones de consumo.”.

De ello se sigue que las modificaciones al Código Civil y Comercial en materia de prescripción son aplicables a los casos en trámite, con los alcances derivados de los arts. 2 y 3 del Código Civil y del art. 7 del Código Civil y Comercial de la Nación aun cuando la defensa de prescripción fue interpuesta con fecha 25/11/14 (fs. 15); es decir, antes de entrar en vigencia el nuevo Código.

Ello, por cuanto rige respecto de las consecuencias de las relaciones jurídicas preexistentes o situaciones legales en curso (cfr. analog. dictamen 75.145, 18-6-96, “Cía. Embotelladora Arg. SA s/ quiebra s/ inc. de realización de la planta de F. Varela (pl. 3) por Banco Mariva conc. especial”).

Es doctrina reiterada de la Corte Suprema que cuando bajo la vigencia de una ley el particular ha cumplido todos los actos y condiciones sustanciales y los requisitos formales previstos en ella para ser titular de un determinado derecho, debe considerarse que hay derecho adquirido, porque la situación creada por esa ley se transforma en una situación concreta e individual en cabeza del sujeto que, como tal, se hace inalterable y no puede ser suprimida por ley posterior sin agravio del derecho de propiedad consagrado por el artículo 17 de la Constitución Nacional (Fallos 296:723; 298:742; causa C.63.XXIV “Cassin”, del 31/10/94; Fallos 163:156; 184:621; 199:467; 202:5; 280:228; 305:899; 296:737; 307:305).

La Corte también tiene dicho que nadie tiene un derecho adquirido al mantenimiento de leyes o reglamentaciones, por lo cual el régimen jurídico que regula determinados hechos puede cambiarse, incluso con efectos retroactivos, pero siempre que no medie vulneración de los derechos definitivamente incorporados al patrimonio de la persona a la que se pretende aplicar la nueva ley (Corte Suprema, “Estévez”, Fallos 251:78).

En relación a ello la jurisprudencia ha entendido que el derecho se vuelve inalterable desde que la situación jurídica general creada por una ley se transforma en una situación jurídica concreta e individualizada en cabeza de un sujeto (“SRL SIG”, Fallos 299:128; “Dellutri”; Fallos, 306:1799).

Con respecto a la regulación en el nuevo Código Civil y Comercial, señaló Kemelmajer de Carlucci que la noción de consumo que subyace en el art. 7 del CCC fue tomada por Borda de la obra de Roubier, quien distingue entre leyes que gobiernan la constitución y la extinción de una situación jurídica, y leyes que gobiernan el contenido y las consecuencias. Cada fase se rige por la ley vigente al momento de esa etapa; el consumo o el agotamiento deben analizarse según cada una de esas etapas, en concreto, para cada tipo de situaciones, siendo imposible una formulación en abstracto, para todo tipo de cuestiones. Considera la autora que tratándose de cuestiones no agotadas de las relaciones jurídicas, por ejemplo si se trata de la aplicación de una ley que regula la tasa de interés posterior al dictado de la sentencia de primera instancia, debe aplicarse la nueva ley a los períodos no consumidos (Kemelmajer de Carlucci, Aída, “El artículo 7 del Código Civil y Comercial y los expedientes en trámite en los que no existe sentencia firme”, <http://www.nuevocodigocivil.com/el-articulo-7-del-codigo-civil-y-comercial-y-los-expedientes-en-tramite-en-los-que-no-existe-sentencia-firme-por-aida-kemelmajer-de-carlucci/>).

La autora, en la obra “La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes” (Ed. Rubinzal-Culzoni) aborda con mayor profundidad la cuestión.

Allí explica que entre el art. 3 del Cód. Civil Ley 17.711) y el art. 7 del Cód. Civ. y Com. (ley 26.994) no hay sustanciales diferencias y que por lo tanto, la jurisprudencia elaborada respecto del primero es aplicable al segundo, e indica que la norma quiere significar que la nueva ley rige no sólo para las situaciones que nacen después de su entrada en vigencia, sino también para las anteriores si se trata de situaciones no agotadas.

Las normas jurídicas tienen una eficacia limitada en el espacio y en el tiempo. Como sucede con cualquier otra realidad humana ellas surgen en un determinado momento y se extinguen en otro.

Estas normas rigen hechos relaciones y situaciones jurídicas. En muchos casos, tales hechos,

relaciones y situaciones no son instantáneos, sino que configuran sucesiones de hechos, conductas, actos y consecuencias que se producen a lo largo del tiempo.

El problema aparece cuando un cambio legislativo se presenta durante la vida de esos hechos, relaciones o situaciones, o sea, entre que nacen y se extinguen. Así, la autora señala que a los efectos de la aplicación de la ley en el tiempo, el Código Civil y Comercial al igual que la ley 17.711 equipara las expresiones situaciones y relaciones jurídicas. En consecuencia, todo lo que se dice de una se afirma de la otra.

Respecto de las consecuencias, las define como las derivaciones o efectos que reconocen su causa eficiente en las relaciones o situaciones jurídicas. Citando a Moisset de Espanés da el siguiente ejemplo de una consecuencia: mientras el responsable no satisface la obligación de resarcir, esta tiene como efectos, entre otros, producir intereses; si una nueva ley varía el tipo de interés, a partir de ese momento, los intereses que devengue la obligación se calcularán de acuerdo a las nuevas tasas; esto es lo que se denomina efecto inmediato de la ley posterior.

Al analizar el art. 7 del Código Civil y Comercial señala que la aplicación inmediata de la nueva norma es la regla general y explica que el efecto inmediato es el efecto propio y normal de toda ley. Ella se aplica inmediatamente después de haber sido sancionada; sistema este que ya tenía el Código Civil anterior. Ello consiste en que la nueva ley se aplica a (i) las situaciones y relaciones jurídicas que se constituyan en el futuro; (ii) las existentes, en cuanto no estén agotadas; (iii) las consecuencias que no hayan operado todavía.

Es decir que la ley toma la relación ya constituida (por ejemplo, una obligación) en el estado en que se encontraba al tiempo en que la nueva ley es sancionada, pasando a regir los tramos de su desarrollo aún no cumplidos.

Finalmente, señala que este “tocar” relaciones pasadas no implica retroactividad porque sólo afecta efectos o tramos futuros. El nuevo ordenamiento no se proyecta atrás en el tiempo; ni altera el alcance jurídico de las situaciones ni de las consecuencias de los hechos y actos realizados y agotados en su momento bajo un determinado dispositivo legal (Kemelmajer de Carlucci, Aída, “La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes”; Ed. Rubinzal-Culzoni pág. 18 y siguientes).

En el mismo sentido se ha expedido Ricardo Lorenzetti (“Código Civil y Comercial de la Nación” T. I, pág. 46) al explicar el referido art. 7. Allí señala que la regla general es la aplicación inmediata de la ley a las consecuencias de relaciones y situaciones jurídicas existentes. Explica que en los supuestos de hecho puede suceder que una relación jurídica que se ha cumplido bajo la vigencia de la ley anterior, tiene efectos que se prolongan en el tiempo y son regulados por la ley posterior. Agrega que la norma (el art. 7) siguiendo el código derogado establece la aplicación inmediata de la ley a las consecuencia de relaciones jurídicas existentes.

3) Naturaleza del plazo de 6 meses

El art. 56 de la LCQ regula el plazo de prescripción de la acción verificatoria, al establecer que la acción podrá deducirse “dentro de los dos años de la presentación en concurso” y dispone que no se con-

siderará tardía “si no obstante haberse excedido el plazo de dos años previsto en el párrafo anterior, aquel se dedujere dentro de los seis meses de haber quedado firme la sentencia”.

Ahora bien, resulta relevante para efectuar un adecuado tratamiento de la cuestión, señalar que el plazo de prescripción de la acción verificatoria, está establecido en la ley concursal, mientras que las causales de interrupción o suspensión de los plazos de prescripción y los modos de computarlos, es materia regulada por el Código Civil y Comercial de la Nación, la cual rige en forma supletoria.

Resulta dirimente entonces determinar cómo se articula la normativa concursal con la normativa general en materia de prescripción que establece el Código Civil y Comercial de la Nación; atendiendo, como se adelantara, a las actuales condiciones de vigencia del instituto en cuestión.

Cabe referir que en materia de prescripción, lo relativo a su inicio y causales de suspensión e interrupción, en virtud de lo dispuesto por el art. 75, inc. 12, de la Constitución Nacional, rige por lo estatuido por el Congreso de la Nación de manera uniforme para toda la República y ante la ausencia de otra norma nacional que la discipline -como si ocurre con respecto a otros tipos de obligaciones con regulación específica-, su solución ha de buscarse en el Código Civil y Comercial de la Nación.

En la normativa concursal específica, en lo que aquí interesa, el art. 56 establece que: “El pedido de verificación tardía debe deducirse por incidentes mientras tramita el concurso o, concluido éste, por la acción individual que corresponda, dentro de los dos años de la presentación en concurso. Si el título verificatorio fuera una sentencia de un juicio tramitado ante un tribunal distinto que el del concurso, por tratarse de una de las excepciones previstas en el artículo 21, el pedido de verificación no se considerará tardío, si, no obstante haberse excedido el plazo de dos años previsto en el párrafo anterior, aquél se dedujere dentro de los seis meses de haber quedado firme la sentencia. Vencidos esos plazos prescriben las acciones del acreedor, tanto respecto de los otros acreedores como del concursado, o terceros vinculados al acuerdo, salvo que el plazo de prescripción sea menor...”

La modificación introducida por la ley 26.086 resultó aún más beneficiosa para el acreedor por cuanto, congruente con el resto de la ley y si bien con una técnica defectuosa no acaece la prescripción abreviada concursal, aunque entre la presentación en concurso y el pedido de verificación haya transcurrido más de dos años. Y se considera no tardío el ejercicio del derecho, si pese a haber transcurrido el plazo de dos años, se solicitara la verificación del crédito dentro de los seis meses posteriores a la sentencia.

Así, el plazo de dos años del art. 56 es de prescripción, por lo que la promoción del proceso de conocimiento o su continuación (como en el caso, habiéndose interpuesto la acción ante el fuero laboral, luego de la presentación en concurso preventivo), tiene efecto interruptivo de la prescripción “acorde con el que la ley civil asigna a la demanda contra el deudor (art. 3986, C.C.), y el que la ley concursal atribuye a la solicitud de verificación tempestiva de créditos (art. 32, párrafo 2º)” (con. Rouillón Adolfo, Régimen de Concursos y Quiebras, Ley 24.522, Astrea, pág. 169).

Como se advierte, la normativa concursal no regula las causales de suspensión ni interrupción para el cómputo del plazo de la prescripción de la acción verificatoria, por lo que resultan aplicables las normas supletorias que al respecto recepta el Código Civil y Comercial (art.2532).

Es que las disposiciones del Capítulo Sexto, Título I, Capítulo I, se aplican en “ausencia de una disposición específica que rija la prescripción del derecho de que se trate”, “en virtud del carácter supletorio” que tienen las normas generales respecto de las específicas

El art. 2546 CCC dispone que “el curso de la prescripción se interrumpe por toda petición del titular del derecho ante autoridad judicial” que traduzca “la intención de no abandonarlo”, contra el deudor, “aunque sea defectuosa, realizada por persona incapaz, ante tribunal incompetente, o en el plazo de gracia previsto en el ordenamiento”.

De esta manera recepta la solución que indica como interruptiva toda manifestación de voluntad de no abandonar o de conservar el derecho que sea efectuada ante cualquier tribunal; primando la interpretación amplia, porque la ley no distingue, en favor de la subsistencia del derecho.

Ello, en consonancia con el lineamiento que indica que al respecto, “debe tenerse presente que las causales interruptivas deben interpretarse estrictamente, pero no pueden serlo ritualmente” (Lorenzetti Ricardo Luis, “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado”, Tomo XI, pág. 307, Rubinzal Culzoni, Editores, 2015).

Así, el acreedor que ejerce su derecho en pos del cumplimiento de la obligación o del reconocimiento jurisdiccional de su derecho “realiza una actividad que destruye el fundamento en que se apoya la ley para desplegar el efecto extintivo de su derecho. Por ello, el curso de la prescripción que ha corrido hasta entonces se interrumpe, borrando el período en que corrió la prescripción que estaba en curso”.

La jurisprudencia, aplicando el derogado art. 3986, asignaba efecto interruptivo equivalente al de la demanda, a aquellas peticiones -aún defectuosas- que evidenciaran la clara intención de no abandonar el ejercicio del derecho; solución expresamente receptada por la normativa vigente.

Si bien la jurisprudencia coincidía con ésta solución, con su positivización desde el dictado de la ley 26.994, se desvanece cualquier duda respecto de la virtualidad que tiene cualquier actividad tendiente a materializar ante la jurisdicción judicial (no así respecto de la administrativa), la pretensión de hacer valer el derecho y también respecto de la corrección de dar primacía a la solución que mantenga o conserve el derecho, por sobre aquella que postule su pérdida.

Pero a mi juicio, la modificación más significativa para la solución del caso, la constituye el art. 2547, por cuanto establece que el efecto interruptivo permanece “hasta que deviene firme la resolución que pone fin a la cuestión, con autoridad de cosa juzgada formal”.

De tal modo, continúa el efecto interruptivo hasta tanto se dicte la sentencia que permita el replanteo en otro proceso; perdiendo virtualidad el efecto, según indica la norma, sólo si “si se desiste del proceso o caduca la instancia”.

“La regulación de la duración del efecto interruptivo de la petición judicial viene a solucionar un vacío normativo que se presentaba bajo la vigencia del código derogado, al no haberse puesto un límite a la duración de la causal interruptiva causada por la demanda. Ello daba lugar a distintas interpretaciones que podían conducir a entenderla como instantánea o prologada, pero sin saber hasta cuando se prolonga-

ba. La solución actual contribuye a la seguridad jurídica en tanto la prolongación de la interrupción causada por la petición judicial se extiende hasta la firmeza de la resolución judicial que pone fin al proceso con autoridad de cosa juzgada formal. Llegado el momento de esa firmeza, el efecto interruptivo termina y comienza el cómputo de la prescripción” (Lorenzetti Ricardo Luis, “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado”, Tomo XI, pág. 310, Rubinzal Culzoni, Editores, 2015),

En suma, cabe asignar efecto interruptivo a las peticiones realizadas ante el trámite no atraído, que demuestran la intención del acreedor de hacer valer su derecho. Así, el plazo de dos años previsto en el art. 56 de la LCQ no comenzaría a correr hasta que se obtuviera sentencia firme.

En idéntico sentido se ha pronunciado la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, postulando “la continuidad interruptiva de la prescripción que produjo la demanda por daños y perjuicios” en el caso, por lo que concluyó que el trámite verificadorio se inició dentro de los plazos previstos por el art. 56 de la ley 24.522. (Ac. N° 2078, sentencia del -VII- 2008, in re “Reversat, Ricardo David y otra c/ Expreso General Sarmiento S.A. s/ incidente de verificación de crédito”)

No quita valor a lo expuesto que el art. 56 disponga que “el pedido de verificación no se considerará tardío, si, no obstante haberse excedido el plazo de dos años previstos en el párrafo anterior, aquel se dedujere dentro de los seis meses de haber quedado firme la sentencia” .

Ello porque claramente establece la norma un plazo adicional, dentro del cual la respectiva insinuación no se considerará tardía (por ende no se le aplicarán los efectos que de tal calificación se derivan como ser, la imposición de costas), pero de ninguna manera podemos considerar que se hace referencia al plazo de prescripción propiamente dicho, a sus causales de interrupción y/o suspensión.

Por otro lado debo destacar que la literalidad del art. 56 LCQ no nos permite afirmar sin más que el plazo de 6 meses está establecido a los fines de la prescripción.

La norma dice que “...Si el título verificadorio fuera una sentencia de un juicio tramitado ante un tribunal distinto que el del concurso, por tratarse de una de las excepciones previstas en el artículo 21, el pedido de verificación no se considerará tardío, si, no obstante haberse excedido el plazo de dos años previsto en el párrafo anterior, aquél se dedujere dentro de los seis meses de haber quedado firme la sentencia...”, o sea que el plazo de 6 meses es a los fines de considerarlo “tardío” pero no tiene relación a una reducción del plazo prescriptivo, que siendo de 2 años comienza a correr (art. 2544 C.C.C.) desde el último acto interruptivo conforme el art 2546 C.C.C.

4) Conclusiones

En definitiva podemos concluir que el plazo de 6 meses previsto en el art. 56 LCQ nunca puede ser considerado de caducidad.

La adecuada interpretación de la norma debe considerar ese plazo a los solos fines de no calificar como tardío al insinuante, pero no debe computarse como un lapso adicional o complementario de la prescripción en curso.

La prescripción concursal es de dos años para la verificación tardía y comenzará correr conforme las pautas del art. 2544 y 2546 CCCN.

Nº 60:

CATEGORIZACIÓN DE CRÉDITOS.

La limitadísima potestad judicial de modificar la propuesta de categorización hecha por el deudor. A propósito de un fallo que no podemos compartir.

Autor: Dr. LORENTE, Javier Armando.

Colegio de Abogados de San Isidro.

“La categorización de créditos (no de acreedores) es una herramienta que la LCQ otorga al concursado para facilitar su negociación concursal con los acreedores. La potestad del juez concursal en materia de aprobación de las categorías se debe limitar al análisis de si la misma se encuentra fundada y es razonable. Si el Juez considera irrazonable la propuesta de categorización del deudor debe abstenerse de crear pretorianamente categorías distintas a las propuestas por el deudor y, en cambio, debe imponer las categorías mínimas obligatorias que establece el segundo párrafo del art. 41 LCQ. La categoría legal (mínima obligatoria) de acreedores quirografarios o comunes no puede ser tenida por abusiva”.

I.- INTRODUCCIÓN: la categorización de créditos es una herramienta en favor del deudor concursado.-

La cuestión de la clasificación y agrupamiento de créditos concursales que permitió la reforma concursal de 1995 es una temática que despertó muy tempranamente nuestro interés¹ como así también el de mucha y prestigiosa doctrina la que dedicó a la temática tanta y tan buena tinta.²

¹ LORENTE, Javier Armando, *La categorización de acreedores según la ley 24.522*, Revista Estudios de Derecho Comercial, Colegio de Abogados de San Isidro, Nº 13, año 1997, pág. 137.-

² Entre otros, aconsejamos la lectura de: ALEGRIA, Héctor, “Categorización de acreedores: obligatoriedad”, en “Derecho Concursal Argentino e Iberoamericano”, t. I, p. 459; BARREIRO, Marcelo G., *La categorización de los créditos*, libro “Contribuciones para el estudio del Derecho Concursal”, en homenaje al Dr. Ariel A. Dasso, Edit Ad Hoc, año 2005, pág. 53; y del mismo autor MODIFICABILIDAD DE LA CATEGORIZACION DE LOS CREDITOS (¿HAY CATEGORIZACION DESPUES DE LA CATEGORIZACION?), para la Revista de Derecho Concursal, Tomo III, director Miguel Raspall, Edit. Zeus de Rosario, año 2005, pág. 47; MAFFIA, Osvaldo J., *Tema y variaciones sobre la ya famosa “categorización”*, LL 1996-E-1425; del mismo autor, *Aspectos de la nueva ley de concursos (II): Clases de acreedores y propuestas concordatarias diversificadas*, LL 1996-B-1069; VAISER, Lidia, *La “categorización” de los acreedores y el crédito laboral: Intereses y beneficios*, ED 169-1264; del mismo autor, *La interpretación de la ley en estado de necesidad y urgencia*, ED 171-107,

La categorización de créditos consiste, como primera aproximación al tema, en la opción de “segmentar” a los acreedores, agrupándolos en distintos estamentos, lo que permitirá al deudor, y esto es fundamental, ofrecer propuestas diferenciadas para las diversas categorías de acreedores.

Así, el propósito del art. 41 LCQ es facultar al concursado a categorizar a sus acreedores en vista al ofrecimiento de propuestas diferenciadas para las distintas categorías de acreedores.

La norma se completa con lo dispuesto por el art. 43 LCQ, que al tratar la cuestión de las propuestas concordatarias, faculta al concursado a ofrecer más de una propuesta alternativa o disyuntiva para una misma casta de acreedores, todo en miras a facilitar la negociación del deudor con sus acreedores verificados o declarados admisibles.

La amplia mayoría de los autores que han tratado la cuestión son contestes en que la categorización de los acreedores es facultativa para el concursado, aunque también coinciden en destacar lo poco feliz de la redacción de la norma. Así, Maffía se inclina por interpretar que la clasificación es potestativa para el deudor³, fundándose para ello -principalmente- en que no hay sanción prevista para su incumplimiento⁴. A idéntica conclusión arriba Gebhardt, sosteniendo que la obligatoriedad de la agrupación de acreedores condenaría el instituto al absurdo, ya que sólo tiene sentido si el concursado se propone formular propuestas diferenciales a distintos grupos de acreedores⁵.

También se inclina Mosso por concluir que categorizar es un derecho del concursado, y para fundar su posición nos aporta una herramienta práctica. Propone que el intérprete del art. 41 LCQ, tal como hemos hecho *supra*, abra un paréntesis luego de la palabra “admisibles” para cerrarlo después del término

comentario al agudo fallo del Dr. Miguel J. Bargalló, Juez Nacional de Primera Instancia en lo Comercial Nº 11, en autos “Florio y Cía ICESA s/conc. prev.”, 22-8-96, del mismo autor, *La categorización de los acreedores en el concurso preventivo: ¿el abrazo del oso?*, DSYC Errepar; Nro.155, Octubre 2000; REGGIARDO, Roberto S., *Sobre el carácter facultativo de la categorización de acreedores en el concurso preventivo y las categorías mínimas*, ED 172-978; GEBHARDT, Marcelo, en la actualización a la obra de Santiago Fassi, *Concursos y Quiebras*, 5ª edición actualizada, págs. 137 y sigtes.; DASSO, Ariel A., *La “categorización” de acreedores en el nuevo proceso concursal*, LL 1996-D-10, en comentario al muy completo fallo del Dr. Guillermo G. Mosso, Juez de Procesos Concursales y Registro Nº 3 de Mendoza, en autos “Salinas, Abelardo R.” del 17-11-95; COLOMBRES GARMENDIA, Ignacio, *Categorización y propuesta de acuerdo preventivo en la ley 24.522*, Revista de Derecho Privado y Comunitario Nº 10, Concursos y Quiebras - I, pág. 153 y sigtes.; TRUFFAT, E. Daniel, *Las también “turbulentas” aguas de la categorización*, Errepar DSE Nº 195, pág. 189; BOSCH, Agustín y TRUFFAT, Edgardo D., *Propuestas alternativas y otras cuestiones*, ED 171-123; BARREIRO, Marcelo y LORENTE, Javier, “Categorización: ¿de créditos o de acreedores?”, Rev. E.D. Nº 9993 del 27-04-00, págs. 1 a 3; BRUZZO, Mario Oscar, *Categorización de acreedores*, Rev. LL del 8/10/99; RUBÍN, Miguel E., *Categorización, propuestas de acuerdo preventivo y atribuciones del juez del concurso*. Buscando soluciones para los problemas surgidos durante cinco años de aplicación de la ley 24.522, LA LEY2000-E, 1015, cita Online: AR/DOC/7876/2001; ZAMPINI, Néilda, GARAGUSO, Horacio y MORIONDO, Alberto, “Agrupamiento y clasificación de acreedores” en “Derecho Concursal Argentino e Iberoamericano”, t. I, p. 472; MOSSO, Guillermo G., “Categorización propuesta rechazada judicialmente”, en “Derecho Concursal Argentino e Iberoamericano”, t. I, p. 479; ROUILLON, Adolfo, “Novedades concursales del fin del milenio: la clasificación de acreedores en el concurso preventivo”, JA, 88 Aniversario, p. 408.

³ MAFFIA, Osvaldo J., *Tema y variaciones sobre la ya famosa “categorización”*, LL 1996-E-1425.

⁴ La falta de sanción en el texto legal también le permite concluir a Rouillon la no obligatoriedad de la categorización, conf. ROUILLON, Adolfo A. N., *Régimen de concursos y quiebras*, Astrea, 5ª de., 1995, págs. 82 y 83.

⁵ GEBHARDT, Marcelo, en la actualización a la obra de Santiago Fassi, *Concursos y Quiebras*, 5ª edición actualizada, pág. 138. En igual sentido: DASSO, Ariel A. y otros., *Quiebras. Concurso Preventivo y Cramdown*, Ad-Hoc, Tº I, pág. 208.

“categorización”, quedando así en evidencia que el deudor propone segmentar su pasivo sólo a efectos de ofrecer a las distintas categorías resultantes propuestas diferenciales de acuerdo preventivo⁶.

Más aún, categorizar no sólo es enteramente potestativo para el concursado, sino que se trata de una herramienta que el mismo debe emplear con exquisito cuidado, pues una inadecuada categorización de sus créditos puede estar condenando de antemano al deudor, y con enorme anticipación, a la imposibilidad de obtener conformidades a sus distintas propuestas de acuerdo preventivo. Con exactitud se ha dicho que “Categorizar implica realizar un acto meditado, reflexivo y deliberado; ejercitado dentro de la esfera de libre decisión que cabe al concursado”.⁷

II.- LIMITACIONES AL DERECHO DEL DEUDOR DE CATEGORIZAR. Las categorías mínimas obligatorias.-

Ya hemos explicado que a pesar de la defectuosa redacción del primer párrafo del art. 41 LCQ, la categorización es una facultad pero no un deber para el concursado. Se trata de una herramienta que el ordenamiento concursal pone a su disposición para facilitarle la solución concursal a su crisis.

Pero esta potestad del concursado no es omnímoda. Está sujeta a dos límites claros impuestos en la propia ley. La categorización debe ser fundada y debe ser razonable.

Además, también como límite deben contemplarse la existencia de las categorías mínimas obligatorias impuestas por la LCQ.

Insistimos, se trata de una herramienta o facultad en favor del concursado. Sin embargo, la inequívoca redacción del segundo párrafo del mismo art. 41 LCQ (“**deberá** contener, **como mínimo**”), aunque no es nuestro gusto y deseo, lleva inexorablemente a la existencia de categorías mínimas obligatorias, sean para el deudor al tiempo de categorizar y/o al juez al tiempo de dictar su resolución da categorización (art. 42 LCQ).

Repetimos que si se nos preguntara desde el punto de vista legislativo, no dudaríamos en defender la tesis de la no existencia de categorías mínimas obligatorias, asignándole al deudor la máxima amplitud en tan sensible decisión. Sin embargo, como intérpretes objetivos de la ley no nos queda sino concluir que el segundo párrafo del art. 41 LCQ inexorablemente aporta sustento a la tesis de la obligatoriedad de la categorización mínima impuesta por la ley, aunque ya veremos que es mucho menos grave de lo que a simple vista aparece.

En síntesis, si bien categorizar a sus acreedores es enteramente potestativo para el deudor concursado, si decide hacerlo y siguiera un lineamiento que se aparte de las pautas que fija el 2º párrafo del

⁶ MOSSO, Guillermo G., *Renunciabilidad a los privilegios en el concurso y su relación con el período de exclusividad*, ponencia al III Congreso Argentino de Derecho Concursal y I Congreso Iberoamericano sobre la Insolvencia, *Derecho Concursal Argentino e Iberoamericano*, Ad-Hoc, Tº I, .pags. 491/497.

⁷ Juzg. Conc. y Reg. Mendoza, n. 3, 28/04/2003 - Nieto y Compañía S.A.I.C.A. s/conc. prev., Lexis Nº 30010921.

art. 41 LCQ, al momento de fijar definitivamente las distintas castas en la resolución del art. 42 LCQ, el juez está compelido a asegurar la existencia de las categorías mínimas.

Así, se ha dicho que el carácter facultativo de la categorización, que se ha visto a partir de la forma verbal empleada en los arts. 39 inc. 9º y 44 LCQ, no debe sino entenderse referida a otras posibles categorías, en más de las legales. La circunstancia que no se hubiere previsto una directa sanción frente al incumplimiento de categorizar a los acreedores, no enerva el **deber** del juez de fijar definitivamente las categorías legales que procedieren, con la inherente consecuencia que fluye de lo reglado por el art. 46 LCQ ⁸.

Si, como creemos, efectivamente existen categorías mínimas impuestas por la ley, como veremos, en realidad se resumen en dos categorías mínimas: quirografarios y quirografarios laborales.

III.- LA RAZONABILIDAD DE LA CATEGORIZACION.-

Este fundamental parámetro que necesariamente debe respetar la categorización de créditos dentro del proceso concursal, fue incorporado al texto del art. 41 LCQ por el Senado de la Nación durante el trámite parlamentario de la ley 24.522.

Como parámetro básico para que tanto el Síndico (inc. 9º del art. 39 LCQ) como el Juez (art. 42 LCQ) juzguen este aspecto, es menester recordar que la razonabilidad de los actos jurídicos siempre se presume ya que es un principio que impregna todo nuestro ordenamiento legal desde sus mismas raíces, tanto como que dicho principio resulta del juego armónico de los arts. 14 y 28 de la Const. Nacional.

El principio de razonabilidad, en el ámbito del Derecho Constitucional, exige que deba cuidarse especialmente que las normas legales mantengan coherencia con las reglas constitucionales durante el lapso que dure su vigencia en el tiempo, de suerte que su aplicación concreta no resulte contradictoria con lo establecido en la ley fundamental ⁹.

Y por cierto que la garantía de respeto a dicho principio constitucional está dado por el control jurisdiccional suficiente, destinado a asegurar la fundamental razonabilidad de los actos jurídicos de los otros poderes del Estado y de los individuos en su vida de interrelación.

La propia Corte Suprema de ha encargado de describir el sentido de la razonabilidad, explicando que la circunstancia de que un sujeto obre en ejercicio de facultades discrecionales, de manera alguna puede constituir un justificativo de conducta arbitraria, puesto que es precisamente la razonabilidad con que se ejercen tales facultades, el principio que otorga validez a los actos jurídicos y que permite a los jueces, ante planteos concretos de la parte interesada, verificar el cumplimiento de dicha exigencia ¹⁰.

⁸ Del fallo de primera instancia firme del Dr. Bargalló, Juz. Nac. de Primera Instancia en lo Comercial N° 11, 22-8-96, "Florio y Cía. I.C.S.A. s/Conc. Preventivo", ED 171-109.

⁹ CSJN, 6-7-82, LL 1982-D-281; Ídem., 9-4-81, LL 1981-B-444 y ED 94-173.

¹⁰ CSJN, 21-11-85, LL 1986-B-174 y DJ 1986-2-281; Ídem., 13-5-86, LL 1986-D-123; Ídem., 15-5-84, LL 1984-C-183; Ídem., 27-9-83, ED 107-106; Ídem., 22-3-84, ED 108-460 y JA 984-III-70; Ídem., 16-12-93, LL 1994-D-73.

Por otra parte, la pauta que contiene el art. 41 LCQ no es distinta, en esencia, de los principios establecidos en los arts. 953 y 1071 del Código Civil que también atacan el obrar abusivo.

Sin perder de vista la innegable importancia de la "razonabilidad" de la propuesta, y para ser coherentes con la pauta hasta aquí desarrollada, creemos que el parámetro de razonabilidad sólo debe servir para que el juez invalide una propuesta de categorización proveniente del concursado que tenga por fin último el perjudicar a uno o más acreedores.

Si no se presenta la intención aviesa del concursado, creemos que el juez del concurso no puede ni debe contrariar la segmentación propuesta por el deudor fundándose en su falta de razonabilidad.

IV.- MODIFICACIÓN DE LA CATEGORIZACIÓN POR EL JUEZ.-

Insistimos que el destino de toda la solución preventiva intentada por el concursado depende de la obtención de conformidades en cada una de las categorías de acreedores. De allí la importancia capital de la configuración de las categorías, proceso en el cual -a nuestro entender- el juez del concurso debe limitarse a vigilar que su disposición no sea arbitraria y dañosa.

En una larga lista de fallos jurisprudenciales se aprecia la injerencia de los jueces en el reencauzamiento de la categorización. Si bien el art.41 trae pautas expresas vinculadas a la fundamentación y la razonabilidad de la propuesta de agrupamiento, no es ajena a la esfera del ejercicio regular de un derecho la arquitectura que el deudor formule a ese respecto.

Así puede apreciarse que en el ejercicio de la fijación "definitiva" de las categorías (en la modalidad empleada por el art.42 los jueces han intervenido a menudo reformulando las propuestas del deudor. Puede mencionarse entre algunos fallos los que seguidamente se enuncian:

De aquí en más nos guiamos por el análisis hecho por Rubín¹¹ sobre la cuestión: Diche dicho autor que se infiere del art. 42 LCQ que la ley autoriza al juez a aceptar o rechazar la "categorización" hecha por el concursado.

Recuerda la opinión de Bosch y Truffat¹² (76) en punto a que el juez sólo modificará las categorías de acreedores cuando advierta que las propuestas diseñadas por el concursado tienen por objeto manipular las mayorías.

Tal como hemos afirmado supra, coincidimos con Rubín en que de la combinación de los arts. 41 y 42 de la ley concursal se deduce que el juez puede desdeñar la "categorización" porque no es razonable o porque carece de fundamentos.¹³

¹¹ RUBÍN, Miguel E., Categorización, propuestas de acuerdo preventivo y atribuciones del juez del concurso. Buscando soluciones para los problemas surgidos durante cinco años de aplicación de la ley 24.522, LA LEY2000-E, 1015, cita Online: AR/DOC/7876/2001;

¹² BOSCH, Agustín y TRUFFAT, Edgardo D., "Propuestas alternativas y otras cuestiones", ED, 171-123.

¹³ Con cita de ROUILLON, Adolfo, "Novedades concursales de fin del milenio: la clasificación de acreedores en el concurso preventivo", JA, 88 Aniversario, p. 405.

Y no acercamos entonces al tópico de este apartado: si la “categorización” efectuada por el deudor es rechazada, no está claro si el juez puede, además, modificar tales categorías o crear nuevas.¹⁴

Cita seguidamente a Mosso, en opinión que compartimos, que la única consecuencia del rechazo judicial consiste en tener por no efectuada la “categorización”¹⁵(79). Piensa que el juez carece de facultades para enmendarle la plana al concursado y realizar, per se, una nueva “categorización”. En esa dirección, concluye, la propuesta para los acreedores quirografarios abarcaría a todos los acreedores que carezcan de prelación legal.

No sólo el Juez Bargalló en el caso “Florio”, sino también el Juez Fernández Moores en “Lanera Argentina” y el Juez Favier Dubois en “Correo Argentino” impusieron la categoría legal “acreedores quirografarios laborales” que el deudor había omitido.

Sin embargo Truffat, adhiriendo al fallo “Correo Argentino” que comenta¹⁶, postula que las alternativas serían tres 1) rechazar la categorización y dar por perdido el derecho a concretar propuestas diferenciadas (me parece que esta solución es peor que la alcanzada en “Florio” y postulada por Mosso); 2) rechazar la categorización e intimar a la concursada a efectuar una nueva propuestas (sobre cuyas aristas hemos avanzado en el apartado precedente); o bien 3) rechazar la categorización e imponer al concursado una nueva clasificación (tesis seguida precisamente en “Schoeller Cabelma”, “Serafini y Cñía.”, “Listas Argentinas” y el propio “Correo Argentino”)

Adherimos al criterio que sostiene que si el Juez considera que la propuesta de categorización formulada por el concursado es infundada o irrazonable, debe imponer las categorías mínimas obligatorias.-

V.- LA CATEGORÍA DE ACREEDORES QUIROGRAFARIOS JAMÁS PUEDE SER TENIDA COMO IRRAZONABLE. Nuestra discrepancia con el fallo “Asistir”.

Finalizamos esta ponencia aplicando los conceptos que postulamos a lo largo de ella a un reciente pronunciamiento de primera instancia dictado en autos “ASISTIR S.A P/ CONCURSO GRANDE”, en trámite por ante el TERCER JUZGADO DE PROCESOS CONCURSALES PRIMERA CIRCUNSCRIPCIÓN JUDICIAL de la Pcia. de Mendoza.

En la especie, y en lo que resulta relevante para nuestro análisis, el Juez del concurso tuvo por

¹⁴ RUBÍN, Miguel E., Categorización, propuestas de acuerdo preventivo y atribuciones del juez del concurso. Buscando soluciones para los problemas surgidos durante cinco años de aplicación de la ley 24.522, LA LEY2000-E, 1015, cita Online: AR/DOC/7876/2001;

¹⁵ MOSSO, Guillermo G., “Categorización propuesta rechazada judicialmente”, en “Derecho Concursal Argentino e Iberoamericano”, t. I, p. 479, GEBHARDT, Marcelo, en la actualización de la obra de FASSI, Héctor, “Concursos y quiebras. Ley 24.522”, p. 140, Juz. Nac. en lo Comercial núm. 11, 22/5/97, “Schoeller Cabelma S.A. s/conc. prev.”, IJ Documento N° 225762 y 225776, todos citados por RUBÍN, Miguel E., Categorización, propuestas de acuerdo preventivo y atribuciones del juez del concurso. Buscando soluciones para los problemas surgidos durante cinco años de aplicación de la ley 24.522, LA LEY2000-E, 1015, cita Online: AR/DOC/7876/2001;

¹⁶ CNCom., Sala B, 30-9-2003, “Correo Argentino SA s/concurso preventivo s/incidente de apelación art. 250 inc. 2”, con comentario de TRUFFAT, E. Daniel, *Las también “turbulentas” aguas de la categorización*, Errepar DSE N° 195, pág. 189

irrazonable la propuesta de categorización formulada por el concursado y siguiendo la opción “2” que propone Truffat en su comentario al caso “Correo Argentino”, le otorga un plazo de 3 días a la concursada para que modifique su propuesta de categorización, adecuándola a las pautas de razonabilidad expuestas.

El problema radica precisamente en que el Juez anticipa en su resolución que no sigue otra de las alternativas propuestas por Truffat, esto es, imponer las categorías mínimas obligatorias, pues –sostiene– “que debería estarse a las categorías de ley, con lo cual quedaría conformada una única categoría de acreedores quirografarios, situación que es – precisamente – la que considero irrazonable”.

No podemos compartir el criterio del Tribunal. La categoría mínima obligatoria de quirografarios, en ninguna circunstancia puede tenerse por irrazonable. En primer lugar por ser tal categoría de fuente legal y, en segundo término, por haber existido esta categoría desde tiempos inmemoriales.

Hasta 1995, esto es, hasta que pudieron formalizarse categorías de acreedores (arts. 41 y 42 ley 24.522) la categoría de acreedores quirografarios ya constituía una categoría legal obligatoria, a decir verdad, la única. Tan imperativa que, de no obtenerse la conformidad en esta única categoría de acreedores la quiebra era inexorable.-

Y creemos que la imposibilidad de tener por irrazonable la categoría de acreedores quirografarios es absoluta pues no se nos ocurren, ni tampoco emanan del fallo, razones prácticas y concretas que justifiquen que un Juez así lo decida.-

Y ello sin perjuicio de la innegable potestad judicial de no homologar propuestas abusivas (art. 52 inc. 4°), pero ello refiere a las propuestas de acuerdo preventivo mas no a la categorización de créditos donde el cartabón es el de la razonabilidad.

Dice el fallo bajo análisis: “Por otra parte, teniendo el juez la potestad normativamente reconocida – y por tanto indiscutible – para no homologar una propuesta irrazonable o abusiva (art. 52 inc. 4 LCQ) y al ser la categorización el núcleo de la negociación para la conformación del concordato; aquella potestad existe desde el inicio de las actuaciones que tienen por finalidad la homologación del acuerdo. De nada sirve permitir el tránsito por un camino que el suscripto de antemano considera que no conducirá al destino deseado”.

Tampoco podemos compartir el razonamiento, pues al tiempo de dictar la resolución de categorización (art. 42 LCQ) el Juez no conoce aún el contenido de la propuesta de acuerdo preventivo por lo que mal puede considerarla abusiva o en fraude a la ley.

En síntesis, tal parece que en el caso concreto, al Tribunal le parece de antemano (casi en abstracto) como abusivo que los acreedores quirografarios, fueran del monto que fuesen, hayan de recibir la misma propuesta de acuerdo preventivo o, dicho de otro modo, que es irrazonable que acreedores de distintos montos estén agrupados en la misma categoría.

Una vez más, este prejuicio del Tribunal no puede ser compartido.-

VI.- CONCLUSIÓN.-

Por todo lo expuesto, elevamos a su consideración la siguiente PONENCIA: **“La categorización de créditos (no de acreedores) es una herramienta que la LCQ otorga al concursado para facilitar su negociación concursal con los acreedores. La potestad del juez concursal en materia de aprobación de las categorías se debe limitar al análisis de si la misma se encuentra fundada y es razonable. Si el Juez considera irrazonable la propuesta de categorización del deudor debe abstenerse de crear pretorianamente categorías distintas a las propuestas por el deudor y, en cambio, debe imponer las categorías mínimas obligatorias que establece el segundo párrafo del art. 41 LCQ. La categoría legal (mínima obligatoria) de acreedores quirografarios o comunes no puede ser tenida por abusiva”.**

TERCER JUZGADO DE PROCESOS CONCURSALES PRIMERA CIRCUNSCRIPCIÓN JUDICIAL

PODER JUDICIAL MENDOZA

foja: 2216

CUIJ: 13-03795319-3((011903-1017424))

ASISTIR S.A P/ CONCURSO GRANDE

103834368

Mendoza, 09 de Marzo de 2017.

Y VISTOS: Las presentes actuaciones arriba individualizadas, y

CONSIDERANDO: 1. Que nos encontramos en la oportunidad de emitir pronunciamiento respecto de la categorización de acreedores según lo dispuesto por el Art. 42 de la LCQ. Esta resolución marca un hito en el desarrollo del proceso concursal, porque señala el comienzo de una nueva etapa del juicio; esto es, la de negociación con los acreedores durante el período de exclusividad.

En efecto, la categorización implica la existencia de un abanico de posibilidades para tratar adecuadamente cada clase de créditos. Dentro de cada categoría también se pueden realizar propuestas diferenciadas en tanto estén justificadas en la diversidad negocial, en una visión dinámica de la pars conditio creditorum. Es decir, el objetivo perseguido es el de flexibilizar el proceso preventivo con alternativas económicas realistas y debe entenderse como metodología apta para permitir una reorganización empresarial o – al menos – del pasivo, efectiva y eficaz. Cabe aclarar que la propuesta de categorización no puede ser arbitraria, sino que debe fundarse en criterios de razonabilidad en orden a la naturaleza de los créditos agrupados.

2. El tema del carácter de la categorización ha sido debatido fuertemente por la doctrina y expuesto suficientemente, sosteniendo un sector que la categorización es simplemente facultativa, criterio que

comparte el suscripto. En este sentido, se ha afirmado que la categorización constituye una carga procesal y no una obligación del deudor. Como sostiene Rubín, es un derecho del concursado, al que incluso puede renunciar en cualquier momento dentro del periodo de exclusividad (Rubín, Miguel E. “Categorización, Propuestas de Acuerdo Preventivo y Facultades del Juez del Concurso LL13/9/00 pág.1).

Haya o no proyectado agrupamiento el concursado, es el juez quien debe fijar definitivamente las categorías de acreedores, en los límites que le impone la propia legislación concursal, es decir con el parámetro de la razonabilidad, la fundamentación y sin vulnerar los derechos de los acreedores. (G. Pesaresi “Ley de Concursos y Quiebras” Ed. Abeledo Perrot Pág. 312).

3. En el caso de autos, a fs. 2022 y vta. el concursado ha formulado la siguiente categorización: 1) Quirografarios Comunes; 2) Quirografarios Laborales; 3) Acreedor Impositivo Nacional (AFIP); 4) Acreedor Impositivo Provincial (Mendoza); 5) Crédito de la Dirección General de Rentas de la Provincia de San Juan; 6) Crédito de la Dirección General de Rentas de la Provincia de San Luis; 7) Crédito de la Dirección General de Rentas de la Provincia de Córdoba; 8) Crédito de la Dirección General de Rentas de la Provincia de Tucumán.

4.1. Como fue expuesto, el suscripto tiene facultades para establecer definitivamente las categorías de créditos que conformarán el marco de negociación entre el deudor y sus acreedores.

Conforme establece el art. 41 LCQ, la clasificación y agrupamiento de acreedores en categorías debe ser razonable y el primer criterio de razonabilidad establecido normativamente atiende a los montos verificados.

Explica Rouillon que “El standard jurídico razonabilidad, introducido por el Senado al art. 41 de la ley 24.522, implica dejar al juzgador una facultad de control sobre la propuesta clasificadora del deudor, en función de las circunstancias de cada caso... La razonabilidad es un límite puesto a la conveniencia en función del trato razonablemente paritario que debe darse a los acreedores de igual clase... La razonabilidad apunta a preservar el derecho de ser considerado similar a otro/s, a los efectos de decidir sobre el acuerdo, a raíz de comunes elementos que no sean caprichosos, arbitrarios, extravagantes, ridículos, insensatos, orientados a la manipulación de los acreedores, a su discriminación irracional, a su agrupación hecha de manera malintencionada y con el solo fin de neutralizar la disidencia de alguno con las conformidades de otros sin que entre uno y otros existan similitudes razonables.” (Rouillon Adolfo A. N. – Director – Código de Comercio Comentado y Anotado, La Ley, 2007, T IV – A, p. 513).

Si se pasa revista a la composición de la genérica categoría de acreedores quirografarios, es fácil advertir que existen enormes distancias entre los montos de los créditos que la integran; distancias que hacen tambalear la razonabilidad que debe primar en la categorización. A ello cabe agregar que la categorización propuesta carece de la fundamentación requerida por la normativa legal.

No desconozco el debate doctrinario respecto del alcance de las facultades judiciales para modificar la categorización propuesta por el concursado. Más allá que, como es evidente, me enrolo en la postura que reconoce tales facultades, en el caso de autos advierto dos cuestiones que afirman la necesidad de intervenir en la clasificación proyectada por el deudor.

En primer término advierto que si el juez tuviere la facultad de no admitir por irrazonable la categorización efectuada por el deudor pero sin imperio para modificarla, la consecuencia sería que debería estar-se a las categorías de ley, con lo cual quedaría conformada una única categoría de acreedores quirografarios, situación que es – precisamente – la que considero irrazonable.

Por otra parte, teniendo el juez la potestad normativamente reconocida – y por tanto indiscutible – para no homologar una propuesta irrazonable o abusiva (art. 52 inc. 4 LCQ) y al ser la categorización el núcleo de la negociación para la conformación del concordato; aquella potestad existe desde el inicio de las actuaciones que tienen por finalidad la homologación del acuerdo. De nada sirve permitir el tránsito por un camino que el suscripto de antemano considera que no conducirá al destino deseado.

Luego del siguiente análisis de relativa simplicidad, La irrazonabilidad es manifiesta:

- Los créditos de \$1 a \$50.000 representan el 3,4% del pasivo integrante de la pretendida categoría quirografaria y sus titulares el 55% en el cómputo de personas con derecho a voto; mientras que el acreedor de mayor monto – el cual, según la propuesta de la concursada, integraría también la misma categoría – representa el 59,36% del capital y el 0,41% de personas.

- Si, como análisis alternativo tomamos los créditos de \$1 a \$100.000, este grupo representa el 72% de capital y el 7,53% de personas integrantes de la pretendida categoría.

- Si extendemos el ejemplo hasta la suma de \$200.000, estos créditos representarían el 88% del capital y el 14,8% de personas en la categoría.

En definitiva, no encuentro justificación para que en el cómputo de mayorías integren la misma categoría y – en rigor – se le ofrezca la misma propuesta de acuerdo, v.gr.; al crédito de Miguel Ángel Blanquer (de \$ 496,82 con causa en honorarios por prestación de servicios) conjuntamente con el del BBVA Banco Francés S.A. (cuyo crédito asciende a \$ 1.005.125 y tiene causa en saldo deudor en cuenta corriente y tarjeta de crédito) y con el acreedor de mayor monto cuyo crédito – en el universo de acreedores quirografarios – supera el porcentaje requerido por el art. 45 LCQ para alcanzar la mayoría de capital.

Es por lo expuesto que considero que la categorización propuesta por la concursada resulta inadmisibile.

Este mismo criterio fue adoptado en autos N° 1.017.264 caratulados “KLP Emprendimientos Sociedad Anónima p/ Megaconcurso”, mediante resolución del 26/07/2016. Allí dispuse la categorización de oficio de los créditos quirografarios del siguiente modo: a) Quirografarios hasta \$200.000; b) Quirografarios desde \$200.00 hasta \$35.000.000 y c) Quirografarios de más de \$35.000.000. Además, teniendo en cuenta la regla del art. 273 inc. 3 LCQ y a fin de garantizar la posibilidad de ejercicio del derecho de defensa, fue otorgado el plazo de cinco días para que la concursada pudiera proponer modificaciones a la integración de las categorías dispuestas jurisdiccionalmente siguiendo las pautas de razonabilidad adoptadas. Se aclaró también que, de conformarse a lo resuelto no ejerciendo tal derecho, comenzaría automáticamente el período de exclusividad; lo que así ocurrió.

Sin embargo, en el presente caso no median las mismas circunstancias que en el antecedente rese-

ñado y a fin de no ocasionar inconvenientes innecesarios a la deudora, considero de mayor prudencia otorgar el brevísimo plazo de tres días para que la concursada modifique su propuesta de categorización, adecuándola a las pautas de razonabilidad expuestas y bajo apercibimiento de que los créditos quirografarios sean categorizados por el Tribunal.

4.2. Como resulta de fs. 450/453 y 491/492 de los autos N° 1.017.614 caratulados “ASISTIR S.A. P/CONC. GRANDE P/PRONTO PAGO ART. 14 INC. 11, 12 Y 16 LCQ” existen acreedores laborales quirografarios, de manera que se impone la creación de esta clase (art. 41 segundo párrafo LCQ).

4.3. Por otra parte, la deudora ha previsto categorías individuales para los acreedores quirografarios fiscales de las provincias de Mendoza, San Juan, San Luis, Córdoba y Tucumán; sin que ocurra lo mismo respecto de las provincias de Neuquén, La Pampa y Entre Ríos.

Tal desigualdad es inadmisibile, razón por la cual se encomendará a la concursada que prevea una categorización similar para todos los acreedores fiscales.

5. Corresponde designar a los nuevos integrantes del comité de control, el cual quedará conformado por el acreedor de mayor monto dentro de cada una de las categorías y por dos representantes de los trabajadores de la concursada (art. 42 y 260 LCQ).

Por ello,

RESUELVO:

I. Otorgar a la concursada el plazo de tres días para que de modo fundado, adecue su propuesta de agrupamiento y clasificación a las pautas de razonabilidad establecidas en los considerandos, bajo apercibimiento de que los créditos quirografarios sean categorizados nuevamente por el Tribunal.

CÓPIESE. REGÍSTRESE. NOTIFÍQUESE POR LISTA (ART. 273 AP. 5 LCQ).

N° 61:
ACREEDOR “CONTROLANTE O DOMINANTE”:
EXCLUSIÓN DEL CÓMPUTO POR HOSTIL.

Autores: PISANI, Osvaldo E. y MARTINELLI PHILIPP, María Victoria.

Colegio de Abogados de San Isidro.

Entendemos que, ante una real actividad empresarial, la existencia de un acreedor cuyo crédito represente más de un tercio del total del pasivo verificado y/o admisible y que lo transforma en “controlante o dominante” del acuerdo, puede ser incluido dentro del concepto de “acreedor hostil” y por tal motivo, excluido del cómputo, en ciertos casos y según las circunstancias.

ANTECEDENTES: Acreedor “Hostil”.

La Ley 24.522 (en adelante LCQ) en su artículo 45, al establecer las mayorías necesarias para la aprobación de la propuesta de acuerdo preventivo, indica quienes se encuentran excluidos a los fines de dicho cómputo.- De este modo, establece que “... *Se excluye del cómputo al cónyuge, los parientes del deudor dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o adoptivos, y sus cesionarios dentro del año anterior a la presentación. Tratándose de sociedades no se computan los socios, administradores y acreedores que se encuentren respecto de ellos en la situación del párrafo anterior, la prohibición no se aplica a los acreedores que sean accionistas de la concursada, salvo que se trate de controlantes de la misma...*”

La finalidad buscada por la ley al excluir del cómputo a ciertas personas (humanas o jurídicas) es que la voluntad al otorgar su consentimiento o no con la propuesta concursal, no se encuentre viciada y sea totalmente libre para decidir aprobar o rechazar el acuerdo.- (conf. Rivera, Roitman, Vitolo: *Ley de concursos y quiebras*, tomo I, Pág. 314).-

Tanto la doctrina como la jurisprudencia, teniendo en cuenta la finalidad seguida por la norma, reiteradamente señalaron que la enumeración del Art. 45 LCQ es enunciativa y no taxativa, admitiendo de este modo, casos de exclusión de acreedores aún cuando no se hallen específicamente contemplados.-

En este sentido, se ha resuelto que “*La inteligencia estricta que suele predicarse en punto a las causales del art 45 de la LC no puede conducir a hacer de ellas un numerus clausus que impida relacionar esa*

regla con otras normas del ordenamiento jurídico, en especial, si se trata de normas que reflejan principios vinculados al orden público, la moral, la buena fe y las buenas costumbres, de modo que si en la emisión del voto se percibe una infracción a tales normas y principios, la consecuencia no puede ser otra que la ineficacia de dicho acto, con la consiguiente exclusión de ese voto, que es precisamente su efecto propio“ (CNCom. Sala C, setiembre 10-04, del voto de José Monti, in re: “OSMATA s/ Concurso preventivo s/ Incidente de Sancayet S.A.”).-

Siguiendo esa línea argumental, se admitió en la doctrina y jurisprudencia la posibilidad de excluir al acreedor denominado “*hostil*”, es decir, a aquél que se sabe de antemano que votará negativamente la propuesta con el objeto de perjudicar al sujeto concursado, imposibilitando de este modo la continuidad de la empresa, con todos los perjuicios que esto acarrea.-

Como adelantamos, el concepto de “acreedor hostil”, construcción pretoriana, se refiere a aquel cuyo interés personal claramente es contrario a la continuidad de la empresa y por tal motivo, se puede advertir que sea cual sea la propuesta de pago que la concursada efectúe, este acreedor no prestará conformidad con la misma.- Así lo ha sostenido la Sala F de la Cámara Nacional Comercial “...cierta línea jurisprudencial acoge la decisión de excluir del cómputo de las mayorías previstas por la ley 24.522:45 cuando se verifican ciertas manifestaciones de voluntad que resultan encuadrables en dicha categoría pretoriana...” “...no cabe hacer de las causales de exclusión del voto de ciertos acreedores en el concurso un numerus clausus que impida correlacionar esa regla con otras normas del ordenamiento jurídico, dentro o fuera del propio régimen concursal.- Máxime si se trata de normas cuya incidencia no podría postergarse en tanto reflejen principios indisponibles, imperativos y vinculantes para los jueces por ser inescindibles del orden público, la moral, la buena fe y las buenas costumbres que ellos deben resguardar” (“Iglesias Silvia E. s/Concurso Preventivo” Sala F CNCO, 27/12/2011).-

Asimismo, el voto del Dr. Monti en “Equipos y Controles SA s/concurso preventivo s/incidente de apelación” - Cámara Nacional Comercial - SALA C - 27/12/2002 sostuvo que “*En cuanto a la intangibilidad del derecho de voto que se acuerda a los acreedores, es muy claro que no puede convertirse en un derecho absoluto vale decir, inmune a toda limitación impuesta por el orden jurídico con miras a preservar la buena fe, la moral o el orden público. En el sub lite, por lo demás, no está en juego solamente el interés del concursado en obtener la conformidad con el acuerdo que propuso, sino el de los restantes acreedores que en abrumadora mayoría votaron favorablemente esa vía para encauzar mediante dicha solución preventiva el cobro de sus acreencias, y más aún, el innegable interés general en preservar la continuidad de una empresa instalada aquí, como factor productivo y generador de empleo, en un contexto de circunstancias en el que tales aspectos cobran especial relevancia*”.-

ACREEDOR “CONTROLANTE O DOMINANTE”.

El Art. 45 de la LCQ impone que “... Para obtener la aprobación de la propuesta de acuerdo preventivo, el deudor deberá acompañar al juzgado... el texto de la propuesta con la conformidad...de la mayoría absoluta de los acreedores dentro de todas y cada una de las categorías, que representen las dos terceras partes del capital computable dentro de cada categoría...” exigiendo de este modo una doble

mayoría, la mitad más uno de los acreedores que represente las dos terceras partes del capital declarado verificado o admisible.-

Como señalamos en los antecedentes, surgió en forma pretoriana el concepto de acreedor “hostil” y es dentro de este concepto que deseamos incorporar un tipo de acreedor que coincidimos en denominar acreedor “*controlante o dominante*”.-

El acreedor “*controlante o dominante*” en un concurso preventivo, sería aquella persona, humana o jurídica, cuyo crédito representa más de un tercio del total del pasivo verificado o declarado admisible, ya que su conformidad es indispensable para reunir las mayorías necesarias y homologar un acuerdo preventivo.-

Como podemos observar, tanto la doctrina como la jurisprudencia sostienen el carácter meramente enunciativo de las exclusiones del Art.45LCQ, lo que permite que frente a casos concretos y cuando la finalidad del procedimiento concursal se encuentre en peligro, se podría recurrir a la exclusión de un acreedor (no contemplado expresamente) a los efectos del cómputo de las mayorías necesarias para el acuerdo.-

Este sería el caso del acreedor “*controlante o dominante*” que abusa de dicha situación.- Conceptos que desarrollamos a continuación.-

EL ABUSO DEL ACREEDOR “CONTROLANTE O DOMINANTE”.-

Como adelantamos, el abuso es un requisito esencial para que proceda la exclusión, y tendría lugar cuando el acreedor que tiene más de un tercio del total del pasivo concursal se aproveche de dicha circunstancia imponiendo su voluntad a cambio de prestar su conformidad con la propuesta concursal.-

Esto es contrario a la finalidad perseguida por la ley, toda vez que:

1) La igualdad entre los acreedores se ve afectada.- Ya que con el objeto de obtener una conformidad, el concursado se ve obligado a adecuar su propuesta a la voluntad de un solo acreedor.-

2) La continuidad de la empresa está en manos de un acreedor.- Como todos sabemos, si no se obtienen las mayorías necesarias dentro del periodo de exclusividad, el concursado quiebra y en consecuencia, la empresa deja de funcionar como tal, con todos los perjuicios que esto acarrea, no solo para el titular de dicha actividad sino también en virtud de los puestos de trabajo que se pierden.-

Esto lamentablemente ocurre muy a menudo en la práctica concursal, ya que frente a una posible quiebra, el concursado se encuentra sujeto a la voluntad del acreedor “*controlante o dominante*”, quien en los hechos y dado su calidad, tiene el total poder de negociación en desmedro de la continuidad empresarial, en perjuicio de otros acreedores, situación por demás alejada de la finalidad perseguida por la norma al legislar el proceso concursal.-

SÍNTESIS

Dentro del concepto de acreedor “hostil” y su posible exclusión a los efectos del cómputo para las mayorías necesarias para el acuerdo, debe incluirse al acreedor “*controlante o dominante*” (titular de más de un tercio del total del pasivo) que aprovechando dicha circunstancia pretende obtener resultados exorbitantes a cambio de su conformidad.-

Nº 62:**ACUERDO PREVENTIVO – PROPUESTA EN FRAUDE A LA LEY.**

Autores: Horacio P., Guillermo H. F. y Andrés A. GARAGUSO

Colegio de Abogados de Mar del Plata.

LA PROPUESTA CONFORMADA DE ACUERDO PREVENTIVO CON LAS MAYORIAS LEGALES PUEDE SER IMPUGNADA POR ALGUNA DE LAS CAUSALES TAXATIVAMENTE ESTABLECIDAS POR LA REGLA DEL ARTÍCULO 50 DE LA LEY 24522. AUNQUE REUNA MAYORIAS LEGALES Y NO MEDIE OBSERVACION O IMPUGNACION EL JUEZ NO PUEDE HOMOLOGAR UNA PROPUESTA EN FRAUDE A LA LEY.-

JURISPRUDENCIA

Son varios los casos sobre los que se construye la ponencia entre ellos “Comercial del Plata S.A.”, “Arcángel Maggio S. A.” y “Correo Argentino S. A.”.-

FUNDAMENTACIÓN

El reciente dictamen de la Fiscal de la Cámara Nacional de Comercio Gabriela Boquín con relación a la propuesta conformada por el estado nacional en “Correo Argentino”, no constituye una novedad en el pensamiento de la misma desde que las razones, ampliamente desarrolladas en su dictamen, fueron escuetamente explicadas en la obra “Situación del acreedor en la ley concursal”^[1], distinguiendo la propuesta abusiva de aquella que se concreta en fraude a la ley, negando en este caso la posibilidad de la “tercera vía”. Destacamos no obstante sus argumentaciones que la CSJN no distingue los casos de abuso y fraude a la ley, ni en Arcángel Maggio ni en Comercial del Plata, aunque podría inferirse tal posición en uno de los votos en el segundo.-

Debe destacarse que el artículo 52 LC Y Q. ordena al juez negar homologación a propuestas abusivas o en fraude a la ley, norma que es incomprensible desde que el juez solo puede homologar acuerdos,

[1] Colección Cátedras, Ediciones D&D, Buenos Aires, octubre de 2013, páginas 91 y siguientes.-

salvo claro esta el supuesto de ejercicio del cram down power del inciso 2 letra b) unico caso en el cual el magistrado puede homologar un NO ACUERDO, es decir una propuesta parcialmente conformada. Ciertamente es que la interpretación es la única que cabe frente al descabellado texto legal. No obstante ello no tenemos dudas que no era necesaria la reforma del artículo 52 para llegar al mismo resultado, coincidimos con Rivera en que el fraude a la ley impide la homologación del acuerdo y con Boquín que cierra la tercera vía^[2], es decir que se declarará la quiebra, aunque no sea mencionado este supuesto de quiebra indirecta en norma alguna, incluido el inciso 1 del artículo 77 de la ley 24522.

El caso tan comentado del Correo Argentino, expone y evidencia un fraude a la ley y un fraude a la administración pública. Es un fraude a la ley conforme la regla del artículo 12 del Código Civil y Comercial, el que claramente establece que “El acto respecto del cual se invoque el amparo de un texto legal, que persiga un resultado sustancialmente análogo al prohibido por una norma imperativa, se considera en fraude a la ley”. Es también un fraude a la administración pública cometido por el funcionario y letrado apoderado conforme la regla del artículo 248 del Código Penal:

“Será reprimido con prisión de un mes a dos años e inhabilitación especial por doble tiempo, el funcionario público que dictare resoluciones u órdenes contrarias a las constituciones o leyes nacionales o provinciales o ejecutare las órdenes o resoluciones de esta clase existentes o no ejecutare las leyes cuyo cumplimiento le incumbiere”.-

No pretendemos abundar sobre un tema que ha sido materia de encendidos debates en foros televisivos, donde quedó en evidencia la brutal ignorancia de muchos “abogados mediáticos”, “politiqueros” y otras yerbas.-

No han logrado más que poner de manifiesto el acierto de la fiscal y el lamentable papel de la Sala, la que no alcanzamos a entender porque razones no ha declarado tras largos años de mora judicial LA QUIEBRA.-

La primera parte de esta ponencia también fue propiciada en doctrina por Boquín en la obra indicada.-

Ampliaremos en la presentación de esta ponencia, sobre cuya remisión tuvimos en duda por algún tiempo, pero ahora ninguna duda queda tras el “volver a fojas cero” que no es tal ni posible conforme con nuestro sistema legislativo.

[2] RIVERA JULIO CESAR, Instituciones de Derecho Concursal, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, Rosario y Buenos Aires 1996, T. 1, página 316.- BOQUIN GABRIELA FERNANDA, ob. Cit. Nota 1, página 92.-

Nº 63: EFECTOS DE LA DENEGATORIA DE HOMOLOGACIÓN DE UN ACUERDO DE PAGO NO IMPUGNADO, POR SER CONSIDERADO ABUSIVO POR EL JUEZ.

Autor: PISANI, Osvaldo E.

Colegio de Abogados de San Isidro.

La facultad conferida al juez del concurso, por el art. 52 inc. 4to de la LCQ, cuando expresamente dispone que “... en ningún caso el juez homologará una propuesta abusiva...”, y en la medida que no se den los supuestos de nulidad por las causales previstas en el art. 60 de LCQ, debe ser interpretada en el sentido “estricto” de su alcance. Esto significa que el juez tendrá exclusivamente la potestad de negarse a la homologación sin que dicha negatoria implique la facultad de la declaración de quiebra del concursado.

ANTECEDENTES Y FUNDAMENTOS.

Este tema, ya fue presentado por el suscripto en sentido similar al actual en el 64 Encuentro de Institutos, desarrollado en la Ciudad de Tandil en Noviembre del 2016, siendo compartida la postura por la mayoría de los “oradores” que opinaron con relación al mismo en esa oportunidad.-

La intención de su reiteración, es la de instalar este tema y la doctrina que en el mismo se sostiene atento la disparidad de soluciones que jurisprudencialmente se continúan aplicando al mismo, muchas de las cuales entendemos no son las correctas.-

Entrando al análisis del tema en sí, entendemos que inexorablemente debemos partir de las enseñanzas que sobre el mismo nos dejó el paradigmático caso “Sasetru”, por ello el siguiente desarrollo.-

a- La “Sombra de SASETRU”:

Se dice que “los pueblos que olvidan sus errores están condenados a repetirlos”. Es por ello que cuando hablamos de homologación de un acuerdo de pago concursal, tal como anticipamos, no podemos olvidar el paradigmático caso SASETRU. En el cual, en los años 80, por la sola decisión de un juez de comer-

cio de primera instancia de la Ciudad de Buenos y dos camaristas del fuero, resolvieron en contra de la voluntad de las mayorías legales de acreedores involucrados, la quiebra más grande y trascendente que se haya conocido en la historia concursal de Argentina.

De nada sirvió, salvo para “unir la befa al escarnio” -al decir de Borges-, que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, varios años después resolviera que la quiebra había sido mal decretada. Pues, el proceso de liquidación previsto por nuestra legislación –iniciada con la confirmación del fallo por la segunda instancia- nunca fue interrumpido por el recurso extraordinario, que a la postre modificó tal decisión, pues la liquidación ya se había hecho efectiva.

La consecuencia fue vergonzosa, más de trescientas empresas liquidadas, muchas “*in bonis*” pero afectadas por la declaración de quiebra por tratarse de un grupo empresario.

Miles de “trabajadores sin trabajo” y un importante deterioro de muchas economías regionales en distintos lugares del país.

Todo ello reemplazado por miles de expedientes judiciales, que durante muchos años conformaron la “Secretaría Sasetru” en el edificio de Diagonal Norte 1211, CABA. A tal extremo llegó, que en los años noventa era raro encontrar un abogado comercialista que no hubiera participado en un tema vinculado con SASSTRU.

Lo positivo -si queremos encontrar algo positivo en esto-, fue la posterior modificación de la legislación concursal, donde expresamente se le eliminaron las facultades interpretativas al juez del concurso y en el caso de darse las mayorías legales y no mediar las causales de nulidad del acuerdo previstas por el art. 60 de la LCQ, el mismo -es decir el juez- estaba OBLIGADO a homologar el acuerdo.

Posteriormente, con la sanción de la Ley 25.589, se incorporó el inciso 4to del art. 52 incluyéndose la indicación de que “*en ningún caso el juez homologará una propuesta abusiva o en fraude a la ley*”. Sin indicar, cuáles serían las consecuencias por el rechazo de la homologación; esto es, si debía quedar solo en NO HOMOLOGAR o si el magistrado podía ir más allá y decretar la quiebra del concursado, pese a contar éste con las mayorías legales y no existir ningún planteo de impugnación y/o cuestionamiento alguno.

Asimismo, destacamos también que jamás se estableció un consenso sobre qué debe entenderse por “propuesta abusiva” - el cual perdura actualmente- y que ello hace que los jueces recurran a un viejo límite de la ley derogada respecto que las quitas no pueden ser superiores al 40%, aceptando pacíficamente las propuestas de pago continentales del 60% de lo adeudado más alguna espera, compensada con algún interés. Observese que irónico, se derogaron los límites a las quitas, pero los tribunales los siguen utilizando, en cuyo caso nos preguntamos para que se derogó??.-

Esta situación determinó distintas alternativas, que podríamos sintetizar en las siguientes situaciones:

a- “La tercera vía”: surgida como consecuencia del fallo “Dibujos Vanguard”, donde el tribunal, más allá de que existía acuerdo con la propuesta aprobada por las mayorías legales necesarias, resolvió intimar a mejorar la propuesta, dando lugar a lo que hoy se conoce en doctrina como “La tercera vía”.

b- La situación anterior, pero resuelta bajo apercibimiento de decretar la quiebra en caso de no mejorarse la propuesta.

c- Simplemente, no homologar la propuesta si el juez la considera abusiva y por consiguiente no darle a la misma el efecto “novativo” y oponible a todos los acreedores. Esto significaría que al no homologar la propuesta, los acreedores minoritarios no se verían afectados por la decisión de la mayoría y podrían recuperar sus acciones legales individuales, inclusive pedir la quiebra del deudor con la resolución verificatoria del art. 36 de la LCQ.

CONSIDERAMOS Y SOSTENEMOS QUE ESTA ES LA POSTURA CORRECTA.

FUNDAMENTOS:

Los podemos distinguir entre legales y fácticos:

Fundamentos Legales:

1- No puede haber una declaración de quiebra sin una norma expresa que así lo determine, y el art. 52 inc. 4to. LCQ no prevé ninguna sanción para este caso que avale ni haga suponer tal posibilidad.

2- La sanción legal, como sería la quiebra, debe ser interpretada en sentido restrictivo y como vimos aquí ni siquiera tenemos insinuación de una sanción legal, y menos aún la quiebra.

3- Por oposición a que no existe sanción de quiebra, la propia ley concursal al regular el Acuerdo Preventivo Extrajudicial, en el art. 71, expresamente determina que “...AUNQUE NO HAYA HOMOLOGACIÓN, EL ACUERDO ES OBLIGATORIO PARA LOS ACREEDORES QUE LO FIRMARON...” salvo que lo hubiesen sujeto a la condición de la posterior homologación.

Como se observa, la propia ley de concursos, NOS DA LA SOLUCIÓN CORRECTA y por un principio de especificidad entendemos que esta es la solución que indiscutiblemente corresponde aplicar.

Fundamentos Fácticos:

1- “*in bonis*” pero en quiebra ????: Si desde la presentación del concurso preventivo hasta el vencimiento del período de exclusividad, la demora es de aproximadamente un año, es usual encontrarse al cabo del mismo la desaparición del “estado de cesación de pagos” que como requisito indispensable exige la legislación concursal -art. 1 de la LCQ-, para la declaración de quiebra, de allí la frase “*in bonis* pero en quiebra”, con la consiguiente pregunta de si ello es correcto y contestándonos que no lo es.

2- Si ningún acreedor solicitó la quiebra y por oposición a ello, las mayorías legales dieron la conformidad y nadie impugnó ni cuestionó ni nada y LOS AFECTADOS POR LA FALTA DE PAGO DIERON SU CONFORMIDAD al deudor con su forma de sanear y recuperar la empresa, nos preguntamos de dónde surgiría la potestad del magistrado para IMPONER UNA SOLUCIÓN DISTINTA EN DETRIMENTO DEL DERECHO DEL CONCURSADO Y DE LOS ACREEDORES que son los que necesariamente se verían perjudicados si la propuesta fuere disvaliosa.

3- Consideramos lógicamente que, el juez no puede validar algo que considere abusivo -cuestión muy subjetiva por cierto-, contando en dicho caso con la facultad de NO HOMOLOGAR. Pero denegamos absolutamente que por su simple entendimiento subjetivo pueda proceder a declarar la quiebra del concursando, perjudicando de esta manera a un sinnúmero de personas humanas, por un concepto interno, como sería la consideración abusiva de la propuesta, máxime teniendo en cuenta que estamos ante un tema netamente patrimonial, como son en esencia las cuestiones concursales.

4- Obsérvese por oposición que la postura contraria a esta ponencia es, la de validar la posibilidad de declarar la quiebra (a pesar de contar con las mayorías legales) por el solo criterio del magistrado de entender que hay abuso en la propuesta, es contraria a la finalidad misma del procedimiento concursal preventivo, como lo es el “principio de conservación de la empresa” en el cual se encuentra imbuido toda la ley concursal.

5- No se puede sostener que la falta de homologación da derecho a la quiebra cuando revisando el resto del articulado encontramos institutos como el “Cramdown Power” del art. 52, o el “Cramdown” del art. 48, a las cooperativas o la continuidad de la empresa en quiebra.

CONCLUSIÓN

Concluimos que (salvo que los magistrados se arroguen facultades al resolver), en la legislación concursal no existe ningún fundamento que le permita al juez declarar la quiebra en el caso descripto.

Sería incomprensible que, cuanto más insistimos en tener memoria para no cometer los mismos errores, permitamos a través de estas interpretaciones judiciales, que los “fantasmas de SASETRU” estén nuevamente “merodeando por nuestros tribunales”.

Nº 64:

LA “EMPRESA” COMO PRESUPUESTO DE APERTURA DEL PROCESO DE SALVATAJE PREVISTO EN EL ART. 48 LCQ, EN RELACIÓN AL CASO “CORREO ARGENTINO”.

Autor: Pablo ARENAS¹

Colegio de Abogados de la Plata.

La declaración de quiebra debe interpretarse en sentido restrictivo, no pudiendo crearse por vía jurisprudencial, nuevos supuestos no establecidos taxativamente por la L.C.Q.. En ese sentido, no corresponde a los jueces exigir la existencia de empresa o actividad empresaria, o su potencialidad, en tanto, no constituye requisito para la apertura del procedimiento establecido en el Art. 48 de la L.C.Q.

SUMARIO: 1.- Introducción. Planteo del caso. 2.- La “empresa” como concepto. 3.- Las posturas de los autores. 4.- Antecedentes jurisprudenciales. 5.- Nuestra opinión a modo de conclusión.

1.- Introducción. Planteo del caso:

La reciente intervención de la Sra. representante del Ministerio Público Fiscal, Dra. Gabriela Boquín, y el dictamen emitido en relación al caso “Correo Argentino”, nos conducen a reeditar un interrogante que se planteara hace varios años, con motivo de la resolución dictada por el, por entonces, juez de instancia de la causa, Dr. Eduardo Favier Dubois, con fecha 16/12/2003.

En aquella oportunidad, el magistrado decidió, a la par de la declaración de extinción o vencimiento del periodo de exclusividad sin que se hubieren acompañado las conformidades suficientes, re-encuadrar el proceso concursal como “pequeño concurso” y excluirlo del proceso previsto en el Art. 48 de la L.C.Q..

¹ El autor es Abogado graduado en la UNLP. Miembro de Clínicas Jurídicas de Derecho del Consumidor de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNLP, desde Abril de 2010 a Diciembre de 2013. Auxiliar docente de Derecho Privado II, Facultad de Ciencias Económicas, UNLP, desde Febrero de 2013 a la actualidad. Auxiliar docente en Sociedades Comerciales, Facultad de Derecho, UDE, desde 2014 a la actualidad. Ayudante ad honorem de Comercial II, Concursos y quiebras, Cát. II, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNLP desde 2014 a la actualidad. Miembro del Instituto de Derecho Comercial, CALP.

Tal decisión en el entendimiento de que, con la rescisión de la concesión y transferencia del pasivo laboral, asumido por el Estado Nacional, no se mantenían los presupuestos de “gran concurso”, y por ello, era necesaria la re-calificación del proceso.

El análisis del magistrado se completaba y reforzaba, además, con otro fundamento: la ausencia de “empresa” salvable o “hacienda” con potencialidad a futuro.

En consecuencia, cabía, a entender del juez, decretar la quiebra.

El estado actual del proceso, entendemos, nos conduce a reeditar la discusión en torno a la necesidad o no, de la actividad empresarial, o existencia de empresa salvable o, al decir de la ley, “empresa en marcha”, como presupuesto ineludible para la apertura del proceso previsto en el Art. 48, inapropiada y popularmente conocido como “cramdown”, denominado más correctamente por la doctrina como “venta forzada del paquete accionario”² o “salvataje empresario”.

Ello atento que, si en el actual estado del proceso, quedara firme la impugnación formulada por la Dra. Boquín, debiera entonces analizarse sobre la base de la apertura del proceso de salvataje, o la declaración de quiebra de la sociedad concursada.

2.- La “empresa” como concepto.

El concepto, ya de por sí, plantea el desafío inicial de definir su contenido. Es decir, conceptualizar, que debe entenderse por “empresa”.

Se ha debatido arduamente a su respecto, sin arribar, a una conclusión categórica que permita abarcar, por caso, todas las posibles acepciones³.

Como dificultad adicional, cabe agregar que, el concepto, no resulta definido en nuestro ordenamiento positivo, y aún más, si antes podíamos acudir a la teoría de los actos de comercio y la figura del comerciante para intentar esbozar un concepto, hoy nos encontramos con la derogación de las referidas construcciones doctrinarias.

Sin embargo, a la luz de la regulación vigente a partir del nuevo Código Civil y Comercial Unificado, en su Art. 320, podemos conceptualizar a la “empresa” como la “actividad económica organizada”.

3.- Las posturas de los autores.

² DASSO, Ariel, “La transferencia forzosa de la empresa insolvente”, LA LEY, 1994-E, 1227.

³ “La empresa a la búsqueda de un necesario equilibrio” por Ana I. Piaggi en <https://www.google.com.ar/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=0ahUKEwj1uN-AOPfSAhXJqZAKHb4pAjsQFgqeMAE&url=http%3A%2F%2Fwww.catedra-piaggi.com.ar%2Fbiblio%2FPiaggi.LA%2520EMPRE-SA%2520A%2520LA%2520B%2520C%2520A%2520NECESARIO%2520EQUILIBRIO.doc&usq=AFQjCNEA-bWf2vjOwPGt8jeWjWH4vXrFg&bvm=bv.150729734.d.Y2l>

En un extremo, autores como Dasso sostuvieron que “(e)l objetivo del ‘cramdown’ no es transferir la empresa en marcha sino el capital social (totalidad de las cuotas o acciones) de la sociedad concursada” y que el instituto debe interpretarse en un sentido económico, agregando que: es el interés o desinterés del mercado el que determina la viabilidad o inviabilidad del cramdown, y no el juez, ni siquiera el concursado⁴.

Refuerza la postura el citado autor, al agregar que: “Condicionar la apertura del cramdown a la circunstancia del funcionamiento actual de la empresa significa atender a un principio absolutamente opuesto a las ideas claves que manejan la nueva ley concursal desplazando otra vez a la antípoda (potestad judicial), la evaluación de conceptos económicos que la nueva ley remite al orden estrictamente privatístico gobernado sólo por las reglas del mercado y además incorporar por vía pretoriana un nuevo supuesto de quiebra indirecta, lo cual no guarda congruencia ni con los principios ni con el texto de nuestro Ordenamiento falimentario.” concluyendo con cita a Maffía que: “en marcha o parálitica la empresa es la misma”⁵.

En el otro extremo, encontramos autores de la talla de Junyent Bas y Chiavassa, quienes se manifestaron por la postura opuesta, expresando que “el salvataje tiene como finalidad la reorganización y saneamiento de la empresa y, de allí, su carácter de negocio jurídico indirecto que mediante el arreglo del pasivo y la transferencia accionaria permite que el cramdista asuma la titularidad de la sociedad y, por ende, de la empresa que la sustenta”⁶.

Asimismo, no es menor señalar que, tiempo después, la postura fuera aunque matizada, ratificada por los autores al decir que aun considerando que el esquema legal no exigía de ninguna manera “la valoración judicial acerca de la viabilidad de la organización empresarial, actual o en potencia” y que en consecuencia debía ser el mercado el que decidiera y modalizara el funcionamiento del salvataje, “en última instancia creemos que debe rescatarse la facultad judicial de evaluar la potencialidad del emprendimiento como presupuesto objetivo imprescindible para el funcionamiento del salvataje del art. 48 de la L.C.”⁷

Por su parte, expresa Eduardo Favier Dubois (h.) en relación al salvataje que: “el ordenamiento jurídico en su conjunto requiere que, al menos, exista “empresa” que, aún inactiva, tenga potencialidad de funcionamiento futuro”⁸.

⁴ El “cramdown” y la “empresa en marcha”, por Dasso, Ariel Gustavo. Publicado en: LA LEY2000D, 310. Cita Online: AR/DOC/20241/2001.

⁵ MAFFIA, Osvaldo, “La ley de Concursos Comentada”, t. I, p. 192, Ed. Depalma, 2001.

⁶ Inaplicabilidad del salvataje empresario. Apuntes al fallo Correo Argentino S.A. Por: Chiavassa, Eduardo Néstor Junyent Bas, Francisco A. Publicado en: LA LEY2004B, 741 Derecho Comercial Concursos y Quiebras Doctrinas Esenciales Tomo IV, 01/01/2008, 349. Cita Online: AR/DOC/687/2004.

⁷ “Las pautas de “aplicabilidad” del salvataje empresario. La “saga” del derecho judicial a partir de la causa Correo Argentino.” por Chiavassa, Eduardo Néstor y Junyent Bas, Francisco A. Publicado en: LA LEY 14/06/2005, 14/06/2005, 1 - LA LEY2005-C, 1402. Cita Online: AR/DOC/1777/2005.

⁸ Juz. Nac. de 1ª instancia N° 9, Sec. 18 “Correo Argentino S.A. Concurso Preventivo”, 2003/12/16.

4.- Antecedentes jurisprudenciales.

En instancia judicial se admitió la posibilidad de salvataje empresario sin “empresa en marcha” en los autos “Automundo S.A.”⁹ y “Canga S.A.”¹⁰. En este último caso citado, la sala E de la Cámara Nacional Comercial entendió que, el procedimiento de salvataje no apunta estrictamente a la enajenación de la “empresa en marcha”, sino a la transferencia de las acciones representativas del capital de la sociedad anónima concursada.

Vale destacar que al tiempo del fallo “Canga SA”, se encontraba vigente el procedimiento en la versión original que plasmara la ley 24.522, con anterioridad a las modificaciones introducidas por la ley 25.589 del 16/05/2002, es decir, con el agregado “empresa en marcha”.

Sin perjuicio de lo expuesto, la postura fue expresada también en “Automundo SA”.

Por su parte, la resolución dictada en el Caso “Correo Argentino” por el Dr. Favier Dubois, mereció la revocación de la Cámara, en razón de considerar el tribunal de alzada, por una parte, que la recalificación de las categorías de “pequeño” o “gran” concurso no puede presentarse de manera sorpresiva, de forma tal que implique una retroacción de los efectos jurídicos otorgados oportunamente como consecuencia de estar reunidas las exigencias del art. 288 de la L.C.Q. para excluir la calificación de “pequeño concurso”, y por otra, que bajo el nuevo texto de la ley 25.589 (Adla, LXII-C, 2862), no se requiere una “empresa en marcha”, sino la existencia de interesados en adquirir las correspondientes participaciones societarias que habiliten la transferencia del emprendimiento, sin condicionamientos ni garantías respecto del ulterior destino, que pueden ser la continuación o el cese¹¹.

5.- Nuestra opinión a modo de conclusión.

Entendemos, en sentido concordante con la postura jurisprudencial y doctrinaria que se expide a favor de la apertura del procedimiento previsto en el Art. 48 de la L.C.Q., que no corresponde a los jueces evaluar la potencialidad de una empresa, y ni siquiera su existencia, en razón de no constituir ella, un requisito previsto por la normativa concursal.

A mayor abundamiento, cabe observar que, habiéndose incluido los términos “empresa en marcha” en la primigenia redacción del Art. 48, tal referencia fue, luego, suprimida por el legislador.

A la par, y aun en el marco de aquella primera redacción, era opinión de la doctrina y jurispuden-

⁹ C.N.Com., Sala C, “Automundo S.A.”, del 9-9-03.

¹⁰ C.N.Com., Sala E, “Canga S.A.”, del 5-8-98.

¹¹ Conf. “Las pautas de “aplicabilidad” del salvataje empresario. La “saga” del derecho judicial a partir de la causa Correo Argentino.” por Chiavassa, Eduardo Néstor y Junyent Bas, Francisco A., Publicado en: LA LEY 14/06/2005, 14/06/2005, 1 - LA LEY2005-C, 1402. Cita Online: AR/DOC/1777/2005 en relación al fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones de lo Comercial, Sala B, con voto de los Dres. Enrique Butty, María L. Gómez Alonso de Díaz Cordero y Ana I. Piaggi, 27/10/2004.

cia que la expresión, y aun la finalidad querida por la norma, debía interpretarse en un sentido económico y no meramente literal.

Por otra parte, no puede soslayarse que, la interpretación judicial, en materia de “declaración de quiebra” debe realizarse con criterio restrictivo, no pudiendo los jueces incorporar requisitos no previstos, para rechazar la apertura del proceso falencial ni exigir extremos no requeridos para arribar a la solución concordataria.

De sostener el criterio opuesto, nos encontraríamos frente al supuesto de incorporar, para una parte del procedimiento, un requisito no exigido al tiempo de la apertura del proceso preventivo, y ni siquiera considerado, al tiempo de homologar el acuerdo, es decir la potencialidad del emprendimiento productivo, la viabilidad del acuerdo o incluso, una exigencia de la doctrina, largamente reclamada y no consagrada legalmente, como es el “plan de empresa”.

**Nº 65:
LA FACTURA Y EL PEDIDO DE QUIEBRA**

Autor: Roberto A. MUGUILLO

Instituto de Derecho Concursal - Colegio de Abogados de San Isidro

A la luz del nuevo Art. 1145 C.C.C., la factura – acompañada del pertinente remito – debe entenderse como cuenta aceptada y negocio cumplido y por ello con plena capacidad probatoria (Conf. Art. 319 C.C.C.) como para solicitar la quiebra del deudor a la luz de lo determinado por el Art. 79 inc. 1) y 2) y Art. 83 de la LCQ.

Esta pauta no solo comprende a la factura de venta, sino que – conf. Art. 2 C.C.C. de aplicación de leyes análogas y el principio contenido en el Art. 1124 C.C.C.- excede ello la figura de la compraventa y es comprensivo de todo tipo de negociación que así se instrumente.

INTRODUCCIÓN

El nuevo C.C.C.N. ha modificado algunas estructuras propias de los negocios mercantiles y ha ampliado otras como entendemos ha ocurrido en el contrato de compraventa con disposiciones de la compraventa de muebles, en particular respecto del actual Art. 1145, receptándose en parte la doctrina jurisprudencial de nuestros tribunales.

LA FACTURA “ACEPTADA”

El derogado Art. 474 del Cod.Com. imponía al vendedor la entrega de una factura por las mercaderías vendidas y también imponía al comprador a que dentro de los diez días de la entrega¹ y recibo, las impugnara o efectuara los reclamos que crea pertinentes pues de lo contrario, se presumirían – las deudas así instrumentadas – como **cuentas liquidadas, con óptima eficacia liquidatoria, probatoria y plena exigibilidad**².

¹.- Conf. **CNCom. Sala A**, 13/5/83 en LL 1983-D, pag. 291.

².- Conf. **CNCom. Sala B**, 9/3/98 en “Cosein SRL c/ Ediciones Papyrus SA” en LL fallo 97514, idem 99.207 y otros.

³.- Conf. **CNFed.Civ.Com. Sala II**, 4/3/2002, en DJ 2003-3 pag. 538.-

Se reafirmaba ese criterio sosteniéndose jurisprudencialmente que el hecho de que en la factura se hubieren colocado anotaciones o sellos como “recibido condicional” o “a revisar”, ello no autorizaba a postergar *‘sine die’* su conformidad ni su pago, ni a impugnarlas en cualquier momento pues tal entendimiento estaría reñido con las expresas pautas legales y el principio de buena fé del Art. 1198 del Cód. Civ. (hoy Art. 9 C.C.C.N.)³.

Si bien en algunos casos se exigió – sin mayor razón lógica ni jurídica a nuestro criterio – la existencia de una firma de *‘conforme’* o al menos de *‘recepción’* por el comprador⁴, en general se reconocía que su exigibilidad surgía lisa y llanamente de las normas de los derogados Arts. 73 y 474 del Cod. de Com, según los principios genéricos que sientan los Arts. 520 y 523 inc. 2) del CPCCN, pues se advierte claramente de ello el vencimiento de la obligación (expreso o tácito) y en tales condiciones debe entenderse que hay título o instrumento privado **suficiente** como para la preparación de la vía ejecutiva⁵.

No solo la jurisprudencia anterior al C.C.C.N. entendió sin contradicción alguna entre los tribunales que *‘las facturas poseen optima eficacia probatoria y liquidatoria del negocio que instrumentan’*, sino que se llegó a expresar para dejar bien sentado ello que *...la modalidad probatoria de las facturas comerciales es propia y específica de la legislación mercantil. Si bien el Art. 1012 del Cod.Civ. exige la firma en el instrumento privado como requisito para su validez, la exigencia de la firma lo es cuando la ley la requiere como parte integrante del acto jurídico que se ejecuta, mas no cuando se trata de un documento meramente probatorio, líquido y exigible (Conf. Art. 1190 Cod.Civ., Arts. 73 y 474 Cod. de Com.) pues la mora se produce sin necesidad de interpelación alguna*⁶

Se sostenía ello con la doctrina de los autores que como BUSTOS BERRONDO⁷ indicaban que la única condición para el instrumento privado de llegar a la apertura de la vía ejecutiva, es que siempre que de su contexto resulte la persona obligada y la obligación exigible de pagar una suma de dinero, doctrina que desde vieja data ya ALSINA⁸ admitía con plenitud.

⁴ Conf. **CNCom. Sala A**, 18/5/72 en LL to. 149, pag. 31, **CNCom. Sala D**, 27/2/87 en “Constantini C. C/ Club G.E.B.A., **CNCom. Sala C**, 6/5/71 en ED to. 39 pag. 350 y JA 1971, Sec.Síntesis V.XI pag. 561 No. 189.

⁵ Conf. COLOMBO Carlos J. “Codigo Procesal Civil y Comercial” Ed. 1969, To. III, No. 523 y To. VII pag. 851. También en este sentido **Cam 1º.Civ.Com. Sala I, La Plata** causa 141.543 reg. 795/69 en Jus to. 16 pag. 242 aunque este tribunal con anterioridad había requerido de la ‘firma conforme’ del comprador. Ver no obstante que también se ha requerido en otros casos la firma del comprador: **Sala I** en DJBA boletín del 21/2/57 y **Sala II** causa 91581, Reg. 356/59. En el sentido indicado en el texto principal **Capel.Civ.Com. San Isidro, Sala I**, 16/3/88 Causa No. 46629, Reg. No. 114/88 y también Sala I, en 10/8/89, Causa No. 50729, Reg. 364 en Rev. Estudios de Derecho Comercial del IDCV San isidro Vol. 6, 1990, pag. 135 y ss. ,En contra por no bastarse a si mismas como título que abra ejecución **CNCom. Sala A**, 7/7/95 en LL fallo 39796-S.

⁶ .- Conf. Art. 509 2da. parte Cod.Civ. – Conf **CNCom. Sala C**, en “21/8/87 “FACYA SA c/ Fernández Juan” en Boletín de Jurisprudencia, Agosto 1987 No. 584, Voto del Dr. Caviglione Fraga.

⁷ Conf. BUSTOS BERRONDO Horacio “Juicio Ejecutivo”, Ed. LEP, pag. 27. En igual sentido PALACIO “Manual de Derecho Procesal Civil” pag. 212 y PODETTI Raimundo “Derecho procesal Civil Comercial y Laboral”to. VII-A (De las Ejecuciones), pag. 122 y ss.

⁸ Conf. ALSINA, Hugo “Tratado de Derecho Procesal”to. V pag. 207 y ss. (ver punto b) y ss.)

CONTRADICTORIA DOCTRINA DE LA CÁMARA COMERCIAL

Llamaba a la curiosidad -por lo precedentemente expuesto- que con tales antecedentes jurisprudenciales uniformes, no fueran seguidos en materia concursal por esos mismos tribunales, no aceptándose a la factura no cuestionada por el deudor, como un documento que probara sumariamente el crédito a los fines de la petición de quiebra.

Así se sostenía que aun cuando hubieren sido recibidas de conformidad por el comprador y consignen precio y vencimiento - necesitan de un proceso de conocimiento para obtener *una declaración de certeza sobre la existencia del crédito* por lo que no satisfacen los requerimiento del Art. 83 de la Ley 24522⁹, como también que las *meras facturas* con sus remitos correspondientes, pues *solo acreditan o documentan la celebración de un contrato bilateral* y el cumplimiento de parte de las prestaciones, pero no un crédito líquido y exigible susceptible de habilitar la vía elegida (sic)..¹⁰ y hasta se llegó a expresar que las facturas constituyen simples instrumentos privados emanados de la recurrente de los que *no se puede inferir conformidad del presunto deudor* y son inidóneas para sustentar la petición de falencia¹¹, pues las facturas que detallan una operación de compraventa y la carta documento por la que se reclama el pago de las mercaderías *no acreditan la existencia de la deuda* que se invoca¹²

LA INCIDENCIA DEL NUEVO C.C.C.N.

El C.C.C.N. ha mejorado la redacción del derogado Art. 474 Cod. de Com. eliminando la mención de *“cuenta liquidada”*, expresando que no observada esta dentro de los DIEZ DIAS se presume **aceptada en todo su contenido**.

Con lo así expresado la referencia no es solo a la “cuenta”, sino a todo el contenido de la factura, lo que impone – acompañada del pertinente remito – que TODO EL NEGOCIO HA SIDO ACEPTADO Y CUMPLIDO.

Dado el silencio del deudor a la luz de lo dispuesto por el Art. 263 CCC y existiendo un deber de expedirse resultante del propio Art. 1145 CCC, cabe presumir legalmente con toda la fuerza que ello implique que la deuda existe y que el acreedor ha cumplido su parte del negocio.

⁹ .- Conf. Fallo del 14/5/99 en LL 1999-E pag. fallo 99344; idem fallo del 7/7/2000 en “Aldea Andina SA s/Pedido de Quiebra”, en LL J. Agrup. caso 15.881 y con anterioridad en 20/4/88 en D.J. 1989-1, pag. 267 No. 18. También en “Yunes P. s/ Pedido de Quiebra por Yuan e Hijos SRL en LL 1999-E, fallo 99.344 y en 20/4/88 en “Aredelta SA s/Pedido de Quiebra por Silos Areneros Bs.As.” en DJ 1989-1 pag. 267 No. 18.

¹⁰ .- Conf. “J. K. Asociados SRL”, fallo del 5/3/91 en La Información, Mayo 1992, To. LXV pag. 1126

¹¹ .- Conf. fallo del 1/7/96 en “Miguel Pascuzzi SA s/ Ped. Quiebra”, en RDCO pag. 672

¹² .- Conf. Fallo del 15/5/2000 en “Buena Letra SA s/ Ped.Quiebra” en LL J.Agrup. caso 15.827 y 11/10/91 en “El Hogar Obrero s/ Ped. Quiebra por Algodonera Aconcagua”.

¹³ .- Así ya lo entendía alguna jurisprudencia también como. **CNFed.Civ.Com. Sala II**, 4/3/2002, en DJ 2003-3 pag. 538.-

En tales condiciones sin perjuicio de mantenerse la doctrina y jurisprudencia que entendían a las facturas como solo “cuentas liquidadas y exigibles”, debe entenderse a la factura – acompañada del pertinente remito – con plena capacidad como para solicitar la quiebra del deudor a la luz de lo determinado por el Art. 79 inc. 1) y 2) y Art. 83 de la LCQ.

El valor probatorio de tales extremos surge necesario no solo de los usos y prácticas del tráfico mercantil que debe tener en cuenta el tribunal a la luz del actual Art. 319 C.C.C.N. y que bastaría para acreditar tales extremos, sino de la propia norma legal del Art. 1145.

Asimismo atento a que en el derecho comparado se aplican analógicamente las normas de la compraventa a toda enajenación de derechos (Art. 737 Cod.Civ.Paraguay, Art. 1532 Cod.Civ. Peru, Art. 1470 Cod.Civ.Italiano) y que el C.C.C.N. en su Art. 1124 extiende la aplicación de las normas de la compraventa a otros negocios jurídicos¹³, entendemos por lo tanto que a la luz de esta misma norma y la del Art. 2 del mismo C.C.C.N. (aplicación de leyes análogas e interpretación de modo coherente), la disposición del Art. 1145 será de aplicación y comprensivo de todo otro tipo de negociación que así se instrumente.

CONCLUSIÓN

De lo expresado, a la luz del nuevo Art. 1145 C.C.C., la factura – acompañada del pertinente remito – debe entenderse como **cuenta aceptada y negocio cumplido** y por ello con plena capacidad como para petitionar la quiebra del deudor a la luz de lo determinado por el Art. 79 inc. 1) y 2) y Art. 83 de la LCQ. Esta pauta del Art. 1145 C.C.C.N. no solo comprenderá a la factura de venta, sino que es comprensivo de todo tipo de negociación que así se instrumente por aplicación de las normas análogas y por la necesidad de interpretar de modo coherente el cuerpo legal, tal como dispone el Art. 2 C.C.C.N. y del principio contenido en el Art. 1124 C.C.C.C.N. .

Nº 66: PRESUPUESTOS DE LA QUIEBRA

Autores: Horacio P., Guillermo H. F. y Andrés A. GARAGUSO

Colegio de Abogados de Mar del Plata.

Para la procedencia de la quiebra forzosa no basta con la prueba sumaria del crédito, será menester acreditar plenamente la existencia de hechos reveladores del estado de cesación de pagos, que es presupuesto para la apertura de los concursos en la ley 24522 y que el deudor es sujeto concursable. Los casos en que el juez esta relevado de juzgar la prueba de dicho estado son EXCEPCIONES LEGALES expresas (Artículos 66 Y 69 LC Y Q.) O IMPLICITAS (Artículos 4, 68, 161 LC y q.). El código Civil y Comercial agrega una nueva expresa en el artículo 2360 del Código Civil y Comercial.

JURISPRUDENCIA

**In re “Metikut Leasing S.A. vs. Punch Automotive Argentina SA. s. Pedido de quiebra”.-
Fecha: 13/12/2016 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial Sala F- Rubinzal Online -
Cita: RC J 7225/16.-**

“Corresponde revocar la decisión de grado que rechazó in limine el pedido de quiebra efectuado por la empresa peticionante, toda vez que, siendo que esta sala ya tiene dicho que la ley falimentaria solo exige al peticionante la prueba sumaria de su crédito -arts. 80 y 83, Ley 24522-, en los términos en los que ha quedado ceñida la cuestión litigiosa y a partir de los elementos de convicción incorporados en la causa, no se aprecia que las contingencias invocadas en la resolución en crisis puedan perjudicar la tramitación del pedido de quiebra. Entiéndase, claro está, que lo anterior responde a la prueba del interés habilitante para petitionar la quiebra sin que implique avanzar sobre la viabilidad del derecho sustancial a participar en el concurso, cuestión que se resolverá en la eventual etapa ulterior de quiebra. Los elementos acompañados, valorados en conjunto, permiten tener por acreditadas las exigencias legales para transitar esta vía -en la especie, invocación de los hechos reveladores de los Inc. 2 y 4, art. 79, Ley 24522) sin que se observe -tal como sostiene el decisorio recurrido- que sea menester elucidar de modo previo cuestiones vinculadas con las obligaciones contractuales con actos incompatibles a la naturaleza del proceso. Así pues, se observa que: (i) el contrato de alquiler prescribía una multa dineraria automática para el caso de demora en la entre-

ga del bien locado, (ii) la correspondencia epistolar de donde se extrae la modificación de la denominación social de la presunta deudora y la petición de reducción significativa del canon por vicisitudes del giro de la empresa, (iii) la comunicación a la locadora de rescindir anticipadamente el contrato, (iv) la solicitud de prórroga para reintegrar el inmueble, (v) el acta notarial indiciaria del incumplimiento en la restitución del inmueble, (vi) el reconocimiento de la locataria de la falta de entrega del inmueble, (vii) la recepción del predio instrumentada en Acta Notarial, (viii) la decisión de disolver y liquidar la sociedad según lo resuelto por Asamblea General Ordinaria y Extraordinaria”.

FUNDAMENTOS

La ponencia que principia este trabajo se ha inspirado en un fallo de la Cámara de Apelaciones de Mercedes, sala III integrada por los Dres. Nolfi y Violini del veintitrés de febrero del año dos mil once in re: “Agrocefer S.A. s/ Concurso Preventivo (grande)” Expte. n° 1148 y especialmente en el que se transcribe supra. Es evidente que mas allá de una afirmación errónea que pareciera limitar la carga de la prueba “sumaria de su crédito” al acreedor, el precedente cumple con la regla del artículo 83 de la ley 24522. En efecto, determina esta norma que:

“Si la quiebra es pedida por acreedor, debe probar sumariamente su crédito, los hechos reveladores de la cesación de pagos, y que el deudor está comprendido en el Artículo 2. El juez puede disponer de oficio las medidas sumarias que estime pertinentes para tales fines y, tratándose de sociedad, para determinar si está registrada y, en su caso, quiénes son sus socios ilimitadamente responsables”.-

Es claro entonces que el acreedor debe acreditar sumariamente su crédito, y acabadamente: 1) la existencia de hechos reveladores del estado de cesación de pagos y 2) que el deudor se encuentra comprendido en el artículo 2 de la ley 24522. Queda claro que la ley no le impone la prueba del estado de insolvencia, sino que acredite la existencia de hechos reveladores en los términos del artículo 79 LC Y Q. que permitan al juez tener por acreditado aquel estado conforme la correcta conceptualización que contiene el artículo 78 de la ley concursal.-

Es claro entonces que las excepciones a la existencia de estado de cesación de pagos son las que en forma por demás explícita contiene la ley 24522 en los artículos 66 y 69, desde que el primero se satisface con que la insolvencia de uno de los partícipes pueda influir respecto de los demás miembros del grupo y en el segundo principia la posibilidad de ocurrir a un acuerdo preventivo extrajudicial desde que el deudor atraviese “dificultades” económicas y financieras de carácter general. Implícitamente se sigue la misma conclusión en los casos de los artículos 4, 160 y 161, conforme los cuales la satisfacción de las exigencias del tipo basta para la extensión de la quiebra o para la apertura del concurso en el país.-

Por su parte como ya sostuviéramos en Encuentro precedente el Código Civil y Comercial ha anejado un supuesto de quiebra o concurso preventivo NO PEDIDOS NECESARIAMENTE POR ACREEDOR Y SIN QUE SE CONFIGURE EL ESTADO DE CESACIÓN DE PAGOS en el artículo 2360, conforme el cual:

“MASA INDIVISA INSOLVENTE. En caso de desequilibrio patrimonial o insuficiencia del activo hereditario, los copropietarios de la masa pueden petitionar la apertura del concurso preventivo o la declaración

de quiebra de la masa indivisa, conforme a las disposiciones de la legislación concursal. Igual derecho, y de acuerdo a la misma normativa, compete a los acreedores”.-

Si bien el proemio de la norma alude a la masa indivisa “insolvente”, ni el desequilibrio patrimonial es insolvencia ni la insuficiencia del activo hereditario constituye un estado de cesación de pagos. En efecto el estado de cesación de pagos o insolvencia puede ser conceptualizado a partir de las reglas de los artículos 1 y 78 de la ley 24522 como el “estado de insuficiencia patrimonial que le impide el cumplimiento regular de las obligaciones, cualquiera sea la causa de aquella y la naturaleza de estas”.-

Conforme esta regla, es evidente que el presupuesto objetivo concursal se ha anticipado a un estado que precede al estado de cesación de pagos o insolvencia, ya que no requiere siquiera la norma en cuestión que el desequilibrio o insuficiencia sea de carácter general como ordena el artículo 69 con referencia al acuerdo preventivo extrajudicial, bastando el desequilibrio patrimonial o la insuficiencia del activo hereditario.-

La nueva norma acuerda el derecho a petitionar la apertura del concurso preventivo o la declaración de quiebra a los copropietarios de la masa, conforme las disposiciones de la ley de concursos y quiebras. En el párrafo final acuerda “igual derecho” a los acreedores, expresión esta que no puede aceptarse a la luz de la legislación concursal, a la que remite, desde que los acreedores no pueden solicitar la apertura del concurso preventivo de la masa patrimonial del activo hereditario.

Decíamos en ponencia presentada en encuentros anteriores que: “Con estas salvedades la norma que pretendía ajustarse a la legislación concursal, no lo ha concretado generando una nueva excepción a la regla del artículo 1 de la ley 24522.”-

**Nº 67:
REVOCATORIA CONCURSAL.**

Autores: Horacio P., Guillermo H. F. y Andrés A. GARAGUSO

Colegio de Abogados de Mar del Plata.

Las acciones de ineficacia concursal –a las que se denomina tradicionalmente “revocatoria concursal”- son acciones destinadas a la recomposición del patrimonio cesante, y no solo al resguardo de la igualdad de los acreedores.

JURISPRUDENCIA

In re “ Reich, Raquel (Su quiebra) c. González, Franco Francisco Germán s. Ordinario”

Fecha: 01/11/2016 - Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial Sala D -

Rubinzal Online - Cita: RC J 6411/16

“La acción revocatoria concursal tiene por fundamento y objetivo la tutela de la igualdad de los acreedores, que se vería alterada de convalidarse aquellos actos que la ley declara inoponibles a la masa por el tiempo y modo de su celebración. Por ello, los actos aún normales que realiza el deudor luego de la cesación de pagos pueden ser declarados inoponibles a los acreedores, si se demuestra que el tercero que ha contratado con el deudor tenía conocimiento del estado de impotencia patrimonial. Tal circunstancia hace inoponibles esos actos, por cuanto lo que se persigue es su restitución al patrimonio fallido en tanto indebidamente salido de él durante el período de sospecha. La teoría de la impugnabilidad de los actos perjudiciales a los acreedores se fija sobre el dato cardinal del conocimiento del tercero del estado cesante, pues en definitiva esto decide la oponibilidad, o no, del acto. Ese conocimiento, al cual el art. 119, Ley 24522, subordina la declaración de ineficacia, es un hecho psíquico, un estado mental compuesto por el juicio que atribuye a otro sujeto la situación o cualidad de ser insolvente, y que reconoce dos elementos: por un lado la misma insolvencia conocida y, por el otro, la consciencia de que el acto obrado con el insolvente es lesivo de los derechos de terceros acreedores, todo lo cual ha de ser probado por el promotor de la demanda. Se confirma la sentencia de grado que hizo lugar a la demanda deducida por el síndico de la quiebra y declaró la ineficacia de la venta de un departamento que la quebrada realizó en favor de su yerno cinco meses

antes de ser declarada su quiebra (dentro del período de sospecha). Así lo juzgó, en tanto consideró que el demandado no pudo ignorar que la transmitente del inmueble hallábase cesante, no sólo dado el vínculo familiar que lo unió a ésta, sino además por haber integrado junto a ella y sus hijas una sociedad vinculada a la fallida”.

FUNDAMENTACIÓN

El fallo que se transcribe en lo fundamental, pese a lo equilibrada de la resolución, no puede ser compartido en cuanto a su fundamentación. En efecto cuando sostiene que la “acción revocatoria concursal tiene por fundamento la tutela de la igualdad de los acreedores”, limita inopinadamente el alcance y fundamento de los mecanismos de recomposición patrimonial que el sistema regla ante la falencia.-

Es claro que restaurar la igualdad puede motivar, como en el caso, la viabilidad de la acción contemplada en el artículo 119 LC y Q., pero este no es el fundamento y objetivo único y excluyente. Al construirse el sistema de responsabilidad civil sobre el patrimonio, es claro que la situación concursal impone que el mismo se encuentre integrado por todos los bienes que fueron el contenido tenido en cuenta para generar el “crédito”. Sobre el particular son relevantes los aportes de Horacio Grillo¹ y Guillermo Ribichini².-

Osvaldo Mafia, en el prólogo de la obra de Junyent Bas y Molina Sandoval destaca que en la ley 11719 “se apuntaba a dejar sin efecto la – casi siempre- venta, y de ese modo rescatar para el activo falencial el bien que estimaba indebidamente salido. Esa vuelta de la cosa otorgaba entonces fundamento a la “teoría restitutoria” que, por oposición a la “reintegrativa” o “recuperatoria” divide las preferencias de la doctrina...”³. Por su parte Junyent Bas y Molina Sandoval asocian las acciones de inoponibilidad concursal a la universalidad que caracteriza a los concursos⁴. Por nuestra parte asociamos estas acciones al sistema de responsabilidad obligacional y no a los fines de los procesos concursales, y citando la obra de Miquel⁵ calificábamos al sistema de ineficacia concursal como un mecanismo técnico de reincorporar al patrimonio cesante –únicamente a los fines de su liquidación en interés de los acreedores- un bien ilícitamente excluido de la garantía genérica de los acreedores⁶.-

Queda claro en consecuencia que no se trata solo de asegurar la par conditio creditorum, sino de

[1] GRILLO HORACIO AUGUSTO, “PERIODO DE SOSPECHA EN LA LEGISLACION CONCURSAL”, 2DA. Edición, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2001, páginas 53 y siguientes.-

[2] RIBICHINI GUILLERMO E. “INOPONIBILIDAD CONCURSAL POR CONOCIMIENTO DEL ESTADO DE CESACION DE PAGOS, Ediciones LA LEY, Buenos Aires 19998, páginas 31 y siguientes.-

[3] JUNYENT BAS FRANCISCO Y MOLINA SANDOVAL CARLOS, “SISTEMA DE INEFICACIA CONCURSAL”, Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires y Santa Fe, 2002, página 12.-

[4] JUNYENT BAS FRANCISCO Y MOLINA SANDOVAL CARLOS, ob. Cit. Páginas. 22 y siguientes.-

[5] MIQUEL JUAN L. “RETROACCION EN LA QUIEBRA”, Depalma, Buenos Aires 1984, páginas 87 y 88.-

[6] GARAGUSO HORACIO Y GARAGUSO GUILLERMO, “INEFICACIA CONCURSAL”, 2DA. Edición, LEXIS NEXIS – ex Depalma-, Bs.As. 2006, páginas 171 y siguientes.-

recomponer el patrimonio cesante en interés de todos los acreedores. Ciertamente es que el fallo analizado, tras fundar la revocatoria concursal en la igualdad de los acreedores, evidencia lo limitado de tal argumentación pues sostiene que “tal circunstancia hace inoponibles esos actos, por cuanto lo que se persigue es su restitución al patrimonio fallido en tanto indebidamente salido el bien del mismo durante el período de sospecha”.-

Otra cuestión interesante de la sentencia es como juzga probado el “conocimiento del estado de cesación de pagos”, desde que lo presume no solo por tratarse de parientes directos sino también por haber integrado junto a la ella – se refiere a la suegra- y sus hijas una sociedad vinculada a la fallida”. Esta presunción reaviva las críticas que formula Mafia al sistema legal por exigir la prueba de lo imposible.

Nº 68:
EFFECTOS PERSONALES DE LA QUIEBRA - FIN DE LA INHABILITACIÓN.

Autores: Horacio P., Guillermo H. F. y Andrés A. GARAGUSO

Colegio de Abogados de Mar del Plata.

LA INHABILITACIÓN CESA DE PLENO DERECHO CONFORME EL ARTÍCULO 236 DE LA LEY 24522, CON EL CUMPLIMIENTO DEL PLAZO ANUAL FIJADO EN ESTA NORMA.

JURISPRUDENCIA

In re: “De Cabo, Alberto José s. Quiebra”. Fallo del 06/12/2016. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial Sala D. Fuente: Rubinzal Online. Cita: RC J 7142/16.-

SUMARIO

“Corresponde revocar la resolución de grado en cuanto, si bien dispuso la rehabilitación del fallido en los términos del art. 236, Ley 24522, ordenó que el levantamiento de la inhibición general de bienes se produzca recién a partir de la fecha del dictado de dicho pronunciamiento, toda vez que cabe recordar que dicho artículo prescribe que la inhabilitación del fallido cesa ‘de pleno derecho’ al año de la fecha de la sentencia de quiebra, con la salvedad de que puede ser prorrogada o retomada su vigencia si el fallido fuese sometido a proceso penal. En tal situación, y dado que el desapoderamiento de los bienes no puede ir más allá de los existentes a la fecha de declaración de la quiebra y los adquiridos hasta la rehabilitación de la fallida (art. 107, Ley 24522); no cabe entonces extender sus efectos a aquellos que se adquirieran ex novo después del plazo referido, en tanto no se trate de un reingreso de bienes indebidamente salidos con anterioridad. En consecuencia, júzgase que asiste derecho al quejoso de disponer de los bienes que hubiese adquirido o adquiriera a partir de la rehabilitación; para lo cual será preciso, en su caso, el levantamiento de la inhibición general de bienes trabada oportunamente a su respecto, con ese sólo alcance”.

FUNDAMENTACIÓN

Parece ciertamente increíble que habiendo transcurrido mas de un lustro desde que la CSJN resolviera “BARREIRO” del modo que recepta el tribunal de alzada, los jueces de primera instancia y algunos tribunales de apelación sigan queriendo no leer la ley 24522, conforme la cual la inhabilitación cesa de pleno derecho con el transcurso del plazo legal de un año fijado por el artículo 236 LC y Q.-

Pero estos fallos se siguen repitiendo por lo que empezamos a pensar que los jueces tiene una fijación atávica al régimen de leyes derogadas como la ley 19551. Decíamos en ponencia presentada en 2011 en el Encuentro de Bahía Blanca que: “Una vez rehabilitado el deudor por el cese automático de la inhabilitación, debe cesar con alcance hacia el futuro su inhibición general de bienes. En el concurso preventivo la inhibición y su mantenimiento integran el área de negociación del acuerdo preventivo”. El fin de la inhabilitación es “automático”, salvo la excepción que contempla el propio artículo 236 LC Y Q. asociada a la existencia de procesos penales asociados a los denominados ilícitos falenciales (“Quebrados y otros deudores punibles”, arts. 176 y siguientes del Código Penal).-

El fallo que motiva la presente avanza sobre la cuestión de la disponibilidad por el fallido de los bienes adquiridos con posterioridad al fin de pleno derecho de la inhabilitación, lo que trae aparejada asimismo el necesario levantamiento de la inhibición como propusiéramos en la citada ponencia. Agregamos al mismo tiempo que: “EL MANTENIMIENTO DE LA INHIBICION GENERAL DE BIENES, TRATÁNDOSE DE UN FALLIDO CUYA INHABILITACION HA CESADO, DEBE JUZGARSE CON CRITERIO RESTRICTIVO DEBIENDO PREVALECER LOS DERECHOS DE LA LIBERTAD POR SOBRE LAS PRETENSIONES PATRI-MONIALES DE LOS ACREEDORES. LA INHIBICIÓN GENERAL DE BIENES PUEDE SUBSISTIR ACOTADA A LOS BIENES ALCANZADOS POR EL DES-APODERAMIENTO es decir los adquiridos hasta que sucede el fin de la inhabilitación en los términos del artículo 236 L. C. Esta doctrina fue sentada en “VILLAR RICARDO ALBERTO S/CONCURSO PREVENTIVO hoy su QUIEBRA”, Juzgado Civil y Comercial Nro. 9, Secretaría Única de Mar del Plata. Expediente Nro. 56207. Fallo del 21 de febrero de 2008. Juez Dra. MARIA CRISTINA SARMIENTO DE CESARI.-

Compartimos la sentencia que adscribe a la citada doctrina “Angel Barreiro” de la CSJN.

Nº 69:

LA REHABILITACIÓN DEL FALLIDO Y SU INSCRIPCIÓN REGISTRAL.

Autor: Javier RAHMAN

Colegio de Abogados de La Plata.

La rehabilitación del fallido cesa de pleno derecho (art. 236 LCQ), al año de la fecha de la sentencia que decreta la quiebra, salvo que se verifique algún supuesto de prórroga, sin necesidad de declaración judicial que la reconozca. Se propone que esta rehabilitación de pleno derecho sea comunicada a los Registros correspondientes, junto a la traba de la Inhibición General de bienes, a fin de facilitar la venta de bienes adquiridos con posterioridad a la rehabilitación.

La ley de quiebras procura la conservación y eventual recomposición de un patrimonio en estado de cesación de pagos, a fin de su liquidación y posterior distribución entre los acreedores, de acuerdo a la graduación de sus créditos.-

De acuerdo a lo previsto por la normativa concursal (arts. 107 y 238), la inhabilitación del fallido impide realizar actos de administración y disposición sobre bienes adquiridos hasta la rehabilitación. Impide asimismo, a los afectados, ejercer el comercio por sí o por interpósita persona, ser administrador, gerente, síndico, liquidador o fundador de sociedades, asociaciones, mutuales y fundaciones. Le impide también al afectado, integrar sociedades o ser factor o apoderado con facultades generales de ellas.

La rehabilitación del fallido, que opera de pleno derecho al año de dictada la sentencia de quiebra, nos plantea una división patrimonial temporal, un antes y un después, toda vez que los bienes habidos hasta tal oportunidad quedan sujetos a desapoderamiento, no así, los adquiridos con posterioridad al acaecimiento del plazo establecido en el artículo 236 de la Ley de Concursos y Quiebras.-

Sentado ello, nos encontramos con algunas dificultades prácticas al momento de querer hacer valer esa rehabilitación frente a los registros públicos donde fue anotada con carácter previo la Inhibición General de bienes.-

En primer lugar, nos encontramos que los registros de bienes (inmuebles, automotores, buques,

aeronaves, etc.), no registran un levantamiento parcial y ex nunc de la Inhibición General de Bienes trabada por imperio del art. 88 inc. 2° de la LCQ.-

En este sentido, debe resaltarse que las leyes registrales de orden nacional y/o provincial, de aplicación por imperio del art. 278 de la LCQ, son de carácter genérico y no contemplan procesos como el falencial.

Resulta una verdad de Perogrullo que la rehabilitación del fallido no implica el cese de la Inhibición General de Bienes, y esto resulta acertado, toda vez que, en la práctica, resulta difícil que el patrimonio del deudor se encuentre liquidado dentro del exiguo plazo de un año que prevé el art. 236.

Ahora bien, no puede soslayarse que esta inhabilitación sólo debe subsistir con carácter limitado. No entenderlo así, genera múltiples perjuicios para el deudor, que no puede disponer libremente de bienes no alcanzados por el desapoderamiento, incluso después de rehabilitado, por depender de la voluntad del juez (y del previo consentimiento de la Sindicatura), para así hacerlo.-

El Derecho Registral debe una respuesta adecuada a esta problemática, toda vez que la idea del patrimonio único queda desdibujada al ser rehabilitado el fallido, dado que tenemos un patrimonio susceptible de ser desapoderado hasta el año de la sentencia de quiebra, y otro sano, susceptible de realizar actos de disposición, con posterioridad a dicha fecha.-

Resulta deseable el desarrollo de una reforma que pueda contemplar la comunicación registral con los alcances indicados, es decir, trabar la Inhibición General de Bienes prevista por el art. 88 inc.2 de la LCQ, sin sujeción a término de caducidad, pero indicando en el mismo oficio la fecha de rehabilitación (que como ya sabemos opera de pleno derecho). Esto podría evitar la petición judicial de levantamiento de la medida al sólo efecto de transferir un bien adquirido con posterioridad a dicha fecha.-

Al emitir un informe de anotaciones personales, el Registro estaría en condiciones de informar la fecha de rehabilitación, y en virtud de ello y de la fecha de incorporación del bien al patrimonio del afectado, podría materializarse un acto de disposición sin necesidad de intervención del juez falencial.-

Esta pretendida reforma deberá ser armonizada a nivel local para evitar la injerencia de una ley nacional dentro de las facultades reservadas a las provincias en el ámbito legislativo.-